REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 48 – ANO 8

NOVEMBRO E DEZEMBRO 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) Agravos de Instrumento 21
b) Agravos Internos 85
c) Apelações 90
d) Embargos de Declaração 374

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 381
b) Agravos Internos 421
c) Apelações 427
d) Apelações/Remessas Necessárias 530
e) Embargos de Declaração 546
f) Remessas Necessárias 569

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos de Instrumento 575
b) Agravos em Execução Penal 581
c) Apelações 614
d) Embargos de Declaração 696
e) *Habeas Corpus* 700
f) Mandados de Segurança 746
g) Procedimentos Investigatórios Criminais 766
h) Recursos em Sentido Estrito 768
i) Revisões Criminais 781

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 796
b) Agravos Internos 891
c) Agravos Regimentais 894
d) Arguições de Inconstitucionalidade 902
e) Conflitos de Competência 922
f) Mandados de Segurança 936

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 943
b) Conflitos de Jurisdição 976
c) *Habeas Corpus* 983
d) Incidentes de Suspeição 987

5- Câmara Especial de Presidentes 992
6- Conselho Superior da Magistratura 1021
7- Noticiário 1034

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. 48, nov./dez. 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
Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM

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***
Desembargador CARLOS BORTOLETTO SCHMITT CORRÊA**

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**

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

Desembargador VITO José GUGLIELMI
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargador José Carlos COSTA NETTO
Desembargadora ANA PAULA ZOMER
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY**
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**
Desembargador VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**

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

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

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

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

Desembargador GILBERTO Pinto DOS SANTOS***
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador Alberto MARINO NETO
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO**

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

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

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

13ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 4ª feira — 9:00 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN
Desembargadora ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA***
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR

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

Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO***
Desembargador LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL
Desembargadora MÔNICA SALLES PENNA MACHADO
Desembargador CÉSAR Eduardo Temer ZALAF
Desembargador LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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**
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

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**
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**

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 RODOLFO PELLIZARI**

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***

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

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

Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT***
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador LUÍS ROBERTO REUTER TORRO
Desembargador 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 MÁRIO DACCACHE**
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

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 — 09:00 horas — PJ)

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

32ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 5ª feira — 09:30 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***

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 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
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**

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

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

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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

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

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

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

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

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

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

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

26ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 501)

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

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

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

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

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

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

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

4ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 2ª feira — 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
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO**

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
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO**
Desembargadora ADRIANA BORGES DE CARVALHO**

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

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**
Desembargador LUÍS AUGUSTO FREIRE TEOTÔNIO**

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
Jucimara Esther de Lima Bueno
Claudia de Lima Menge
José Augusto Genofre Martins
Wilson Lisboa Ribeiro
Luís Augusto Freire Theotônio
Carlos Bortoletto Schmitt Corrêa
Adriana Borges de Carvalho
Valentino Aparecido de Andrade

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2178280-27.2021.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante ALBERTO RODRIGO DO NASCIMENTO, é agravado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "suspenderam o julgamento da questão relativa ao empréstimo com desconto em conta-corrente e deram parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar a realização da audiência conciliatória prevista no art. 104-A, do Código de Defesa do Consumidor, bem como deferir a gratuidade de justiça ao agravante, rejeitando os embargos de declaração por prejudicados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25687)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente sem voto), RAMON MATEO JÚNIOR e ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 11 de outubro de 2021.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Gratuidade de justiça - Comprovado nos autos que o recorrente não dispõe de meios para pagar as custas do processo sem prejuízo de sua subsistência e de sua família - Benesse deferida - Tutela de urgência requerida pelo autor para suspensão temporária do pagamento das dívidas com o fito de compelir o réu a repactua-las ante a ocorrência de superendividamento - Procedimento previsto no art. 104-A, do CDC que prevê a realização de audiência conciliatória para possibilitar ao consumidor apresentação de proposta de pagamento necessitando, contudo, observar os requisitos do § 4º e limitações do § 1º, do mesmo artigo - Matéria ventilada em embargos de declaração que, em julga-

Acesso ao Sumário

mento conjunto, restam prejudicados - Dívida decorrente de empréstimo pessoal para pagamento com débito em conta - Questão submetida ao Tema 1085 do STJ, cuja decisão determinou a suspensão dos processos envolvendo tal questão nos termos do artigo 1.037, II, do Código de Processo Civil - **Mutúo diverso para amortização mediante desconto em folha de pagamento - Impossibilidade de revisão, em cognição sumária, para limitação a trinta por cento dos rendimentos líquidos do devedor, confessado por este que o valor da parcela é menor do que aquele percentual - Débito de cartão de crédito não sujeito a limitação inerente a cartão consignado, uma vez que não comprovada a pactuação de tal modalidade - Descabido o impedimento de negativação do nome do recorrente em cadastro de maus pagadores ante a ausência de prova do regular pagamento das parcelas, sendo o meio indireto de cobrança, exercício regular de direito do credor - Agravo de instrumento suspenso em parte no que toca ao empréstimo com desconto em conta corrente e provido em parte para determinar a realização da audiência conciliatória prevista no art. 104-A, do CDC e deferir a gratuidade de justiça ao agravante, não conhecidos os embargos de declaração por prejudicados.**

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 32/36 que, dentre outros comandos, indeferiu a) a tutela de urgência para suspensão temporária dos descontos na conta bancária e folha de pagamento do autor por seis meses, b) obrigação de fazer consistente em compelir o réu a repactuar as dívidas no patamar de trinta por cento dos rendimentos líquidos daquele e c) a gratuidade de justiça.

Inconformado busca o autor, ora recorrente, a reforma do *decisum*. Para tanto aduz que ao final do mês fica com saldo negativo, inviabilizando sua subsistência e de sua família, pelo que caberia a suspensão temporária do adimplemento dos débitos sem juros e impossibilidade de negativação do seu nome. Também afirma não ter condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo da sua subsistência.

Às fls. 120/121 foi indeferida a antecipação da tutela recursal e concedida

Acesso ao Sumário

a gratuidade de justiça.

Insatisfeito, o agravante interpôs recurso de embargos de declaração, estes cadastrados sob o incidente /50000, pelo qual esclareceu que o objeto da pretensão é a repactuação das dívidas (empréstimo consignado, empréstimo pessoal e cartão de crédito) na forma da Lei do Superendividamento, ocasião em que apresentou proposta de pagamento com trinta por cento dos seus rendimentos líquidos para quitação da dívida no período de cinco anos (fls. 1/2).

Dispensada a abertura de prazo para contraminuta e resposta aos embargos de declaração por não ter havido citação da parte contrária, conforme andamento processual consultado no feito de origem.

É o relatório.

Diante da demonstração do recorrente de que não dispõe de recursos suficientes ao pagamento das custas do processo sem o prejuízo de sua subsistência, por auferir rendimento mensal inferior a quatro salários mínimos (fls. 42/48) defere-se a gratuidade de justiça.

Por outro lado, no que toca à concessão de tutela de urgência para obrigar o agravado à repactuação das dívidas com base na disciplina da Lei 14181/2021, razão não assiste ao autor.

O procedimento inserido no Código de Defesa do Consumidor para pagamento de débitos que o devedor supostamente não tenha condições de adimplir ao tempo e modo contratados demanda a realização de uma audiência conciliatória, nos termos do art. 104-A.

Apenas nesta oportunidade é que o consumidor apresentará sua proposta de pagamento, observados os requisitos do § 4º, do mesmo artigo, *in verbis*:

"§ 4º Constarão do plano de pagamento referido no § 3º deste *artigo:*

I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;

II - referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;

III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;

IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento".

Respeitada a tese do recorrente de que teria direito à repactuação dos seus débitos, na verdade, o que há é tão somente a possibilidade de junção dos débitos contraídos perante o mesmo credor, respeitadas aquelas as limitações do art. 104-A, § 1º. Além do que não existe imposição legal ao réu para que aceite as condições oferecidas pelo devedor.

Acesso ao Sumário

Apreciada a questão supra nesta oportunidade, tem-se por prejudicados os embargos de declaração.

Ademais, quanto aos empréstimos pessoais para débito em conta, não cabe sua tomada em consideração para a finalidade de limitar o respectivo pagamento diante da suspensão do julgamento de referida questão pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sob o rito dos recursos especiais repetitivos, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vai definir a "*aplicabilidade ou não da limitação de 30% prevista na Lei 10.820/2003 (artigo 1º, parágrafo 1º) para os contratos de empréstimos bancários livremente pactuados, nos quais haja previsão de desconto em conta-corrente, ainda que usada para o recebimento de salário*".

Os Recursos Especiais 1.863.973, 1.872.441 e 1.877.113, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, foram selecionados como representativos da controvérsia, cadastrada como Tema 1085.

A fim de evitar decisões divergentes nos tribunais de origem, aquele colegiado determinou a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (artigo 1.037, II, do Código de Processo Civil).

O Ministro Marco Aurélio Bellizze lembrou que a Segunda Seção no julgamento do Resp 1.555.722, que ensejou o cancelamento da Súmula 603 adotou o posicionamento de ser lícito o desconto em conta-corrente bancária comum, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações de contrato de empréstimo bancário livremente pactuado, não se aplicando a limitação contida na Lei 10.820/2003.

Tendo em vista que tal questão se submete ao que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do supracitado Tema 1085, cuja afetação alcança o presente feito, de rigor o sobrestamento desta parte do recurso, nos termos do art. 1.037, inciso II e § 8º, do CPC.

O outro empréstimo consignado em folha de pagamento (parcela de R$ 808,03), não ultrapassa os 30%, já que o próprio recorrente confessa que estes correspondem a R$ 963,92, o que não permite, em sede de cognição sumária, a pretendida revisão.

Já a dívida de cartão de crédito, conforme fls. 13 e 26/56 da origem não se trata de cartão de crédito consignado, não provada a pactuação de tal modalidade, de forma que tampouco está sujeito ao limite de 30%, mais 5%, notável, ainda, se referir a gastos que podem muito bem ser reduzidos para equilíbrio das finanças do recorrente.

Por fim, no que toca à impossibilidade de negativação do nome do autor, também não cabe seu deferimento, uma vez que não provado nos autos o regular pagamento das parcelas tal qual pactuado, se traduzindo, o meio indireto de

Acesso ao Sumário

cobrança, em exercício regular de direito pelo credor.

Ante o exposto, suspende-se o julgamento da questão relativa ao empréstimo com desconto em conta-corrente e dá-se parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar a realização da audiência conciliatória prevista no art. 104-A, do Código de Defesa do Consumidor, bem como deferir a gratuidade de justiça ao agravante, rejeitados os embargos de declaração por prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2227206-39.2021.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é agravante JOSÉ RICARDO PEREIRA, são agravados AMILTON CEZAR e AILTON CEZAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18180)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), SERGIO ALFIERI e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 18 de outubro de 2021.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO - RESCISÃO CONTRATUAL C/C DANO MORAL - INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE ACOLHEU A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS A UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMERCA DE AMERICANA - SP - REQUERIDOS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULOS - RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO A QUE FOI DISTRIBUÍDA A CAUSA, O DO DOMICILIO DO CONSUMIDOR - REQUERIMENTO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO ANALISADO PARA EVITAR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra a r. decisão copiada a fls. 30/31 que, em ação de rescisão contratual c/c dano moral, acolheu a preliminar de incompetência do juízo, determinando a remessa dos autos uma das Varas Cíveis da Comarca de Americana - SP.

O autor, ora agravante, sustenta, em síntese, que adquiriu dos agravados um veículo que posteriormente veio a descobrir que já havia sido sinistrado, bem como teve sua quilometragem adulterada ou o seu painel trocado; é cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os agravados são vendedores de carro, possuindo loja física e inclusive comercializam utilizando-se da internet; o número de telefone da loja constante em seu *site* trata-se do mesmo em que utilizaram-se para conversar; há outras ações entre os agravados e compradores de veículos; o agravado Ailton é vendedor e proprietário da loja e o Sr. Amilton também é vendedor, auxiliando o seu pai em sua loja; na rede social *facebook* também é possível comercializar veículos, eis que, além dos grupos específicos, é possível realizar postagens no *marketplace*; os agravados decidiram vender fora do seu estabelecimento comercial para não macular o nome da loja; o veículo foi vendido à agência dos agravados em 2019, a antiga proprietária não é cunhada do Sr. Airton e veículo contava com aproximadamente 150 ou 170 mil km na época, e não 88 mil km; os agravados possuem *expertise* sobre o assunto, sendo que o agravante é manifestamente hipossuficiente; a pessoa física que explora atividade econômica para fins de lucro se equipara às pessoas jurídicas.

Espera a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova e que seja reconhecida a competência do domicílio do autor para processar e julgar a ação.

A decisão de fls. 158 deferiu o pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta a fls. 163/166.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, observo que o recurso merece parcial provimento.

Com efeito, o agravante ajuizou esta ação de "rescisão contratual c/c dano moral" alegando que viu um anuncio na rede social particular do segundo requerido da venda de um veículo Honda Fit, que contava com 88.000 quilômetros rodados, de propriedade de seu filho, o primeiro requerido. Ocorre que, após adquirir o veículo, descobriu que esse já havia sido batido, bem como que a quilometragem apresentada no painel não era a real.

A r. decisão agravada acolheu a preliminar de incompetência deste juízo nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"**Primeiramente, embora alegue o autor que o requerido Ailton trabalha no ramo de compra e venda de veículos usados, possuindo, inclusive, loja física na cidade de Americana, fato é que o veículo não fora adquirido no estabelecimento. Além disso, o autor afirma na exordial que teve ciência do anúncio da venda por meio da página pessoal do segundo réu no *Facebook*, bem como que foi até a residência deste para olhar e negociar o veículo. Assim, o negócio foi realizado entre pessoas físicas, não podendo o réu, neste caso, ser considerado fornecedor habitual do produto, havendo, então, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, vez que se trata de relação civil entre pessoas em situação jurídica equivalente. Dessa forma, inexistindo qualquer justificativa hábil a afastar a prevalência do foro de domicilio dos réus como competente para julgar e processar a ação, de rigor a redistribuição do feito**". ***sic***

Sem desprimor para a r. decisão agravada, conquanto o ajuste tenha sido firmado entre pessoas físicas, tendo em vista que os requeridos desenvolvem atividade de comercialização de veículos, aplicáveis *in casu* as disposições do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a existência entre as partes de relação de consumo.

Neste sentido, já decidiu esta 28ª Câmara de Direito Privado, a saber:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Relação de consumo. Ilegitimidade passiva não caracterizada. Ré atua como comerciante e se apresenta ao cliente como loja virtual. Solidariedade de todos os envolvidos nos danos causados ao consumidor. Inteligência do CDC. Danos morais caracterizados. Consumidora que, após pagar quatro parcelas, não recebeu o produto. Optando, então, pela resolução, não logrou obter reembolso, mesmo após reclamar à ré e ao PROCON. Descaso que supera o mero aborrecimento. Recurso não provido. (Apelação Cível 0014710-27.2010.8.26.0664 - Desembargador Relator GILSON DELGADO MIRANDA - j. 09/09/2014 - v.u.). ***sic***

Desse modo, aplica-se ao caso o artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que faculta ao autor, à sua discrição e a despeito dos critérios de fixação de competência prescritos no Código de Processo Civil, eleger ou não a Comarca de seu domicílio para a propositura da ação.

No caso fluente, tendo o autor optado pela Comarca de seu domicilio, esta é a competente para processar e julgar a demanda, ficando afastada a determinação de redistribuição.

Outro não é o entendimento desta 28ª Câmara de Direito Privado, a saber:

Considerados a relação de consumo e o contrato de adesão, reconhece-se a ineficácia da cláusula de eleição de foro e prevalece a competência do Juízo a que foi distribuída a causa, o do domicílio do consumidor.

(Agravo de Instrumento 2125778-82.2019.8.26.0000 - Desembargador Re-

Acesso ao Sumário

lator CELSO PIMENTEL - j. 02/08/2019 - v.u.). *sic*

Deixo de analisar o pedido de inversão do ônus da prova, para evitar supressão de instância.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para reconhecer a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e afastar a determinação de redistribuição dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2212416-50.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FRANCOIS DONIG GJEGHALIAN, são agravados ANDRÉ SANOSSIAN e FRUTAH COMÉRCIO DE SUCOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente) e JORGE TOSTA.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação monitória - **Fase de cumprimento de sentença - Decisão recorrida que rejeitou a alegação de impenhorabilidade suscitada pelo coexecutado François Donig Gjeghanlian, mantendo incólume a penhora que recai sobre o imóvel localizado na Rua Sargento Agostinho Ferreira nº 624, São Paulo - Inconformismo do executado - Impenhorabilidade do bem de família - Matéria de ordem pública - Executado que demonstrou, através da apresentação de comprovantes relativos às despesas com a propriedade do imóvel, contas de linha de telefone fixo e internet, além de despesas relativas ao consumo de água e energia elétrica que o imóvel constrito ostenta natureza de bem de família - Decisão recorrida reformada - Recurso provido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em "*ação monitória*", em fase de cumprimento definitivo de sentença, rejeitou a alegação de impenhorabilidade suscitada pelo coexecutado François Donig Gjeghanlian, mantendo incólume a penhora que recai sobre o imóvel localizado na Rua Sargento Agostinho Ferreira nº 624, São Paulo.

Recorre o coexecutado François Donig Gjeghanlian a arguir a nulidade da r. decisão recorrida em razão do cerceamento de defesa e, no mérito, a sustentar, em síntese, que a constrição é ilegal, já que recaiu sobre imóvel considerado bem de família; que o imóvel localizado na Rua Sargento Agostinho Ferreira nº 624 serve de "*residência do agravante, cônjuge e seus três filhos, no qual residem há anos e ali constituem moradia, sendo irregular a penhora*" (fls. 04); que "*o endereço que consta no imposto de renda, por equívoco é o de residência de sua mãe, onde residia quando era solteiro, mas não gera qualquer presunção absoluta de residência, sendo apenas para fins fiscais de Imposto de Renda*" (fls. 05); que o D. Juízo de origem deixou de considerar as contas de consumo, contrato de financiamento e demais documentos que demonstram que o imóvel penhorado constitui a moradia do coexecutado. Pugna pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso.

Recurso processado com parcial efeito suspensivo (fls. 448/452) não foi respondido.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A r. decisão recorrida, proferida pelo Dr. Sinval Ribeiro de Souza, MM Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Penha de França, assim se enuncia:

> "*Vistos.*
>
> *Jean Pierre krikor Gjeghalian opõe exceção de impenhorabilidade nos autos do cumprimento de sentença que contra si é movido por Frutah Comércio de Sucos Limitada.*
>
> *Esclarece que no presente incidente houve a penhora de 50% do imóvel descrito às páginas 216, o qual é objeto de alienação fiduciária junto a CEF.*
>
> *Reiterando que o bem se destina à sua própria residência e de sua família, requer o imediato afastamento da constrição.*
>
> *O co-executado François Donig Gjeghalian ofertou idêntica petição, referindo-se ao imóvel localizado na rua Sargento Agostinho Ferreira 624/624 A/630.*
>
> *Após a manifestação do exequente, recebo os autos em conclusão.*

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Fundamento e decido.

O credor afirma que 'na declaração de renda do executado François Exercício 2020/2019 (fls. 173) - foi informado como endereço residencial a Avenida Marechal Hermes da Fonseca, 314, sendo que o imóvel penhorado está localizado em endereço diverso. Já o executado Jean, embora tenha declarado em seu imposto de renda o mesmo endereço do imóvel penhorado, chama-se a atenção que juntou contas de água, luz e boletos datados de mais de um ano. Pode se observar que têm contas de 2019, 2020, até 2013, demonstrando que ele não reside no local'.

Com a devida vênia, seus argumentos prosperam de modo parcial.

Consta do documento de páginas 164 que Jean Pierre declarou à Receita Federal como domicílio Rua Cláudio Rodrigues Lopes n. 63, casa 07, único bem imóvel desta natureza informado ao Fisco. (páginas 165).

A conclusão deste juízo é pelo afastamento da penhora portanto.

Já para o outro a conclusão é diversa. Partindo da mesma premissa, noto que François Donig informou residir na Avenida Marechal Hermes da Fonseca, além da propriedade imobiliária objeto de penhora. (páginas 173/174).

Se voluntariamente reconheceu não residir no bem sobre o qual recaiu a restrição, não pode se valer da proteção legal citada como fundamento.

Ante o exposto, ACOLHO em parte os pedidos para afastar a penhora que recaiu sobre o imóvel de propriedade do devedor Jean Pierre, ficando mantida a outra constrição executado François.

Não há condenação em sucumbência por não haver previsão legal neste sentido. (artigo 85, parágrafo 1º, do CPC)

Preclusa a via recursal contra esta decisão, cumpra-se via Arisp.

Intime-se" (fls. 389/390 dos autos originários).

Respeitado o entendimento do D. Juízo de origem, o inconformismo prospera.

Os artigos 1º e 5º da Lei nº 8.009/90 dispõem sobre a impenhorabilidade do bem de família, este como sendo o único imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar utilizado para moradia permanente.

Com o intuito de comprovar a ilegalidade da restrição que recai sobre a metade ideal do imóvel localizado na Rua Sargento Agostinho Ferreira nº 624, o agravante carreou aos autos inúmeras contas de consumo (fls. 331/354 dos autos originários) que, por sua vez, parecem demonstrar que ele, ao menos desde

Acesso ao Sumário

2013, reside no imóvel sobre o qual recai a penhora.

Embora não se ignore que o agravante, em sua declaração de renda referente ao exercício de 2020, declarou como endereço residencial a Avenida Marechal Hermes da Fonseca nº 314, a verdade é que, havendo elementos contundentes que efetivamente indiquem que aquele não é o local de moradia da parte, a presunção de veracidade emanada da declaração ao Fisco é relativizada.

Neste ponto convém observar que o agravante não se limitou a apresentar apenas contas relativas às despesas com a propriedade do imóvel (fls. 337/338 dos autos originários), já que também colacionou aos autos contas de linha de telefone fixo (fls. 336) e *internet* (fls. 351/357), além de despesas relativas ao consumo de água (fls. 339/342) e energia elétrica (fls. 343/350), as quais, por sua vez, parecem indicar efetivo consumo pessoal de moradores de fato.

Eis por que o inconformismo prospera.

Reforma-se, pois, a r. decisão recorrida para afastar a penhora que recai sobre o imóvel localizado na Rua Sargento Agostinho Ferreira nº 624, São Paulo, de propriedade do devedor François Donig Gjeghanlian.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2223196-49.2021.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que são agravantes SUPERMERCADOS KAWAKAMI LTDA., MAX-NORTH GRILL RESTAURANTE LTDA. e MAX CAFÉ GRILL RESTAURANTE EIRELI, são agravados VS CARD - ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. e MARCOS ROBERTO IGNACIO.

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 35769)**

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

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de cumprimento e rescisão contratual - Decisão indefe-

Acesso ao Sumário

riu tutela provisória impedindo o arresto, bloqueio e indisponibilidade de bens dos requeridos - Descabimento - Probabilidade do direito alegado não demonstrada (art. 300 do CPC) - Recurso negado.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto da decisão de fls. 603/604, em ação de cumprimento e rescisão contratual ajuizada pelos agravantes em face dos agravados, que indeferiu tutela de urgência para arresto, bloqueio e indisponibilidade de bens dos devedores.

Agravam de instrumento os autores alegando foram ajuizadas outras ações em face dos requeridos, evidenciando a conduta irregular adotada. Há provas do inadimplemento, bem como da dilapidação do patrimônio pelo sócio. Presentes os requisitos para concessão da tutela. Pugnam pelo provimento do recurso.

Recurso que se processa com tutela antecipada recursal denegada.

É o relatório.

VOTO.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto da decisão em ação de cumprimento e rescisão contratual ajuizada pelos agravantes em face dos agravados, que indeferiu tutela de urgência para arresto, bloqueio e indisponibilidade de bens dos devedores.

Narraram os agravantes, na inicial, firmaram contrato para fornecimento de produtos e serviços para integração à rede conveniada VS Card com a requerida, disponibilizando venda produtos pelo respectivo cartão.

"*A partir da assinatura destes instrumentos, as empresas requerentes passaram a fornecer o acesso à compra de bens e serviços por meio do cartão, sendo que caberia à Requerida o repasse dos valores referentes às operações de vendas realizadas por meio do referido cartão, mediante transferência eletrônica para conta bancária das Requerentes, após o desconto da taxa administrativa*" (fls. 3).

A requerida, porém, não realizou o repasse dos valores devidos às requerentes.

Constatou-se inadimplemento dos requeridos em face de outras empresas, com ajuizamento de inúmeras ações semelhantes.

Mencionaram condutas suspeitas do sócio avalista, na tentativa de dilapidar patrimônio.

Postularam a tutela de urgência para arresto dos imóveis matrículas 40.692 r 51.874, RI de Tupã, do requerido avalista Marcos Roberto Ignácio, bem como

Acesso ao Sumário

bloqueio e indisponibilidade de bens móveis e imóveis dos requeridos.

A decisão agravada indeferiu a tutela provisória, assim fundamentada:

"***(...)***

RECEBO a petição inicial, já que presentes os requisitos previstos em lei.

Os demandantes moveram ação monitória visando liminarmente: a) arresto dos imóveis matriculados no CRI local sob os números 40.692 e 51.874; b) a indisponibilidade de todos os bens móveis e imóveis existentes em nome dos demandados. Argumentou, em apertada síntese, que celebraram Contrato Particular para fornecimento de produtos e serviços para integração à rede conveniada VS CARD, passando, então, a disponibilizar a venda de produtos, alimentos e refeições por meio do cartão 'VS CARD' e que, em contrapartida, a empresa demandada repassaria os valores referentes às operações de vendas, mediante transferência eletrônica, descontada a taxa administrativa de 1,7% (um, virgula sete por cento). Segundo alegam, a codemandada deixou de realizar o repasse dos valores com vencimento em 25/08/2021, totalizando um débito de R$ 368.424,35 (trezentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e trinta e cinco centavos), razão pela qual pretendem o deferimento das tutela de urgência, argumentando acerca da existência de diversas outras ações contra a empresa, havendo indícios de que o codemandado, sócio proprietário da empresa, vem dilapidando seu patrimônio, como forma de fraudar seus credores.

Passo à análise do pedido de tutela de urgência antecipada.

Requisitos: a) probabilidade do direito; b) perigo de dano ao direito material deduzido na demanda; c) emergência.

Em sede de cognição sumária, a questão em pauta reclama por debate mais detalhado e considerações mais detidas, que não se ajustam a esta fase processual a justificar a antecipação do objeto da demanda antes da oitiva da parte contrária, que se reputa recomendável, in casu. Desta forma, em sede de análise dos documentos que instruem a petição inicial, não é possível visualizar a formação de um cenário fático-probatório indene de dúvidas, que permita esgotar, com relação à concessão da tutela de urgência, a própria tutela jurisdicional do pedido, ou seja, o mérito, sobretudo porque sequer comprovada a notificação da demandada. Ademais, a existência de outros processos judiciais ajuizados em face dos demandados, não faz presumir situação de insolvência ou dilapidação patrimonial, não autorizando o deferimento de medida tão gravosa como o arresto de bens, em sede de cognição sumária. Ou seja, não se vê, neste momento processual, a probabilidade da existência do direito alegado. Assim, INDEFIRO a tutela de urgência.

Em prosseguimento, expeça-se o mandado de intimação, para que no

Acesso ao Sumário

prazo de quinze (15) dias os demandados procedam ao pagamento da quantia especificada, acrescido de honorários de 5% sobre o valor da causa (art. 701 do NCPC). Nesse prazo poderão ainda embargar, suspendendo a eficácia do mandado inicial, intimando-se o(a) autor(a) para falar sobre os embargos.

Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, hipótese em que o embargante ficará isento do pagamento das custas (§ 1º do art. 701 do NCPC).

Servirá o presente por cópia digitada, como mandado.

Cumpra-se na forma e sob as penas da lei.

INTIME-SE"

Reza o artigo 300 do CPC:

"***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***".

Já o artigo 311 do mesmo Código disciplina a tutela de evidência, registrando:

"***A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:***

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houve tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dois fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente."

Como visto, o Novo Código de Processo Civil alterou significativamente a sistemática anterior, trazendo nova classificação para as tutelas de urgência. Oportuna a transcrição de escólio de Daniel Amorim de Assumpção Neves que, comentando o tema, anota:

"Há duas espécies de tutela provisória previstas pelo caput do art. 294: de urgência e de evidência.

A tutela de urgência é aquela que resolve uma crise do perigo do tempo,

Acesso ao Sumário

ou seja, trata-se de tutela que só será concedida se o juiz estiver convencido que, se tiver que esperar para tutelar definitivamente a parte, tal tutela será ineficaz e/ou o seu direito terá perecido. Trata-se do clássico requisito do tempo - necessário para a concessão da tutela definitiva - como inimigo da efetividade dessa tutela.

A tutela provisória de urgência é dividida em tutela cautelar - garantidora do resultado útil e eficaz do processo - e tutela antecipada - satisfativa do direito da parte no plano fático.

(...)

A tutela provisória de evidência é independente da existência de perigo do tempo, sendo fundamentada tão somente na grande probabilidade de o direito alegado pela parte existir. Essa probabilidade de o direito existir é tipificada pela lei que prevê o cabimento dessa espécie de tutela provisória de forma específica no art. 311 do Novo CPC e em outras passagens esparsas como na liminar possessória e no mandado monitório". (in "Novo Código de Processo Civil Comentado" - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, fls. 462).

Requisitos para a concessão da tutela provisória, portanto, são a evidência do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Pelo meu voto estou entendendo ausentes os requisitos previstos no art. 300 do CPC, tornando impossível a concessão da tutela pretendida.

Alegaram os agravantes estão inadimplentes os requeridos, adotando condutas para dilapidar o patrimônio, na intenção de fraudar credores, considerando a existência de outras ações semelhantes ajuizada em face dos mesmos.

Os fatos narrados e documentos apresentados, todavia, são insuficientes para a concessão da tutela conforme fundamentou o d. Juiz *a quo*.

Conquanto os agravantes argumentem com a inadimplência de repasses de valores dos agravados, tal fundamento não é suficiente para permitir a concessão da tutela.

Não restou evidenciado suposto insucesso de futura execução ou qualquer fragilidade dos agravados arcarem com suas obrigações, impossibilitando o deferimento da tutela.

Assim, diante da ausência de elementos capazes de dar amparo à tese defendida pelos agravantes, recomenda-se melhor esclarecimento após oportuno contraditório.

Correta, portanto, a decisão agravada ao indeferir a tutela de urgência.

Neste sentido confiram-se julgados:

"***TUTELA DE URGÊNCIA - Ação de indenização por danos materiais e morais - Arresto cautelar - Indeferimento - Inconformismo sustentando o risco ao resultado útil do processo - Inadmissibilidade - Hipótese em que não se***

Acesso ao Sumário

vislumbram indícios de esvaziamento de contas bancárias e aplicações financeiras, dilapidação ou dissipação patrimonial - Agravados que sequer foram citados nos autos principais - Decisão mantida - Recurso não provido." (Agravo de Instrumento 2260925-80.2019.8.26.0000, Rel. Mario de Oliveira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 10/01/2020);

"***EXECUÇÃO - Arresto cautelar - Bloqueio de bens dos executados pelo sistema SISBAJUD - Indeferimento - Admissibilidade - Falta de demonstração dos requisitos para a concessão da tutela de urgência - Inteligência do art. 300 do CPC - Decisão mantida - Recurso desprovido.***" (Agravo de Instrumento 2069814-36.2021.8.26.0000; Relator (a): Álvaro Torres Júnior; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 23ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/09/2021);

"***Processual civil - Ação de Rescisão contratual, c.c tutela provisória de urgência, restituição de valores pagos e reparação de danos materiais e morais - Arresto de imóvel ou bloqueio de valores de sua venda em leilão - Alegações da agravante que, por ora, não são suficientes para autorizar a medida pretendida antes da citação dos réus - Indeferimento que deve ser mantido - Recurso improvido, com observação.***" (Agravo de Instrumento 2141053-03.2021.8.26.0000; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2021)

"***Agravo de Instrumento - Execução - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Tutela de urgência - Arresto - A despeito das razões apresentadas, não se vislumbra, nesse exame sumário, elementos de prova idôneos que evidenciem o alegado perigo de dilapidação patrimonial - Descabimento - Recurso a que se nega provimento.***" (Agravo de Instrumento 2165577-35.2019.8.26.0000, Rel. Mauro Conti Machado, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 08/01/2020);

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR. MANDATO. Decisão que, em sede de tutela de urgência, rejeita pedidos formulados pelo agravante de arresto de ativos financeiros e bens imóveis das agravadas. Fatos e fundamentos de direito, trazidos à inicial, que são controversos e somente podem ser analisados de forma adequada, após o contraditório prévio e pleno. Ausência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, CPC). Medida excepcional que não se justifica, nesta esfera de cognição sumária. Decisão agravada mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.***" (Agravo de Instrumento 2023069-66.2019.8.26.0000, Rel. Alfredo Attié, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 11/07/2016).

Acesso ao Sumário

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2252603-03.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante BANCO ITAÚ CONSIGNADO S.A., é agravada MARIA DALVA DOS SANTOS FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.211)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO GOSSON (Presidente) e EDGARD ROSA.

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: Agravo instrumental. Ação declaratória de rescisão de contrato c.c. inexigibilidade de débito e indenização por danos materiais e morais. Contratação de serviços bancários alegadamente não reconhecida. R. decisão que determinou a realização de prova técnica (grafotécnico) e carreou ao réu o dever de custeio. Plena aplicação do Código de Defesa do Consumidor, bem como de seu artigo 6º, VIII. Autora que nega ter sido signatária do contrato acostado aos autos pelo réu, em contestação. Intelecção do artigo 429, II, do Código de Processo Civil. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento oposto contra r. decisão de fls. 201/202 (numeração dos autos originais) que, rejeitando os embargos declaratórios de fls. 193/195, manteve o despacho de fls. 189/191, onde determinada a realização de perícia (exame grafotécnico), sob as expensas do Banco requerido.

Insurge-se, irresignado, somente o Banco demandado. Em apertada síntese, bate-se pela reforma da r. decisão. Sustenta que, nos termos dos artigos 95 e 429, I, ambos do Código de Processo Civil, os salários periciais devem ser suportados pela autora, que pleiteou a realização da prova técnica.

É o relatório.

De proêmio, consigna-se que a decisão agravada assim assinalou:

"*A relação estabelecida entre as partes está sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que referida legislação se aplica aos contratos bancários, nos termos da Súmula 297 do C. STJ. Ainda, em função da verossimilhança das alegações trazidas pela parte autora, não apenas pelos documentos juntados aos autos, mas, também, pela hipossuficiência técnica probatória frente à matéria discutida, há que ser concedido o benefício do art. 6°, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.*

A autora refuta a assinatura atribuída a ela, constante no documento apresenta do pelo réu (fls. 125/152), conforme manifestação de fls. 182/185.

Assim, indispensável a realização de prova pericial grafotécnica.

Nomeio Rosa Maria Coronato Melkan para a realização da perícia, que será intimada para estimar seus honorários no prazo de cinco dias.

Com a estimativa de honorários, manifestem-se as partes.

Considerando que, em se tratando de contestação da autenticidade, o ônus da prova incumbe a quem produziu o documento (art. 429, II, do Código de Processo Civil), e que a prova pericial visa à demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (autenticidade da assinatura), cumpre ao banco réu depositar o valor dos honorários periciais."

Cuida-se de ação de rescisão contratual c.c. declaratória de inexigibilidade de débito e indenização por danos materiais e morais.

Alega a demandante, na exordial, que é aposentada (benefício de nº 185.198-266-0), e que, ao consultar seu extrato junto ao INSS, verificou a existência de um empréstimo consignado no valor de R$ 12.569,29, a ser pago em 84 parcelas de R$ 310,21, que não contratara.

O Banco réu, recorrente, em defesa, apresentou cópia de um contrato devidamente assinado, defendendo a regularidade do negócio.

A agravada, por sua vez, insiste na alegação de que desconhece a contratação, afirmando que não fora de tal avença signatária, batendo-se, pela realização da prova pericial, as expensas do demandado.

Por conseguinte, a douta Juíza *a quo* determinou a realização de perícia grafotécnica, a fim de se aclarar se a assinatura aposta no contrato em testilha pertence à autora, agravada.

Para tanto, nomeou o perito e determinou que os salários periciais devem ser suportados pelo Banco requerido, ora agravante, nos termos do artigo 429, II, do CPC.

Pois bem.

Com todo respeito, sem razão o Banco recorrente.

Acesso ao Sumário

Não se desconhece que o artigo 95, do Código de Processo Civil, assinala que os honorários do perito serão adiantados pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

Entretanto, no caso em testilha, nega a demandante que tenha contratado com o requerido, sustentando não ter assinado o documento de fl. 125 (na origem), com o que se conclui que não se poderia exigir dela a prova de que não contratou, sendo certo que a prova negativa é impossível.

Situações em que tais foram disciplinadas pelo § 1º, do art. 373, do Código de Processo Civil, quando se admitiu a teoria da distribuição dinâmica das provas:

> "§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus *da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*".

Ademais, ao caso aplica-se plenamente o Código de Defesa do Consumidor, consoante entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça:

"*Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

O Código Consumerista permite a inversão do ônus da prova nos casos de verossimilhança ou hipossuficiência, preenchendo tais requisitos da demandante.

Inclusive ante o grande número de ações análogas em trâmite perante este E. Tribunal, a versão da inicial, embora demande provas, é verossímil, sendo indiscutível a hipossuficiência técnica da consumidora em relação ao poderoso Banco.

Dito isto, tem-se que, *data venia*, bem andou a MMª. Juíza *a quo* ao carrear ao Banco réu o ônus probatório acerca da autenticidade do documento, conforme dispõe o artigo 429 do Código de Processo Civil:

> "*Artigo 429 - Incumbe o ônus da prova quando:*
>
> *I - se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir;*
>
> ***II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento***".

Nesse diapasão, veja-se o que segue, com nossos destaques:

> "***Tratando-se de alegação de inexistência de relação jurídica ensejadora da emissão do título protestado, impossível impor-se o ônus de***

Acesso ao Sumário

***prová-la ao autor, sob pena de determinar-se prova negativa**, mesmo porque basta ao réu, que protestou referida cártula, no caso duplicata, demonstrar que sua emissão funda-se em efetiva entrega de mercadoria ou serviço, cujo prova é perfeitamente viável". (STJ, 4ª. Turma, REsp 763.033, Min. Aldir Passarinho Jr., j. 25.5.10, DJ 22.6.10)*

E mais:

*AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CONTRATO C.C RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Sentença de improcedência - Julgamento antecipado do feito - Art. 355, I, do CPC - Cerceamento de defesa configurado - Contratação de empréstimo consignado negada pela autora - **Assinatura aposta no documento juntado com a contestação que foi impugnada em réplica, sob alegação de falsidade - Ônus da prova de quem apresentou o documento (art. 429, II, do CPC), sob pena de presunção de veracidade - Perícia grafotécnica requerida e necessária para o correto deslinde da causa - Ato que não acarretará prejuízo ao banco, pois poderá demonstrar a higidez do contrato** - Autora, ademais, que estará sujeita à imposição de pena por litigância de má-fé, caso reste comprovada a veracidade da assinatura impugnada - Sentença anulada "ex officio" - Recurso prejudicado. (TJSP; Apelação Cível 1001500-29.2020.8.26.0311; Relator: Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Junqueirópolis - Vara Única; Data do Julgamento: 14/10/2021; Data de Registro: 14/10/2021)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. dano moral - Recurso interposto contra **decisão que deferiu a realização da prova pericial grafotécnica e carreou ao réu-agravante o pagamento dos honorários do perito** - Admissibilidade no caso em exame - Perícia grafotécnica - **Agravado que nega a contratação do empréstimo consignado realizado em seu nome - Alegação de falsidade de assinatura no contrato que gerou o débito discutido - Ônus da parte que produziu o documento - Aplicação da regra contida no artigo 429, II, do Código de Processo Civil** - Decisão mantida - Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2141636-85.2021.8.26.0000; Relator: Irineu Fava; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cândido Mota - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 02/09/2021; Data de Registro: 02/09/2021)*

*Ação declaratória de inexistência de relação jurídica e inexigibilidade de contrato c/c indenização por danos morais e repetição de indébito. **Contrato de empréstimo consignado. Contestação da autenticidade da assinatura lançada no documento apresentado - falsidade. Ônus probatório que incumbe ao Banco-réu, nos termos do art. 429, II, do CPC, as-***

Acesso ao Sumário

sim como o custeio da perícia grafotécnica. *O custeio da prova não pode ser imposto; todavia, assumirá e sofrerá as consequências desta omissão, já que era seu o ônus probatório. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2124050-35.2021.8.26.0000; Relator: Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 4ª Vara; Data do Julgamento: 26/08/2021; Data de Registro: 26/08/2021)*

Registra-se, por oportuno, que o demandado, agravante, poderá negar-se a arcar com os salários periciais.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que:

"*Quanto ao custeio da prova pericial, em hipóteses como a presente, tem-se decido que o deferimento da inversão do ônus da prova que se dá ao critério do Juízo quando configurada a verossimilhança da alegação ou hipossuficiência da parte não tem o condão de obrigar o fornecedor a custear a prova requerida pelo consumidor. De qualquer maneira, o fornecedor não se desincumbe do ônus probatório, pois, quedando-se inerte, uma vez concedido o benefício processual de que trata o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, presumir-se-ão verdadeiros os fatos que embasam o pedido*" [cf. STJ, REsp. nº. 1038046/PR, Decisão monocrática, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.10.2010, DJe. 10.11.2010].

Tem-se, pois, com todo respeito, que não vieram aos autos elementos competentes a autorizar a pretensa reforma, sendo plausível a manutenção do r. *decisum* atacado.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, **nega-se provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Banco acionado**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009699-49.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DE OFTALMOLOGIA DE CAMPINAS E REGIÃO - AOC, é agravada SUELI ISPROCATI FREIRE.

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 37581/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIFFONI FERREIRA e HER-

Acesso ao Sumário

THA HELENA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 8 de novembro de 2021.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA - Ação civil pública - Pretensão de obter ordem de abstenção pela requerida em realizar atos privativos de médico oftalmologista - Concessão - Admissibilidade - Presença dos requisitos legais - Atividade exclusiva de profissionais habilitados - Incidência dos arts. 13 e 16 do Decreto nº 24.492/34 e arts. 38 e 39 do Decreto nº 20.931/32 - Observação da ocorrência do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 131) pelo STF declarando, dentre outros aspectos, a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34 - Multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 20.000,00 (vinte mil reais) - Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, nos autos de ação civil pública, indeferiu a tutela de urgência que visa à ordem de abstenção de prática de atividades médicas pela demandada, sob o fundamento de que ausentes os requisitos legais.

Inconformada, pretende a autora a revisão da decisão com base nos argumentos expostos na minuta de fls. 01/12.

Após o deferimento da liminar recursal e decurso de prazo para resposta, vieram os autos para julgamento.

É o breve relatório.

Convém esclarecer que, em se tratando de agravo de instrumento interposto contra decisão que indefere tutela provisória, somente é possível manifestação, nesta instância, com relação à presença ou não dos pressupostos autorizadores para a sua concessão. Apreciando-se o mérito, estar-se-ia antecipando o julgamento do feito, sem o pronunciamento do juízo de primeiro grau.

A tutela provisória de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC).

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação civil pública com a finalidade de impor à requerida obrigação de não fazer sob a narrativa de que ela efetua irregularmente consultas oftalmológicas com realização de exames e prescrição de lentes corretivas, que são condutas privativas dos profissionais de medicina, ocasionando prejuízos à categoria profissional de oftalmologistas, bem como danos à saúde dos consumidores que são atendidos por profissionais não habilitados.

No caso em apreço, vislumbra-se a presença de indícios suficientes de lesão a direito coletivo através do exercício irregular da profissão no sentido de se entrever a probabilidade de eventuais danos à saúde visual, atingindo número indeterminado de pessoas, através de atividades profissionais por aqueles que não estão habilitados para tanto.

Pela documentação indicada, há indícios suficientes de prática de atividade própria de profissional de medicina da área de oftalmologia através de profissional de optometria, cuja atividade é regular, mas é distinta ao do profissional médico, não podendo adentrar em sua área, conforme vedação legal atualmente tida como válida.

A Optometria é profissão regulamentada e a medida liminar não figura como restrição à liberdade profissional, tendo em vista que ela deve ser exercida nos contornos de sua área e normas pertinentes. A sua regulamentação se encontra nos Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34, nos quais há a vedação clara de instalação de consultórios e confecção de lentes sem prescrição médica, sendo certo que as atividades clínicas e prescrição de lentes de grau figuram como atividades privativas dos profissionais médicos.

De acordo com os arts. 13 e 16 do Decreto 24.492/34: "Art. 13. É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei. (...) Art. 16 O estabelecimento comercial de venda de lentes de grau não pode ter consultório médico, em qualquer de seus compartimentos ou dependências, não sendo permitido ao médico sua instalação em lugar de acesso obrigatório pelo estabelecimento. § 1º É vedado ao estabelecimento comercial manter consultório médico mesmo fora das suas dependências; indicar médico oculista que dê aos seus recomendados vantagens não concedidas aos demais clientes e a distribuir cartões ou vales que deem direito a consultas gratuitas, remuneradas ou com redução de preço. § 2º E' proibido aos médicos oftalmologistas, seja por que processo for, indicar determinado estabelecimento de venda de lentes de grau para o aviamento de suas prescrições."

Por sua vez, dispõem os artigos 38 e 39, do Decreto 20.931/32 que: "Art. 38. É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e

Acesso ao Sumário

ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias. (...) Art. 39. É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos."

Nesse sentido, confira-se:

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Decisão que deferiu a tutela de urgência, para compelir a ré (pessoa jurídica), ora Agravante, se abster de exercer atos privativos de médico oftalmologista, realizar, seja a título gratuito ou oneroso, consultas, exames e prescrever medicamentos ou ortéses para tratamento de patologias oculares, e de manter em suas dependências, inclusive anexos, consultório para atender clientes. Insurgência. Decretos nº 20.931/32 e 24.492/34 que vedam a instalação de consultórios e a prescrição de lentes corretivas, àqueles, dentre outros, que exerçam a atividade de optometria, como no caso. Precedentes do STJ. Decisão mantida. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 2220314-51.2020.8.26.0000 - Campinas - 7ª Câmara de Direito Privado - Rel. Maria de Lourdes Lopez Gil - J. 11/08/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. Ação civil pública movida pela Associação de Oftalmologia de Campinas e Região - AOC, visando a proibição, por parte de optometristas, da prática de atos privativos de médicos oftalmologistas. Decisão recorrida, de Primeira Instância, que deferiu o pedido de tutela de urgência. Recurso dos requeridos. O STF julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 131) para: 1) declarar a recepção dos arts. 38, 39 e 41 do Decreto nº 20.931/32 e dos arts. 13 e 14 do Decreto nº 24.492/34; e 2) realizar apelo ao legislador federal para apreciar o tema, tendo em conta a formação superior reconhecida pelo Estado aos tecnólogos e bacharéis em optometria. Além disso, recomendou a manutenção da proibição de prescrição de lentes óticas pelos optometristas (ou venda sem prescrição médica), independentemente de serem práticos ou qualificados, até que o Congresso Nacional possa deliberar sobre o mercado desses profissionais. O acórdão afirmou tratar-se de atividade com potencial lesivo, defendendo a possibilidade de limitação do exercício da profissão. Antecipação de tutela confirmada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO." (v. 35378). (Agravo de Instrumento nº 2258112-46.2020.8.26.0000 - Limeira - 3ª Câmara de Direito Privado - Rel. Viviani Nicolau - J. 09/03/2021)

Acesso ao Sumário

Destarte, cabível o acolhimento da tutela solicitada para que a demandada se abstenha de exercer atos privativos do médico oftalmologista consistentes na realização, seja a título gratuito ou oneroso, de consultas e exames, bem como

de prescrever medicamentos ou órteses para tratamento de patologias oculares, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Vencida a análise preliminar, caberá ao juiz do feito o reexame do tema, quando da prolação de sentença, desta feita à luz do contraditório e das provas produzidas pelas partes.

Saliente-se, ainda, a fim de evitar a oposição de embargos de declaração, única e exclusivamente voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente prequestionada, nesta instância, toda a matéria, consignando que não houve ofensa a qualquer dispositivo a ela relacionado.

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

Sendo manifestamente protelatória a apresentação dos embargos de declaração, aplicar-se-á a multa prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC.

Diante do exposto, **dou provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2184596-56.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FUNDAÇÃO SÃO PAULO, é agravado RICARDO DE MELO TAMASHIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Declara voto o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40249)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente), SIMÕES DE VERGUEIRO e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 15 de outubro de 2021.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Penhora - procedente ação monitória apoiada em contrato de prestação de serviços educacionais, ora em fase de cumprimento do julgado trânsito

(Acórdão) - deferida pretendida constrição judicial de 20% dos salários líquidos do executado agravado - diante das peculiaridades do caso, não aplicação do art. 833, inc. IV, do CPC/15 - jurisprudência do STJ e TJSP - agravo provido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento contra o r. ato decisório de fls. 110, dos autos eletrônicos da ação monitória apoiada em contrato de prestação de serviços educacionais, ora em fase de cumprimento do julgado trânsito (Acórdão), que denegou à exequente agravante pedido de oficiamento ao empregador do executado agravado, para fins de penhora de 20% dos seus salários líquidos.

2. Formado o instrumento, o recurso foi recebido e processado com suspensividade (fls. 28/29), não acusando resposta do recorrido consoante certificação de fls. 32.

É o relatório.

3. Ao indeferimento da pretensão, considerou o Magistrado de origem que a medida pretendida é inviável, porque a verba salarial é impenhorável nos termos do art. 833, inc. IV, do CPC/15.

4. À modificação desse entendimento, argumenta a recorrente que restaram infrutíferas todas as tentativas de localização de bens do recorrido RICARDO DE MELO TAMASHIRO, que auferiu no exercício 2021 o rendimento anual de R$70.773,02 da fonte pagadora, demonstrando que possui recursos suficientes para solver a dívida perseguida.

5. E o inconformismo merece acolhimento, visto que possível sim penhorar 20% dos salários líquidos do ora agravado, a fim de garantir a efetividade da jurisdição, relativizando-se a regra do artigo 833 do CPC/15, eis que a impenhorabilidade não pode ser tida como direito absoluto. Acresce que o recorrido não se manifestou com relação ao insistido bloqueio, apesar de regulamente intimado (fls. 32).

Acesso ao Sumário

6. Não se olvida da proteção do salário como garantia constitucional (CF/88, art. 7º, X), dotado de impenhorabilidade (CPC/15, art. 833, IV). Porém, ressalta-se que presente circunstância excepcional que encontra ressonância neste feito, consubstanciada no fato de que a ação monitória, ora em fase de cumprimento do julgado trânsito, tramita há anos sem o pagamento da dívida. Demais, afigura-se que a quantia pretendida de constrição judicial não tem exclusivamente caráter alimentar e que, se for tirada do devedor, ofende sua sobrevivência. Cumpre observar que o executado até agora não procurou quitar o débito exequendo, tampouco indicou bens à constrição judicial.

7. "In casu", conclui-se que a credora conseguiu respaldar a saciedade as

alegações que formulou ao acolhimento do agravo, de modo a autorizar a pretendida penhora de 20% dos salários líquidos o devedor. Daí porque inaplicável à hipótese em tela o inc. IV, do art. 833, do CPC/15, como entendeu o Magistrado de origem.

8. A parelha orientação jurisprudencial deste Sodalício não discrepa do presente julgado: "Penhora - incidência em conta bancária - bloqueio de montante aplicado em poupança (conta salário) - alegação de impenhorabilidade - quantia constrita que não revela natureza alimentar, tendo a poupança pouca movimentação - afastabilidade do art. 649, IV, do Código de Processo Civil - recurso improvido" (AI 1.062.458-0, 35ª Câmara de Direito privado, REL. DES. CLÓVIS CASTELO, j. 25.09.06).

9. E o C. STJ, por intermédio de julgado da lavra da Em. MIN. NANCY ANDRIGHI, possui entendimento de que é possível relativizar a regra da impenhorabilidade do art. 833, inc. IV, do estatuto adjetivo quando a hipótese concreta dos autos permite o bloqueio de parte da verba remuneratória, desde que seja preservado o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor, como acontece na hipótese em tela. Confira-se:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE... 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar. 3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73 (atual art. 833, inc. IV, do CPC/15), a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes. 4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial conhecido e não provido." (Resp. 1658069/GO, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, DJe 20.11.2017).

10. Com esses fundamentos, mormente porque ausentes no instrumento provas ou indícios que demonstrem prejuízos irreparáveis à integridade da vida cotidiana do agravado, além do que a medida é justa, equilibrada, proporcional, está justificada, aliada à falta de indicação de outros bens à garantia do Juízo

Acesso ao Sumário

e mantém-se obediente ao "due process of law", dá-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 46675)

Em que pese o entendimento adotado pela Douta Maioria, o que se deu no sentido de dar provimento ao recurso que foi movimentado pela ocupante do polo ativo da lide, conforme posição adotada pelo Voto Condutor do V. Acórdão proferido, este da lavra do Ilustre Desembargador Jovino de Sylos, por força do qual foi dado provimento ao recurso como interposto pela ocupante do polo ativo da lide, editado no sentido de deferir a incidência de constrição judicial sobre montante equivalente a 20% dos salários líquidos auferidos pelo executado, ora agravado, dele divirjo, ainda que sempre respeitando a posição adotada por meus pares, uma vez que entendo que o recurso como intentado pela demandante não deveria se constituir em alvo de guarida por parte desta Turma Julgadora.

Assim entendo porque, sob minha ótica, não comporta acolhida a pretensão recursal deduzida pela inconformada, uma vez que o artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil que se tem em vigor, veda a incidência de constrição sobre: "**IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º**;", o que não foi reconhecido pelo entendimento aplicado ao caso pelo D. prolator da R. Decisão como submetida a ataque.

Não bastasse o quanto informa o texto legal, imperativo concluir que mesmo diante da existência de forte corrente em sentido diametralmente oposto, reconheço, como de fato venho reconhecendo por ocasião do julgamento de demandas semelhantes a colocada em debate no feito, pela absoluta impossibilidade de constrição incidente sobre rendimentos auferidos a título de remuneração mensal, ainda que promovidos apenas sobre percentuais que, ao que se alegue, não se mostram capazes de inviabilizar a subsistência da parte enquanto devedora, ou mesmo de sua família, aspecto que, no entanto, não se pode presumir, sendo de rigor reconhecer que o artigo mencionado não comporta interpretação que fuja a seus exatos limites como definidos pelo Legislador, uma vez que a impenhorabilidade que foi prevista como regra, em verdade se constitui em matéria de ordem pública, não comportando, portanto, interpretação no sentido de que se possa permitir a incidência de penhora sobre as verbas que vem ali mencionadas.

Nesse sentido, o saudoso THEOTONIO NEGRÃO, assim como JOSÉ

Acesso ao Sumário

ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, fazendo referência a manifestação Jurisprudencial sobre o artigo 833, inciso IV, na nota "19", em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor, 48ª edição, Editora Saraiva, 2017, fls. 757, deixaram anotado, e bem anotado que:

"**A disposição abrange salário a qualquer título, isto é, todo direito do empregado, presente, passado ou futuro, pago ou não, na constância do emprego ou por despedida (RT 618/198, JTJ 205/231; 352/82: AI 990.10.042653-2).**"

No mesmo sentido, é caso de se conferir as seguintes ementas editadas por esta E. Corte, o que se deu por força de inúmeros julgados proferidos em casos em que foi enfrentada matéria semelhante a que se tem por colocada em debate nos autos:

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO. Indeferimento de penhora sobre 30% dos salários do agravado. Impenhorabilidade da verba alimentar, conforme a disciplina do artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil. Vedação da penhora que impossibilita, inclusive, seja atingido percentual do salário. Decisão mantida. Recurso não provido.**" (TJSP; Agravo de Instrumento 2096896-47.2018.8.26.0000; Relator (a): Jairo Oliveira Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 9ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 18/12/2018; Data de Registro: 19/12/2018)

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO. Determinação de bloqueio de salário do recorrente. Ordem de penhora de 30% do salário. Inadmissibilidade. Exegese do art. 833, IV, do NCPC. Reconhecimento da impenhorabilidade da verba salarial. Precedentes do Colendo STJ. Decisão reformada. Recurso provido.**" (TJSP; Agravo de Instrumento 2222410 -10.2018.8.26.0000; Relator (a): Silveira Paulilo; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/12/2018; Data de Registro: 19/12/2018)

Assim, de rigor reconhecer que o artigo 833, inciso IV, do CPC hoje vigente, impõem limites a norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, esta no sentido de autorizar a penhora de salários, ou mesmo de proventos percebidos pelos executados, ainda que em percentuais que, em tese, repito, não inviabilizem a subsistência do próprio devedor, ou mesmo de sua família, o que, diga-se uma vez mais, não pode se constituir em alvo de qualquer tipo de presunção.

Diante de tal realidade, e ao contrário do entendimento da D. Maioria, verifico que a R. Decisão combatida analisou de forma verdadeiramente adequada, ao menos por minha óptica, a questão como colocada em debate nos autos, motivo pelo qual entendo que devem rejeitados os reclamos constantes das razões recursais, devendo, por força de consequência, a R. Decisão como emanada de

Acesso ao Sumário

1º Grau, esta que foi encartada ao feito, ser mantida sem quaisquer ressalvas.

Pelo exposto, e ousando divergir da maioria, nego provimento ao recurso, assim procedendo nos limites do Voto Vencido que agora declaro.

SIMÕES DE VERGUEIRO, 2º Desembargador Vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2240939-72.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JACQUELINE SIMONE DE SOUZA E SILVA FERREIRA, é agravado ALESSANDRA ANJOS HERRERA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.115)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente) e MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES.

São Paulo, 12 de novembro de 2021.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE, NÃO OBSTANTE JÁ HAVENDO SIDO REALIZADAS AS CITAÇÕES PESSOAIS DOS INTERESSADOS CERTOS, PELA VIA POSTAL, DETERMINOU A INCLUSÃO DE SEUS NOMES NO EDITAL DE CITAÇÃO GERAL, PARA CIÊNCIA DOS INTERESSADOS INCERTOS, POR NÃO VISLUMBRAR, EM TAL EXPEDIENTE, QUALQUER PREJUÍZO. INADMISSIBILIDADE. CITAÇÃO DOS INTERESSADOS CERTOS QUE DEVE SER PESSOAL E JÁ FOI, ALIÁS, REALIZADA. CITAÇÃO EDITALÍCIA GERAL QUE SE RESTRINGE AOS INTERESSADOS INCERTOS, SOB PENA DE INDEVIDO TUMULTO PROCESSUAL E DE EVENTUAIS NULIDADES. CITAÇÃO POR EDITAL QUANTO AOS INTERESSADOS CERTOS, ADEMAIS, QUE SE REVELARIA ABSOLUTAMENTE EXCEPCIO-

Acesso ao Sumário

NAL, APENAS APÓS FRUSTRADAS AS DILIGÊNCIAS CABÍVEIS PARA A LOCALIZAÇÃO DE SEU PARADEIRO. DECISÃO AGRAVADA, POR FIM, QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA, PARA NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AOS INTERESSADOS CITADOS POR EDITAL E QUE HAJAM SIDO REVÉIS. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA TANTO, AO MENOS POR ORA. INTERESSADOS CERTOS QUE FORAM CITADOS POR VIA POSTAL, MODALIDADE DE CITAÇÃO REAL - E NÃO FICTA - NÃO ATRAINDO A INCIDÊNCIA DO ART. 72, "CAPUT", INCISO II DO CPC, QUE PREVÊ A NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AOS CITADOS POR EDITAL OU COM HORA CERTA E QUE HAJAM SIDO REVÉIS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em ação de usucapião contra decisão interlocutória que determinou a citação por edital dos interessados incertos, além da citação editalícia também dos interessados certos, já previamente citados por via postal. Determinou-se, ainda, que, não constituído procuradores pelos citados pela via editalícia, fosse expedido ofício à Defensoria Pública, para nomeação de curador especial.

Inconformada, recorre a autora. Narra que o imóvel objeto da presente demanda fora adquirido por Edmilson Anjos Ferreira - ex-cônjuge da usucapiente - ora agravante - e pai da agravada, em 17 de maio de 1995, para moradia da recorrente e de seus filhos, Diego Vivaldo Anjos Ferreira e Alessandra Anjos Ferreira, à época, com 10 e 9 anos de idade. Dizem que a agravante ingressou na posse do imóvel em maio de 1995, sendo que, desde então, sua posse haveria sido mansa, pacífica, ininterrupta e com "animus domini", sendo o bem imóvel utilizado para moradia da entidade familiar. Posteriormente, a agravante constituiu união estável com Eduardo Abade, sobrevindo o nascimento de mais dois filhos, Pedro Miguel Abade e Maria das Graças Abade, ambos nascido em 07 de dezembro de 2000. Em 1999, Eduardo Abade haveria abandonado o lar. Desde sempre, contudo, o imóvel haveria sido mantido na posse da agravante e de seus filhos, sendo que a partir de 2004 os filhos haveriam deixado o lar familiar, para a constituição, eles próprios, de uniões estáveis. Os interessados certos, a serem citados, foram listados consoante fls. 9/10, dizendo que a recorrente que seria "*forçoso reconhecer que todos os interessados foram legitimamente citados,*

Acesso ao Sumário

constando o número das laudas da citação e da manifestação." Diz, ainda, que "*todos os interessados manifestaram-se nos autos, inclusive os compossuidores e compossuidor e coproprietário.*" Apenas os Srs. Eduardo Abade e Guilherme Aires Herrera não haveriam sido citados, embora maiores e capazes. Alega que, ainda que ação de usucapião, a citação por edital somente é cabível quando algum dos interessados, mesmo esgotados todos os meios de busca e citação, não for localizado, sendo inadmissível, ademais, a nomeação de curador especial aos interessados certos citados de forma pessoal. Conclui pela reforma.

Recebido e processado o recurso (fl. 1.073), ao qual se concedeu o efeito suspensivo pleiteado.

Contraminuta às fls. 1.077/1.078.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto em ação de usucapião contra decisão interlocutória que determinou a citação por edital dos interessados incertos, além da citação editalícia também dos interessados certos, já previamente citados por via postal. Determinou-se, ainda, que, não constituído procuradores pelos citados pela via editalícia, fosse expedido ofício à Defensoria Pública, para nomeação de curador especial.

De início, e para se evitarem embargos de declaração meramente protelatórios, consigne-se que, ao contrário do alegado, a recorrente goza, sim, da benesse da justiça gratuita (fl. 188 dos autos originários).

Ação de usucapião em que realizada a citação pessoal dos interessados certos, bem como a citação pessoal dos interessados incertos - isto é, a citação editalícia geral inerente à demanda.

Resta apreciar se, já realizada a citação pessoal - e, portanto, real - dos interessados certos, seria mister a inclusão de seus nomes nos editais de intimação geral. A resposta é evidentemente negativa. Sequer haveria fundamento para tanto, uma vez que o prazo para contestação seguiria contando da juntada aos autos dos avisos de recebimento relativos às cartas citatórias já cumpridas. A menos que se demonstrasse a nulidade do ato citatório; ou se frustrasse a citação pessoal, e após as diligências para localização dos interessados certos, é que a citação editalícia haveria de ser cogitada.

Como já tive oportunidade de anotar, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 398.335-4/2-00 da Comarca de Palmital, a citação por meio de edital, dado seu caráter absolutamente excepcional, só deve ser realizada em caso de esgotamento de todos os meios possíveis de localização do demandado.

De há muito se vem decidindo:

"***Citação - Expedição de ofícios ao TRE e à DRF visando esgotamento***

Acesso ao Sumário

das diligências para localização dos réus em ação de usucapião - Admissibilidade - Mandado citatório extraído com base em endereços velhos - Efetuação da citação por edital apenas na hipótese de ignorado ou incerto o paradeiro do réu por afirmação do autor ou de oficial de justiça, após esgotadas todas as tentativas - Recurso provido"

(TJSP - Ag. Inst. 141.043-1 - São Paulo - Rel. Euclides de Oliveira - j. 26.02.91).

"***Usucapião - Imóveis transcritos - Herdeiros e sucessores dos proprietários não citados pessoalmente - Citação por editais de interessados incertos e desconhecidos - Irrelevância - Nulidade do processo - Aplicação do artigo 942, II, do Código de Processo Civil - Provimento ao recurso. Na ação de usucapião, para validez do processo é indispensável a citação pessoal daquele em cujo nome esteja o imóvel transcrito, ou registrado, ou de seus herdeiros e sucessores, não lhes aproveitando a citação edital de interessados incertos e desconhecidos***"

(TJSP Ap. Cível n. 191.600-1 Espírito Santo do Pinhal Rel. Cezar Peluso j. 21.09.93).

Demais disso, naturalmente, devem ser citados todos os eventuais interessados - certos e incertos - para os termos da ação, que se propõe contra todos - *adversus omnes* - exigindo-se, sob pena de nulidade, a citação editalícia de todos os eventuais interessados, nos termos do artigo 259, inciso I do Código de Processo Civil, "*Serão publicados editais na ação de usucapião de imóvel.*"

Interessante ressaltar, como o faz BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO, colacionando Pontes de Miranda (*ob. cit*., p. 1.272), que, *in verbis*:

"*(...) a propriedade é direito com sujeito passivo total; as ações declaratórias somente podem ter eficácia sentencial entre as partes. As partes são, pela natureza do direito, todos. Sem isso, não se pode obter sentença que possa ser transcrita no registro de imóveis.*"

Como argumenta, com efeito, PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XIII, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 368),

"*com a declaração da aquisição da propriedade pelo autor, os terceiros que foram chamados a juízo, compareçam ou não, ficam sem os direitos que acaso tinham sobre o bem. Por isso, são partes necessárias, litisconsortes imprescindíveis, todos, mais os confinantes e mais os que tenham direitos reais sobre o bem, conforme registro*" (g.n.)

E prossegue (ibidem, p. 369):

"*na ação de usucapião, as partes são o autor e todos. Em todos estão incluídos os que têm ou teriam direitos reais sobre os bens e são conhecidos ou não*" (g.n.).

Cabe frisar, por fim, que como "*não basta a citação dos interessados*

Acesso ao Sumário

incertos para suprir a falta de citação dos interessados certos" (TJSP, RT, 557:97), de rigor que se determine a citação pessoal - em princípio - dos interessados certos. A citação editalícia, em princípio, se restringe aos interessados incertos.

Nem há falar em curador especial aos interessados certos pessoalmente citados. Inexiste previsão legal para tanto. O artigo 72, *caput*, inciso II do Código de Processo Civil reza que o juiz nomeará curador especial ao "réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado." Não é esse, contudo, o caso dos autos.

Procede, pois, o reclamo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2217691-77.2021.8.26.0000, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que são agravantes CELINA DE SOUZA MELLO MALVESTIO (JUSTIÇA GRATUITA) e ANTÔNIO CELSO MALVESTIO, são agravados BRASIL CARD ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO LTDA. e ADRIANO COBUCCIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Vencido o 3º Desembargador que expõe os limites de sua divergência através da declaração de voto que compõe o presente julgado.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.076)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 15 de novembro de 2021.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DE COBRANÇA, ORA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REQUERIMENTO DE PENHORA DE PERCENTUAL DOS RENDIMENTOS DOS EXECUTADOS. DEFERIMENTO. REFORMA. VERBA IMPENHORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE, NO

CASO CONCRETO, DE FLEXIBILIZAR A REGRA GERAL DA IMPENHORABILIDADE, SOB PENA DE AFETAR A DIGNIDADE DOS DEVEDORES.

De acordo com a documentação carreada aos autos, o coexecutado é aposentado e recebe benefício previdenciário de R$3.701,19 - mas sofre descontos mensais de R$1.480,59 em razão de diversos empréstimos consignados. A coexecutada, por sua vez, recebe salário líquido em torno de R$2.783,84 (assim considerado o salário bruto, com desconto da previdência oficial e do imposto de renda), mas suporta descontos R$893,29 para pagamentos de despesas descritas como "seguro de vida, despesa cantina, farmácia, plano de saúde, empréstimo consignado e refeição". Além do salário, a coexecutada percebe benefício previdenciário no valor de R$1.242,15, apesar dos descontos de R$433,93 para pagamento de empréstimo consignado e de prêmio de seguro. O débito exequendo atualizado gira em torno de R$13.360,00 (vál. p/ set/2021). Se se considerar os rendimentos de cada um dos executados, sem os descontos mensais, têm-se que a renda mensal do executado é de R$3.701,19; e a da coexecutada R$4.026,00. A penhora, nessas circunstâncias, resultaria em descontos de R$386,36 mensais. Ocorre que a renda mensal deles já está bastante prejudicada em razão de diversos descontos efetuados em folha de pagamento. O valor líquido global de sua remuneração gira em torno de R$4.920,00, ou em torno de R$2.460,00 per capita. E mesmo se se considerar a renda bruta somada, chega-se a montante em torno de R$3.860,00 per capita. Logo, frente ao contexto probatório, não é possível relativizar o disposto no art. 833, inc. IV, do Código de Processo Civil, consoante o precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acima mencionado, tendo em vista o risco de ofensa à dignidade e à subsistência dos executados. Agravo provido.

VOTO

Vistos,

Acesso ao Sumário

1. Trata-se de recurso de agravo, interposto sob a forma de instrumento, contra a r. decisão que, nos autos da ação de cobrança, ora em fase de cumprimento de sentença, que BRASIL CARD ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO LTDA. move em face de CELINA DE SOUZA MELLO MALVESTIO e ANTÔNIO CELSO MALVESTIO, deferiu a penhora sobre cinco por cento dos rendimentos dos executados.

Consta dos autos que a exequente moveu ação de cobrança em face dos executados. Narrou que com eles celebrou contrato de fornecimento, aquisição, uso e administração de cartão de crédito. Os executados realizaram operações com uso do cartão, mas não quitaram as faturas que lhes foram enviadas.

O pedido formulado na inicial foi julgado procedente, para condenar os executados ao pagamento da quantia de R$6.474,00 (valor histórico).

Iniciada a fase de cumprimento do julgado, a exequente apresentou cálculos no valor de R$7.866,45 (vál. p/mai/2019).

A exequente requereu a penhora de cinco por cento do benefício previdenciário do coexecutado, e do salário e do benefício previdenciário da coexecutada - o que restou deferido.

Inconformados, os executados recorrem. Alegam, em suma, que seus rendimentos mensais sofrem diversos descontos para pagamentos de empréstimos consignados e outras despesas, de modo que os valores líquidos percebidos não admitem constrição, sob pena de prejudicar o sustento do ente familiar. Pugnam pelo provimento do recurso para reforma da r. decisão agravada.

O recurso foi recebido com atribuição de efeito suspensivo.

Sem contraminuta.

É o relatório do essencial.

2. O recurso comporta provimento.

São impenhoráveis os valores provenientes de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, assim como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, nos termos do art. 833, inc. IV, do Código de Processo Civil.

Trata-se de proteção ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, de modo a garantir ao devedor condições mínimas de manutenção do sustento próprio e de seus dependentes, com padrão de vida digno.

A legislação processual, contudo, excepcionou a regra geral da impenhorabilidade de verbas de natureza alimentar em duas hipóteses (CPC, art. 833, § 2º): (a) para o pagamento de prestação alimentícia; e (b) das importâncias excedentes a cinquenta salários-mínimos mensais.

Acesso ao Sumário

Ocorre que a jurisprudência passou a flexibilizar aquela regra, e a divergência de interpretação chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

A Egrégia Corte Superior também se dividiu: algumas Turmas entendiam que regra da impenhorabilidade das verbas previstas no art. 649, inc. IV, do Código de Processo Civil de 1973 (atual art. 833, inc. IV, do Código de Processo Civil de 2015) encontraria exceção apenas no §2º do mesmo dispositivo legal; enquanto outras entendiam ser possível a penhora de verbas alimentares quando a remuneração do devedor permitisse, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sua constrição sem afrontar a dignidade da entidade familiar.

Ante tal divergência, a Corte Especial reuniu-se para o julgamento dos "Embargos de Divergência em REsp nº 1.582.475-MG", DJe 16/10/2018, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, concluindo pela possibilidade da flexibilização da regra geral da impenhorabilidade, para admitir, excepcionalmente e conforme as peculiaridades do caso concreto, a penhora de até 30% das verbas de natureza alimentar recebidas pelo devedor:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPENHORABILIDADE DE VENCIMENTOS. CPC/73, ART. 649, IV. DÍVIDA NÃO ALIMENTAR. CPC/73, ART. 649, PARÁGRAFO 2º. EXCEÇÃO IMPLÍCITA À REGRA DE IMPENHORABILIDADE. PENHORABILIDADE DE PERCENTUAL DOS VENCIMENTOS. BOA-FÉ. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA.
>
> 1. Hipótese em que se questiona se a regra geral de impenhorabilidade dos vencimentos do devedor está sujeita apenas à exceção explícita prevista no parágrafo 2º do art. 649, IV, do CPC/73 ou se, para além desta exceção explícita, é possível a formulação de exceção não prevista expressamente em lei.
>
> 2. Caso em que o executado aufere renda mensal no valor de R$ 33.153,04, havendo sido deferida a penhora de 30% da quantia.
>
> 3. A interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental. **A impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais**.
>
> 4. O processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. **Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente**

Acesso ao Sumário

a efetivação do direito material do exequente. 5. **Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes**. 6. **A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família**.

7. Recurso não provido." - os destaques não constam do original.

Nesse panorama, diante do conflito de direitos fundamentais (de um lado, o direito do credor à efetividade da tutela jurisdicional e satisfação do seu direito material; de outro lado, o direito do devedor de não sofrer atos executórios que violem sua dignidade), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através da sua Corte Especial, avançou no sentido de admitir, em casos pontuais, a flexibilização da regra geral da impenhorabilidade, se e quando não houver desproporcionalidade e risco de ofensa à dignidade do devedor e seus dependentes.

Cabe ressaltar que o referido precedente foi pautado em caso concreto em que o devedor auferia remuneração mensal de R$33.153,04, ou seja, valor muito superior ao ganho médio mensal da imensa maioria da população brasileira.

Também cabe registrar que a penhora, conforme o caso concreto, é admitida até 30% dos valores mensais auferidos, ou seja, o referido percentual não é baliza fixa.

Portanto, as hipóteses de exceção à regra geral da impenhorabilidade deverão ser analisadas casuisticamente, ponderando-se: (a) a remuneração mensal auferida pelo devedor; (b) o valor e a natureza da dívida; e (c) a capacidade de subsistência e manutenção do padrão médio de vida frente à realidade brasileira.

Com tais diretrizes, conjugam-se, de um lado, o direito à satisfação do crédito, e, de outro, impele-se o executado ao cumprimento da obrigação sem ofensa à sua dignidade, além de impedir o uso abusivo da proteção legal da impenhorabilidade como entrave injustificado à satisfação do direito material do credor. Este é o entendimento jurisprudencial consolidado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Feita tal análise, passa-se ao caso concreto.

De acordo com a documentação carreada aos autos, o coexecutado é aposentado e recebe benefício previdenciário de R$3.701,19 mas sofre descontos mensais de R$1.480,59 em razão de diversos empréstimos consignados.

A coexecutada, por sua vez, recebe salário líquido em torno de R$2.783,84 (assim considerado o salário bruto, com desconto da previdência oficial e do imposto de renda), mas suporta descontos R$893,29 para pagamentos de despesas descritas como "seguro de vida, despesa cantina, farmácia, plano de saúde, empréstimo consignado e refeição".

Além do salário, a coexecutada percebe benefício previdenciário no valor de R$1.242,15, apesar dos descontos de R$433,93 para pagamento de empréstimo consignado e de prêmio de seguro.

Pois bem.

O débito exequendo atualizado gira em torno de R$13.360,00 (vál. p/ set/2021).

Se se considerar os rendimentos de cada um dos executados, sem os descontos mensais, têm-se que a renda mensal do executado é de R$3.701,19; e a da coexecutada R$4.026,00.

A penhora, nessas circunstâncias, resultaria em descontos de R$386,36 mensais.

Ocorre que a renda mensal deles já está bastante prejudicada em razão de diversos descontos efetuados em folha de pagamento. O valor líquido global de sua remuneração gira em torno de R$4.920,00, ou em torno de R$2.460,00 *per capita*.

E mesmo se se considerar a renda bruta somada, chega-se a montante em torno de R$3.860,00 *per capita*.

Logo, frente ao contexto probatório, não é possível relativizar o disposto no art. 833, inc. IV, do Código de Processo Civil, consoante o precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acima mencionado, tendo em vista o risco de ofensa à dignidade e à subsistência dos executados.

3. Em face do exposto, dá-se provimento ao agravo, para vedar a penhora de percentual dos rendimentos dos executados.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 38.657)

O meu voto diverge do voto da relatora, Desa. Sandra Galhardo Esteves, e sufraga o desprovimento ao recurso dos réus.

A penhora de modestos 5%, do benefício previdenciário do corréu e do salário e benefício previdenciário da corré, é razoável e proporcional.

O direito não colima proteger o pródigo, o devedor contumaz, e fazê-lo tripudiar sobre os seus credores.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, "***in***" "*Fundamentos do Processo Civil Moderno*", Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., vol. 1, págs. 587/588, está a advertência de que:

"*O direito é um sistema de equilíbrio de valores e ao ideal da integral atuação da vontade da lei ele próprio opõe certas ressalvas, entre as quais assumem particular relevo as que visam a preservar ao executado um míni-*

Acesso ao Sumário

mo patrimonial indispensável para a existência humana decente. É o caso das chamadas impenhorabilidades, que os arts. 649-650 do Código de Processo Civil definem, para que a execução jamais possa devastar todo o patrimônio do devedor, reduzindo-o a uma condição subumana (...)".

Sob esse enfoque, tem-se admitido a penhora sobre parte dos vencimentos/salários/proventos/pensões/soldos etc. e tomado como parâmetro o percentual de 30% do líquido com arrimo na Lei n. 10.820/03.

Precedente do Col. STJ, no REsp 1.059.781-SP, julgado pela 3ª Turma em 01.10.09, relatora a Min. Nancy Andrighi, assentou que: "*Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação do seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta (...) porque se assim fosse, como frisei no julgamento do RMS 25.397/DF, de minha relatoria, DJ 03.11.2008, se estaria protegendo situações absurdas em que, por exemplo, o '(...) trabalhador contraia empréstimos para cobrir seus gastos mensais, indo inclusive além do suprimento de necessidades básicas, de modo a economizar integralmente seu salário, o qual não poderia jamais ser penhorado. Considerando que, de regra, cada um paga suas dívidas justamente com o fruto do próprio trabalho, no extremo estar-se-ia autorizando a maioria das pessoas a simplesmente não quitar suas obrigações'. Com efeito, a interpretação mais correta a se atribuir ao art. 649, IV, do CPC, em tais situações, é aquela que se leve em consideração a '**ratio legis**' que norteia o dispositivo, qual seja, a proteção da quantia monetária necessária para a subsistência digna do devedor e sua família*".

Noutro paradigma, recente, a mesma 3ª Turma do Col. STJ, ao julgar o REsp 1.514.931-DF, relator o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 25.10.16, DJe 06.12.16, excepcionalmente admitiu a penhora de ativos em conta salário com base na teoria do mínimo existencial, da dignidade ou subsistência do devedor e sua família.

Acesso ao Sumário

O novo estatuto processual experimentou considerável avanço nesse tema, ao excetuar no § 2º do art. 833 a penhora de salários, vencimentos, proventos, etc., para o pagamento de prestação alimentícia e importâncias excedentes a 50 salários mínimos mensais. Apesar de censurável esse patamar, muito acima dos padrões médios dos brasileiros, abre-se o flanco da impenhorabilidade absoluta.

Mais recente, a Corte Especial do Col. STJ, ao julgar Embargos de Divergências no REsp 1.582.475-MG, Relator o Min. Benedito Gonçalves, j. 03.10.18, DJe 16.10.18, assentou que: "*4. O processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer*

atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente. 5. Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes. 6. A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família".

O meu voto sufraga o desprovimento ao recurso e prestigia a penhora de módicos 5%.

CERQUEIRA LEITE, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2259899-76.2021.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante A. F.N., é agravado A.P.A.S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.784)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente sem voto), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES.

São Paulo, 16 de novembro de 2021.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Gratuidade judiciária. Revogação com aplicação da multa pela má-fé. Benesse que, em país com população de maioria pobre, deve ser deferida àqueles que tem **que sustentar família com dois ou três salários mínimos (labor ou aposentadoria); servidores públicos com vencimentos líquidos nesse mesmo patamar, microempresários na mesma faixa, trabalhadores informais (ambulantes), todos com custo singular e de filhos menores, anotando-se a pouca receita das esposas, o que ocorre nor-**

Acesso ao Sumário

malmente em face de profissionais de baixa receita mensal, tudo a inviabilizar o mínimo existencial da pessoa humana de cada qual. Projeto de lei e resolução da DPU que mostram, de modo analógico, que o mérito à concessão da gratuidade se volta àqueles que percebem até a quantia de R$ 3.000,00, tanto em favor daqueles que percebem benefícios governamentais (bolsa-família e outros). Hipótese que não autoriza o deferimento do benefício. Agravante que é proprietário de empresa e possui diversos veículos e motocicletas de luxo. Pesquisas de bens deflagradas pela impugnação da agravada que comprovam o recebimento de renda mensal no ano de 2020 de R$ 7.573,75, a par daquela declarada na petição inicial (R$ 1.045,00). Indicativo de que os rendimentos podem estar sendo mascarados entre a pessoa física e jurídica, com ocultação de patrimônio. Provas dos autos que demonstram situação financeira confortável. Penalidade do art. 100, parágrafo único do CPC que se justifica, inclusive no patamar máximo (décuplo) diante do valor atribuído à causa (R$ 1.000,00). Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Insurge-se o agravante contra a decisão que revogara o benefício da justiça gratuita que lhe fora concedido na ação de declaratória de inexigibilidade de débito (fls. 292/293 dos autos principais).

Afirma que teve deferidos em seu favor o benefício da justiça gratuita. Contudo, após impugnação da agravada e pesquisa de bens, o Magistrado revogara o benefício, determinando o recolhimento do décuplo do valor das custas processuais. Aduz que não agiu com má-fé e não alterou a verdade dos fatos. Alega que não possui a quantidade de veículos indicada mas, sim, apenas um automóvel e uma motocicleta. Insiste que um dos automóveis já havia sido vendido e que uma das motocicletas está financiada. E que os demais veículos são de propriedade de seu filho. Quanto à pesquisa Sisbajud, reforça que não foram encontrados saldos em suas contas bancárias. Entende não ser necessária a comprovação da situação de carência, devendo prevalecer a declaração de insuficiência juntada. E a assistência por advogado particular não afasta o direito ao benefício. Repisa que não alegou que não era proprietário de veículos e que não houve má-fé, devendo ser afastada a sua condenação no pagamento do décuplo das custas iniciais. Requer o provimento do recurso para que lhes sejam

Acesso ao Sumário

deferidos os benefícios da gratuidade ou, subsidiariamente, para determinar que o pagamento das custas se dê de forma simples.

É o relatório.

A irresignação recursal não merece prosperar.

Marque-se que o art. 99, § 3º, do CPC fixa a presunção *juris tantum* de veracidade da declaração de hipossuficiência.

Entretanto, quando houver prova nos autos de que tal declaração não corresponde à verdade, deve o Magistrado indeferir tal pleito.

Nesse percurso, sublinhe-se que o aludido dispositivo legal não fixa um conceito fechado de pessoa necessitada, como o faria se limitasse o gozo do benefício àqueles que auferissem uma renda determinada.

O legislador fixou um conceito aberto de necessitado abrangendo "*a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios*" (art. 98 do CPC), de modo a permitir ao julgador aferir a hipossuficiência do litigante de acordo com as peculiaridades da hipótese.

De plano, é verdade que, na linha argumentativa do recorrente, o art. 99, 4º do CPC expressamente afasta a possibilidade de indeferimento da benesse fundada exclusivamente na contratação de advogado particular.

No entanto, a peculiaridade dos autos, as pesquisas de bens realizadas pelo Douto Magistrado (fls. 269/282), as quais foram deflagradas pela impugnação da agravada, comprovam que o recorrente é proprietário de cinco veículos, dentre eles automóveis de luxo e motocicletas esportivas, além de auferir renda anual total no ano de 2020 de R$ 90.885,00, o que representa um valor mensal de R$ 7.573,75.

E não convence a alegação de que parte desses veículos (comodamente os de luxo) são de uso e posse de terceiro, seu filho. Marque-se que a simples declaração colacionada (fls. 16) não viera acompanhada de qualquer outro elemento de prova literal a demonstrar que, de fato, é o filho quem teria adquirido aqueles bens e seria o responsável pela sua manutenção e custos decorrentes (seguro, IPVA etc). Anote-se que referida declaração sequer traz a qualificação profissional do filho, não se podendo aferir, sequer, se possui condições financeiras para tanto.

Além disso, o agravante é proprietário de empresa (V.V.M.L.) e a sua qualificação na declaração de imposto de renda leva a crer que seria o seu Diretor/Presidente.

Ressalte-se que toda a renda tributável e não tributável auferida pelo recorrente proveio, justamente, dessa pessoa jurídica, o que sinaliza que os rendimentos também podem estar mascarados entre a pessoa física e jurídica.

Acesso ao Sumário

Esses fatos, aliados ainda à absoluta ausência de declaração de qualquer bem no informe de rendimentos prestados à Receita Federal (inclusive dos veículos e motocicletas) e, também, à inexistência de valores em contas bancárias em nome do agravante, reforçam que sua renda pode estar sendo direcionada à pessoa jurídica e, eventualmente, informada nos demonstrativos contábeis desta.

Anote-se que não veio aos autos qualquer informação financeira relacionada à empresa V.V.M.L.

Essas peculiaridades afastam, evidentemente, aquela presunção relativa de veracidade da declaração de hipossuficiência e denotam situação financeira incompatível com o pretendido benefício processual.

Dentro dessa quadra, o norte da concessão deve estar alinhado à circunstância de que o pagamento das custas processuais promova, ordinária e necessariamente, o comprometimento do mínimo existencial da pessoa humana, o qual corresponde à segurança alimentar, moradia (custo locatício), saúde (plano de saúde privada), medicação de uso contínuo não ofertada pela rede pública, etc.

A benesse, em país com população de maioria pobre, deve ser deferida àqueles que tem que sustentar família com dois ou três salários mínimos; servidores públicos com vencimentos líquidos nesse mesmo patamar, microempresários na mesma faixa, trabalhadores informais (ambulantes), todos com custo singular e de filhos menores, anotando-se a pouca receita das esposas, o que ocorre normalmente em face de profissionais de baixa receita mensal.

Aliás, resolução da Defensoria Pública de São Paulo que mostra, em tom analógico, que o mérito à concessão da gratuidade se volta àqueles que percebem até a quantia de R$ 3.000,00, tanto em favor daqueles que percebem benefícios governamentais (bolsa-família e outros).

Nesse desdobrar, o agravante não demonstrou que esteja impedida do pagamento das custas do processo, sem prejuízo do próprio sustendo e de sua família. Muito pelo contrário. As provas dos autos indicam que possui situação financeira confortável, com ocultação de bens e mascaramento de renda.

Acesso ao Sumário

No que diz respeito à multa aplicada, a má-fé é evidente. Com efeito, o autor, na petição inicial, afirmara que seu rendimento mensal era de R$ 1.045,00 (fls. 05 e 06), valor sete vezes inferior àquele por ele próprio informado à Receita Federal para o ano de 2020 (R$ 7.573,75.)

Isso justifica a manutenção da penalidade aplicada com base no parágrafo único do art. 100 do CPC, cravando-se que a fixação da multa no patamar máximo (décuplo) também se justifica diante do baixo valor das custas iniciais (valor da causa R$ 1.000,00 - fls. 21 dos autos principais).

A r. decisão agravada, pois, não tem o condão de ferir o princípio da legalidade estrita merecendo ser mantida.

Por esses fundamentos, de plano, pelo meu voto nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2203901-26.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante PÉRSIO HUMBERTO PUPO e Interessada YARA NORONHA COSTA, é agravado CONDOMÍNIO LIFE PARK GUARULHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.479)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Condomínio. Despesas comuns. Execução fundada em título extrajudicial. Parcelamento requerido pelos executados, nos termos do art. 916 do CPC, com a realização dos depósitos devidos, sem que tenham os últimos quatro sido levados em conta, todavia, pela r. decisão agravada. Determinação do depósito do remanescente insubsistente. Recolhimento pelo exequente de valores para as diligências citatórias que não foram utilizados, dado o comparecimento espontâneo dos executados, dando-se por citados. Imputação indevida, a eles, do reembolso dessas verbas, quanto a atos não realizados. Recolhimentos passíveis de reversão, pela frustração dos atos correspondentes. Pedido de reembolso a ser feito pelo próprio exequente, autos das despesas. Determinação de refazimento do cálculo de verificação, pela contadoria, a partir desses parâmetros. Decisão agravada reformada. Agravo de instrumento dos executados provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão fl. 132, complementada a fl. 144 dos autos principais, que, no âmbito de execução fundada em título extrajudicial (crédito derivado de despesas condominiais), afastou alegação dos executados de irregularidade do cálculo do débito realizado pela contadoria, determinando o pagamento do valor remanescente de R$1.542,20.

Insurgem-se os executados, insistindo no equívoco do cálculo elaborado pela contadoria, aduzindo não ser devida a inclusão de custas de citação que não teriam sido utilizadas, ante o comparecimento espontâneo deles, devedores. Além disso, dizem não ter ocorrido a dedução dos pagamentos parciais realizados, à luz do parcelamento do art. 916 do CPC. Batem-se, em conclusão, pela reforma da r. decisão agravada.

Deferiu-se o processamento do recurso, denegando-se o efeito suspensivo pretendido, dispensando-se, outrossim, a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*.

O agravo, que é tempestivo, veio acompanhado da prova do recolhimento do preparo, deixando de ser instruído com as peças obrigatórias por serem eletrônicos os autos na origem, conforme permissivo do art. 1.017, § 5º, do CPC. Manifestou-se o agravado em contrarrazões no prazo legal (fls. 27/31).

É o relatório.

Prospera o inconformismo.

A questão é singela, assistindo integral razão aos agravantes.

Quanto ao depósito das quatro últimas parcelas, está devidamente comprovado a fls. 124/127 dos autos principais, sem que questione o exequente a respectiva efetivação; em princípio, outrossim, afiguram-se tempestivos os depósitos, ante o que não há qualquer acréscimo moratório a considerar no tocante a eles.

Vieram os comprovantes aos autos, é certo, após o cálculo da contadoria, que dessa forma não tinha como considerá-los. Mas a r. decisão agravada foi proferida já à vista deles, não se atinando com o motivo do desprezo a esses elementos.

Por outro lado, não há justificativa, efetivamente, para imputar aos executados o reembolso de custas de citação postal, ou ainda de diligência do oficial de justiça, quando é certo terem comparecido eles, executados, espontaneamente nos autos, dando-se por citados.

Não se realizaram as diligências correspondentes, daí não haver por que transferir o encargo. E de nada vale a remissão ao princípio da causalidade, ou ao fato de o exequente ter em concreto realizado os pagamentos, já que na

Acesso ao Sumário

prática afiguram-se esses indevidos, por esvaziada a finalidade, comportando reembolso; quem há de pedir esse reembolso, todavia, é obviamente a parte que suportou o encargo, não a outra.

Assim, reforma-se a r. decisão, para que formule o contador novo cálculo, a partir desse parâmetro, se o caso extinguindo-se, na sequência, a execução.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085810-74.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SHEILA APARECIDA DA SILVA, é agravado AURICHIO CONST. E ENGENHARIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41176)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Requerida representada pela Defensoria Pública - Proposta de acordo formulada nos autos pela requerente - Requerimento da Defensoria para intimação pessoal da demandada, para que se manifeste sobre a proposta de acordo - Possibilidade - Dificuldades da Defensoria de contato com sua patrocinada - Adesão ao acordo que foge à alçada da Defensora, dependendo de manifestação da própria parte - Aplicação do disposto no art. 186, §2º, do CPC - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 163, que indeferiu pedido da Defensoria Pública para intimação pessoal da parte agravante, a fim de que se manifestasse a respeito da proposta de acordo formu-

Acesso ao Sumário

lada pela agravada.

Insiste na medida, que encontraria respaldo no art. 186, §2º, do CPC.

Recurso tempestivo, isento de preparo, processado sem o efeito ativo pleiteado.

É o relatório.

Em ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel c/c reintegração de posse movida pela ora agravada em face da ora agravante, a autora formulou proposta de acordo.

A Defensoria Pública, alegando dificuldades de contato com sua patrocinada, requereu sua intimação pessoal para manifestação acerca da oferta pendente nos autos.

Ora, considerando-se o disposto no art. 186, §2º, do CPC, segundo o qual: "§ 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por *ela possa ser realizada ou prestada*", não vislumbramos empecilho para o deferimento da medida.

Afinal de contas, a defesa da agravante se fundou na falta de capacidade financeira para sanar a dívida e a agravada, em réplica, tenta colocar um ponto final no impasse, oferecendo condições para que a quitação se dê de forma parcelada.

E a única pessoa capaz de avaliar se a proposta feita pela agravada se encaixa no bolso da agravante é a própria parte.

Nesse passo, de se deferir o requerimento da Defensoria Pública, olvidado pela decisão agravada.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2108314-74.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que são agravantes MAURICIO GOMES FERREIRA e APARECIDA ROMERA DA SILVA, é agravado LORENA LIMA CALADO GUEDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47503)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente sem voto), CORREIA LIMA e LUIS CARLOS DE BAR-

ROS.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: POSSESSÓRIA - Valor da causa - Determinação de retificação do valor da causa para o valor dos imóveis em R$ 1.500.000,00 - Descabimento - Ainda que adotado o valor declarado em certidão de sobrepartilha, a ação tem por objeto apenas fração dos imóveis - Impossibilidade, contudo, de adoção do valor indicado pelos agravantes com base apenas em valor de aluguel estimado - Como a ação tem por objeto apenas uma das três casas situadas nos dois terrenos e a posse é apenas um aspecto da propriedade, é atribuída a estimativa em um nono do valor total declarado dos dois imóveis (um terço por corresponder a apenas uma casa e um terço pela discussão apenas possessória) - Precedente desta 20ª Câmara de Direito Privado - Decisão reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Agravo de instrumento contra a decisão proferida nos autos da ação de reintegração de posse de imóvel, que alterou (de ofício) o valor da causa e determinou ao autor agravante a complementação das custas processuais, sob pena de cancelamento da distribuição.

Sustenta o recorrente que o valor indicado na petição inicial corresponde ao proveito econômico almejado com a ação que propôs, devendo, portanto, ser mantido.

Recurso processado com efeito suspensivo, sendo dispensadas a requisição de informações ao juízo da causa e a intimação da agravada para responder, pois ainda não citada.

2. Ao estabelecer critérios do valor da causa para as espécies de ações (cf. art. 292 do CPC), o legislador processual manteve a lacuna relativa às ações possessórias.

É certo que a posse, enquanto aspecto da propriedade, com ela não se confunde, não sendo isonômico que o valor da causa em ação que se busca a tutela possessória corresponda necessariamente ao valor do bem em litígio.

Os autores adotaram uma estimativa com base em aluguéis, mas ela tam-

Acesso ao Sumário

bém não se revela, na espécie, proporcional ao pedido.

Bem por isso, procurando estabelecer um critério objetivo, esta 20ª Câmara de Direito Privado do TJSP adotou a **fração de um terço do valor do bem como adequada para representar o proveito econômico da ação**:

"PROCESSO - Admissível o ajuizamento de ação possessória, sem a identificação das pessoas que ocupam o polo passivo, na qualidade de ocupantes do bem, quando estas são desconhecidas pela parte autora, ante a possibilidade do oficial de justiça, nas diligências de citação da parte ré, identificá-las e qualificá-las (CPC, art. 319, II, §§1º e 2º) - Reforma da r. decisão agravada, para afastar a determinação de emenda da inicial, para qualificar os réus desconhecidos pelos autores, em ação possessória. VALOR DA CAUSA - Na espécie, a postergação do julgamento da questão decidida pela r. decisão agravada e controvertida no presente feito - retificação, de ofício, pelo MM Juízo da causa, do valor atribuído à causa - para o julgamento da apelação revela-se inútil - Recurso deve ser conhecido, nessa questão, por aplicação do princípio de que o rol do art. 1.015, do CPC, conforme orientação do Eg. STJ (REsps 1.696.396/MT e 1.704.520/MT), é de taxatividade mitigada - Como, (a) não se justifica a fixação do valor do imóvel em ação de reintegração de posse, uma vez que que a posse é apenas um dos aspectos da propriedade; e (b) na espécie, o valor de R$2.000,00 atribuído à causa pelas partes autoras agravantes em ação objetivando a reintegração de posse de imóvel, constituído por apartamento com área útil de cerca de 87 m², não se mostra razoável ao conteúdo da demanda, (c) a solução é reforma da r. decisão agravada, para fixar o valor da causa em 1/3 do valor venal do imóvel objeto da ação, cabendo à parte autora providenciar a complementação das custas no prazo de quinze dias, contados da intimação para cumprimento deste julgado, com juntada da documentação comprobatória do do valor em questão, sob pena de cancelamento da distribuição. Recurso provido, em parte." (cf. A.I. nº 2286868-65.2020.8.26.0000, rel. Des. Rebello Pinho, j. em 01-02-2021).

Como a certidão de sobrepartilha indica que os dois imóveis registrados correspondem a um valor declarado de R$ 1.500.000,00 (cf. fls. 82-101), é razoável presumir, à míngua de outros elementos, que cada uma das três casas (bem semelhantes) corresponda à fração de um terço (cf. fls. 48-49) e, sobre tal valor - por ser discutida apenas a tutela possessória - o valor da causa corresponderá a um terço.

Ou seja, o valor da causa é corrigido para um nono de R$ 1.500.000,00 (equivalente a R$ 166.666,67), acolhida, em parte, a insurgência recursal.

Com o trânsito em julgado deste acórdão, deverão os recorrentes proceder ao recolhimento da complementação da taxa judiciária no prazo de quinze dias úteis, sob pena da consequência do art. 290 do CPC.

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

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 48309)

Data máxima vênia, em se tratando de posse, o valor venal do imóvel, não deve servir de parâmetro para a fixação do valor da causa.

Em tais circunstâncias, merece prevalecer o valor estimativo, atribuído pelas recorrentes, com base no aluguel do imóvel, e que representaria, o benefício decorrente da posse do bem.

Assim, pelo meu voto, dava provimento ao recurso, para manter o valor que foi atribuído à causa, pelas recorrentes.

LUIS CARLOS DE BARROS, 3º Julgador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2173990-66.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante E.P. F.S., é agravado A.S.J.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.483)**

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

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - Divórcio litigioso - Benefício indeferido à ré-agravante - Pessoa física - Declaração de imposto de renda, ano de exercício 2021, a indicar numerário suficiente para o custeio das despesas processuais - Situação fática a afastar a alegada hipossuficiência financeira - Decisão mantida.

PROCESSUAL - Divórcio litigioso - Reconvenção requerendo indenização por danos morais que decorre de conflitos de natureza familiar - Cabimento - Competência da Vara de Família - Precedentes deste Egrégio Tribunal - Decisão, nesse aspecto, reformada

Acesso ao Sumário

- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra as r. decisões de fls. 262/263 e 348/349 (autos da ação de origem) que, em ação de divórcio, indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita formulado pela recorrente, determinando o recolhimento das custas iniciais referentes à reconvenção, sob pena de cancelamento da distribuição; determinou, ainda, o aditamento da inicial, diante reconhecimento da incompetência do Juízo da Família para apreciar o pedido de indenização por danos morais (Processo nº 1036754-72.2020.8.26.0114 - 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Campinas).

Em busca de reforma, sustenta a agravante: **a)** impossibilidade de arcar com as despesas processuais, diante vultosa quantia a ser recolhida; **b)** competência da 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Campinas para análise e julgamento do pedido de indenização por danos morais formulado em sede de reconvenção.

O pedido de suspensão da r. decisão atacada foi deferido até pronunciamento definitivo desta Col. Câmara - r. decisão atacada.

Manifestação do agravante - fls. 30.

Sem contraminuta - certidão de fls. 57. Manifestação do agravado - fls. 63/64.

É o relatório.

O varão A.S.J. ajuizou ação de divórcio em face de E.P.F.S. - fls. 1/3 (Processo nº 1036754-72.2020.8.26.0114 - 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Campinas).

Ao que se verifica, a ré-agravante, quando da apresentação de sua defesa, pugnou pela concessão da gratuidade de justiça. Além disso, apresentou reconvenção a abranger danos morais - fls. 43/84 (autos de origem).

Diante o quadro apresentado, o d. juízo *a quo* indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita formulado pela recorrente, determinando o recolhimento das custas iniciais referentes à reconvenção, sob pena de cancelamento da distribuição; determinou, ainda, o aditamento da inicial, diante reconhecimento da incompetência do Juízo da Família para apreciar o pedido de indenização por danos morais - r. decisão atacada.

O recurso comporta parcial provimento.

Insuficiente, no caso, a demonstração de que a agravante não possui capacidade financeira para custear o processo.

Ao que se verifica da declaração de imposto de renda, ano de exercício

Acesso ao Sumário

2021, a recorrente possui numerário proveniente de previdência privada próximo a R$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais) - fls. 50/56.

Certo que abusos nesse campo se apresentam e cumpre ao Magistrado, com cautela, apurar tais circunstâncias, impedindo a ocorrência de prejuízos ao erário.

Daí o acerto da r. decisão atacada, ao indeferir a gratuidade de justiça ao polo agravante, já que diante os elementos dos autos, ressai que a recorrente não preenche os requisitos para a concessão do benefício em comento.

Essa, por sinal, a posição da jurisprudência deste Egrégio Tribunal asseverando a necessidade de demonstração do estado de carência financeira para o deferimento do benefício:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de usucapião especial rural. Decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita aos autores. Requisito do artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, não cumprido. Declaração de IRPF do agravante mostra que ele dispõe de bens móveis, imóveis e saldo em conta bancária. Evolução patrimonial relevante. Falta de provas acerca das alegações feitas sobre a hipossuficiência da agravante. Situação fática incondizente com a alegada hipossuficiência financeira. Decisão mantida. Recurso Improvido. (3ª Câmara D. Privado, Agravo de Instrumento nº 2099848-96.2018.8.26.0000, Rel. Des. Egídio Giacóia, j. em 25.09.2018, v.u.).
>
> JUSTIÇA GRATUITA. BENEFÍCIO INDEFERIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Os elementos de convicção do juízo a quo, que abalam a credibilidade da declaração de hipossuficiência apresentada, exigem que o interessado no benefício demonstre efetivamente, com argumentos e/ou provas, sua impossibilidade de arcar com as despesas processuais. Ausência de comprovação. Decisão mantida. Recurso não provido. (11ª Câmara D. Privado, Agravo de Instrumento nº 2247750-19.2019.8.26.0000, Rel. Des. Marino Neto, j. em 09.12.2019, v.u.).

Quanto à parte da r. decisão atacada que reconheceu a incompetência do Juízo da Família para apreciar o pedido de indenização por danos morais, o recurso comporta provimento.

A agravante pugnou pelo reconhecimento de indenização por danos morais, indicando a existência de conflitos familiares durante o casamento.

Não se olvida, como o próprio d. juízo *a quo* pontuou, da existência posicionamentos antagônicos na jurisprudência acerca do tema. Entretanto, com a devida vênia, cumpre a reforma da r. decisão atacada, a fim de reconhecer a competência do Juízo de Família para, nos limites apresentados na lide, processar e julgar o pedido indenizatório.

É o que ressai de diversos julgados desta Col. Corte, valendo citar a lição do Des. Francisco Loureiro que, em caso análogo, filiando-se ao entendimento

Acesso ao Sumário

quanto à competência do Juízo da Família para apreciação do pleito indenizatório em casos como o presente, bem discorreu sobre a matéria:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...). COMPETÊNCIA. Ação de divórcio c.c. partilha de bens. Decisão que reconheceu a incompetência do Juízo de família para processar e julgar o pedido indenizatório apresentado pelo requerente. Desacerto. No caso concreto, pretende o autor provar a existência de ilícitos praticados pelo ex-cônjuge na constância do casamento, a justificar o processamento do pedido indenizatório juntamente com o pedido de divórcio. Insere-se na competência do Juízo de Família a análise de pretensão indenizatória em ação de divórcio. Precedentes deste Tribunal. Cisão de demandas que não aproveitaria a ninguém. Processamento do pedido indenizatório perante o mesmo Juízo tem escopo prático de, num só processo, serem dirimidas várias questões familiares, em evidente economia processual, sem necessidade do ajuizamento de nova ação para discutir eventuais danos materiais e morais supostamente experimentados pelo autor durante a união conjugal. Recurso provido. (...)
>
> Preservado o entendimento da MMa. Juíza de Primeira Instância, deve ser admitida a cumulação do pedido indenizatório na demanda em que se discute o divórcio das partes.
>
> Dizendo de modo diverso, detém o Juízo de Família e Sucessões competência para processar e julgar o pedido indenizatório, por suposto dano moral experimentado pelo requerente (ora agravante).
>
> Explico.
>
> Este Relator não desconhece a existência de diversos Acórdãos deste Tribunal no sentido de que as competências das Varas de Família previstas no art. 37 do Decreto-Lei Complementar nº 03/1969 são absolutas e nelas não se inseriria qualquer discussão não afeta às questões de estado.
>
> Reza o art. 37, I, alínea 'a' do referido Decreto-Lei que os Juízos de Família e Sucessões são competentes para processar e julgar "as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes" [grifei].
>
> A meu sentir, a pretensão indenizatória cuja origem repousa em ilícito matrimonial está albergada pelo conceito amplo de "acessórios e incidentes" oriundos do casamento. Afinal, a pretensão deduzida na reconvenção decorre de ilícito supostamente praticado pelo agravado na constância do matrimônio.
>
> No caso concreto, pretende o requerente provar a existência de ilícitos praticados pelo ex-cônjuge na constância do casamento, a justificar o processamento do pedido indenizatório juntamente com o pedido de divórcio.
>
> Muito embora diversos julgados deste E. Tribunal se inclinem a sustentar que a análise de questões indenizatórias é de competência do Juízo

Acesso ao Sumário

Cível (mesmo que decorram do divórcio das partes), não posso deixar de destacar e existência de diversos outros Acórdãos nos quais o pedido indenizatório formulado em reconvenção de divórcio foi igualmente analisado pelo Juízo de Família **(cf. TJ-SP, Apelação nº 1000604-59.2017.8.26.0062, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 14/10/2019, V. U.; dentre outros).**

Este Relator comunga do entendimento de que se insere na competência do Juízo de Família a análise de pretensão indenizatória em ação de divórcio. Friso que se trata de entendimento que encontra albergue na jurisprudência deste Tribunal. Vajamos:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Divórcio litigioso. Reconvenção requerendo indenização por danos morais que decorre de conflitos de natureza familiar. Cabimento. Competência da Vara de Família. Aplicação art. 292 do CPC. Recurso provido." **(TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 0091146-74.2013.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Teixeira Leite, j. 22/08/2013, V. U.)**.

"Competência. Ação de separação litigiosa cumulada com indenização por dano moral. Processamento perante o juízo da família. Admissibilidade. Hipótese em que os fatos que podem autorizar os pedidos são os mesmos. Separação de processos que possibilitaria a ocorrência de decisões conflitantes. Observância do princípio da economia processual. Recurso provido." **(Agravo de Instrumento nº 569.575-4/8-00, rel. Des. Vito Guglielmi, j. 15/05/2008)**;

"Agravo de instrumento - Separação judicial litigíosa - Reconvenção cumulada com pedido indenizatório de danos morais - Cabimento - Competência da Vara de Família para conhecer de ambos os pleitos formulados pela reconvinte - Requisitos do artigo 292, do Código de Processo Civil, caracterizados na espécie." **(Agravo de Instrumento nº 526.528-4/0, rel. Des. Isabela Gama de Magalhães, j. 25/09/2008)**.

Anoto que os julgados mencionados pelo agravante nas razões deste recurso **(Agravo de Instrumento nº 2022828-58.2020.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rui Cascaldi, j. 11/06/2020; Agravo de Instrumento nº 2111736- 91.2020.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 08/06/2020; Agravo de Instrumento nº 2286689-68.2019.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 30/01/2020)** apenas corroboram o entendimento adotado por este Relator.

Acrescento que o pedido indenizatório foi cumulado em ação de divórcio com partilha de bens.

Não aproveita a ninguém a cisão das demandas. Isso porque a rejeição liminar do pedido indenizatório não se escudou na análise do direito material, e sim na incompetência do Juízo.

Mas vou além. A manutenção da decisão impugnada certamente levaria o autor a ajuizar ação indenizatória deduzindo os mesmos fatos, a gerar

Acesso ao Sumário

indesejável multiplicação de demandas.

O processamento do pedido indenizatório perante o Juízo de Família tem escopo prático de, numa só demanda, serem dirimidas várias questões familiares, em evidente economia processual, sem necessidade do ajuizamento de nova ação para discutir eventuais danos morais supostamente experimentados pelo autor durante a união conjugal.

Claro que não se discute culpa para a decretação do divórcio, direito potestativo subordinado somente ao estado de casado, e nada mais.

Conveniente, no entanto, que apenas um Magistrado decida todas as questões, conhecedor das mazelas daquela específica família.

Sob esse enfoque, não há fundamento juridicamente relevante para exigir que o pedido indenizatório seja discutido em ação autônoma.

Em suma, não somente cabível como recomendável o processamento do pedido indenizatório perante o Juízo de Família, evitando a multiplicação de demandas.

Deve prosseguir a demanda, inclusive com o processamento do pedido indenizatório (...)." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2032644-30.2021.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Francisco Loureiro, j. em 27.04.2021) (grifos no original).

DIVÓRCIO, CUMULADO COM PARTILHA, GUARDA, VISITAS E ALIMENTOS. Interlocutória que afastou o conhecimento da pretensão de indenização por danos morais, para que seja analisada em sede cível própria. Reforma. Alegados danos morais foram experimentados durante o casamento, sendo adequado que o mesmo juízo decida todas as questões, pois será conhecedor dos fatos. Ademais, a economia processual há que ser levada em conta, evitando-se, assim, a multiplicação de demandas. Possibilidade de cumulação dos pedidos compatíveis entre si. Competência para processamento e julgamento da pretensão indenizatória se faz presente. Agravo provido. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2027657-48.2021.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Natan Zelinschi de Arruda, j. em 13.05.2021).

Desta feita, cumpre a reforma parcial da r. decisão atacada para, rejeitada a gratuidade de justiça ao polo agravante, reconhecer a competência do Juízo de Família para processar e julgar o pedido indenizatório deduzido pela agravante, em reconvenção.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº

2255045-39.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MILIGRAMA FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA., é agravado GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

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 21590)**

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

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

DJALMA LOFRANO FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RITO ORDINÁRIO. SUSPENSÃO DE ANÚNCIOS PUBLICITÁRIOS. TUTELA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. Pretensão da autora, ora agravante, de ver determinado à agravada Google que aceite os anúncios publicitários dos produtos que comercializa. Tutela de urgência indeferida em primeiro grau. Suspensão dos anúncios dos produtos da agravante desde meados de 2018, não havendo urgência a justificar a concessão da tutela. Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo não evidenciado, ante o tempo transcorrido. Necessidade de instauração do contraditório. Ausência dos pressupostos descritos no artigo 300 do CPC. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto para reforma da r. decisão (fls. 221/222, dos autos principais), que, em ação ordinária ajuizada por Miligrama Farmácia de Manipulação Ltda. em face de Google Brasil Internet Ltda., indeferiu o pedido de concessão de tutela provisória de urgência, para que a agravada aceite a divulgação dos produtos da agravante, como forma de garantir a livre concorrência, viabilizando o seu uso normal.

Inconformada, a agravante sustentou, em síntese, o seguinte: a) para tornar indisponível os seus anúncios, seria necessária uma notificação formal ou a concessão de um prazo, nos termos da Lei 12.965/2014; b) a conduta do

Acesso ao Sumário

agravado em obstar a divulgação de seus produtos, por mudança do termo de uso da plataforma, impedindo o exercício da liberdade de expressão, transcende princípios de ordem constitucional; c) o Marco Civil da Internet dispõe, expressamente, que a indisponibilidade ocorrerá somente em relação ao conteúdo 'violado' pelo denunciante e não do próprio acesso à utilização da plataforma, como ocorreu com a conta do agravante; d) pugnou pela reforma da decisão, para ver concedida a tutela de urgência pleiteada.

É o relatório.

Cuida-se de pretensão recursal voltada à reforma de decisão interlocutória que indeferiu o pedido de concessão da tutela provisória de urgência, colimando determinar à agravada que aceite a divulgação dos produtos da agravante, como forma de garantir a livre concorrência, viabilizando o seu uso normal.

Para a antecipação da tutela provisória de urgência, é mister a análise dos pressupostos necessários, a saber: elementos de informação que evidenciem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, caso a prestação jurisdicional pretendida não venha no tempo necessário para assegurar o exercício do direito reivindicado, nos moldes do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, que assim preceitua:

Art. 300. 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.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Na hipótese em apreço e em análise perfunctória do tema, não se revela prudente a reforma da decisão vergastada.

Observa-se que a fundamentação na petição recursal está calcada em argumentação genérica, com termos vagos e gerais, a respeito da presença de vícios formais do procedimento, sem, contudo, especificá-los.

Em que pese ventilar a agravante a violação do marco civil da internet e de um possível dano pela paralização de sua publicidade, é certo, pelos termos da decisão agravada, que a suspensão dos anúncios dos produtos da agravante teria ocorrido em meados de 2018, de modo que não é possível sustentar que exista urgência a ensejar a concessão da tutela.

Acesso ao Sumário

Assim, em que pese o esforço argumentativo do agravante, certo é que inexistem elementos de informação suficientes para demonstrar a verossimilhança das alegadas ilegalidades do ato.

Observa-se que o magistrado, ao indeferir a pretensão, salientou não ser possível, em sede liminar, perquirir a respeito da eventual ilegalidade praticada, devendo se aguardar a instrução do processo.

Além disso, em sede de recurso de agravo de instrumento, não cabe adentrar ao mérito da ação proposta, cabendo apenas averiguar se estão presentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência pretendida.

Portanto, sendo imprescindíveis o contraditório e a instrução probatória para análise da questão debatida, a hipótese era mesmo de indeferimento do pedido de antecipação da tutela provisória, ficando inteiramente mantida a decisão agravada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2183013-36.2021.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante BRADESCO PROMOTORA S/A, é agravado MARLY LEODEGÁRIO PEREIRA PINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46247)**

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

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA - Ação ordinária declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por dano moral - Deferimento da tutela de urgência para determinar a suspensão do desconto das parcelas de empréstimo bancário alegadamente não solicitado pela autora - Requisitos exigidos no ar-

Acesso ao Sumário

tigo 300 do CPC evidenciados para os fins da tutela emergencial concedida - Objetivo da multa cominatória de compelir a parte a acatar o comando exarado pelo Poder Judiciário (art. 537 do CPC) - Multa fixada em patamar condizente com a situação examinada e com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Decisão mantida - Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento oferecido por Bradesco Promotora S.A., em ação ordinária declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por dano moral (descontos de parcelas de empréstimo alegadamente não contratado pela autora, fls. 1/14 dos autos de origem) movida por Marly Leodegário Pereira Pini, contra r. decisão reproduzida a fls. 20/21 (fls. 24/25 dos autos originários) que, dentre outras providências, deferiu a antecipação de tutela para que a instituição bancária se abstenha de efetuar descontos das parcelas do empréstimo impugnado pela autora, sob pena de multa de R$500,00 por ato de descumprimento.

Inconformado, pelas razões de fls. 26/34, com a r. decisão mencionada, o agravante pede a concessão do efeito suspensivo e a reforma do r. decisum impugnado ou, subsidiariamente, a redução da multa diária arbitrada.

Processada a insurgência, denegou-se o efeito suspensivo postulado, dispensaram-se informações bem como contraminuta e iniciou-se o julgamento virtual (fls. 38).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

3. De feito, no vertente caso, cinge-se o meritum causae em aferir se os elementos existentes nos autos têm o condão de comprovar, ou não, o preenchimento dos pressupostos exigidos para a concessão da tutela provisória de urgência pretendida.

Dispõe o artigo 300, caput, do atual Código de Processo Civil:

"Art. 300. 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."

Acerca do tema prelecionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

"Duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a tutela de urgência. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o *periculum in mora*, segundo expressa disposição do CPC 300. Esse perigo, como requisito

Acesso ao Sumário

para a concessão da tutela de urgência, é o mesmo elemento de risco que era exigido, no sistema do CPC/1973, para a concessão de qualquer medida cautelar ou em alguns casos de antecipação de tutela."

"Também é preciso que a parte comprove a plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*). Assim, a tutela de urgência visa assegurar a *eficácia* do processo de conhecimento ou do processo de execução (Nery. Recursos, n. 3.5.2.9, p. 452)." (Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, nota 3 e 4 ao art. 300 do CPC, p. 857 e 858).

Sobre o mencionado sistema do Código de Processo Civil anterior, de 1973, previsto no artigo 273 respectivo, já enfatizavam os ilustres juristas:

"Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes. Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo." (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10ª ed. rev. ampl. e atual. até 01.10.2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, nota 13 ao art. 273 do CPC, p. 525).

In casu, a autora-agravada sustentou, na inicial da demanda, que foi vítima de fraude devido a falha nos serviços prestados pela instituição financeira e que os descontos das parcelas do empréstimo fraudulento prejudicarão a sua subsistência.

Daí, ressoar imperiosa a necessidade de instrução da demanda, em respeito ao princípio do contraditório, para se aferir, em análise exauriente, a procedência ou não das razões impugnativas do agravante.

Enfim, considerando os fatos narrados no pedido inicial da agravada e o conjunto probatório carreado aos autos, mostra-se incabível, por ora, a revogação da tutela de urgência concedida pelo MM. Juízo singular, a teor do artigo 300, caput, do CPC.

4. No tocante à multa cominada em caso de descumprimento, denota-se condizente com o caso que ora se examina e representa observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de não acarretar risco de enriquecimento ilícito da acionante.

Sobre o tema, tem-se que o objetivo precípuo das astreintes é compelir a parte a acatar o comando exarado pelo Poder Judiciário, consoante o artigo 537 do CPC de 2015.

Outrossim, para a sua fixação deve-se considerar a condição econômica do obrigado bem como a sua disposição de bem cumprir ou não a ordenação

Acesso ao Sumário

emitida.

A propósito obtempera a boa doutrina:

"O objetivo das astreintes, especificamente, não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz." (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 16ª ed. rev. ampl. e at. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1454, nota 2 ao art. 537).

Há que se cominar, então, para a hipótese de vir o banco agravante a descumprir o comando judicial impeditivo do desconto no benefício previdenciário da autora, valor compatível com a situação fática dos autos e perfil da instituição agravante, tudo indicando que a imposição de multa da forma como arbitrado pelo MM. Juízo singular, revela-se suficiente para forçar o insurgente ao cumprimento da determinação judicial exarada, devendo, pois, subsistir.

Por fim, não se pode deixar de considerar que suspender os descontos do empréstimo do benefício previdenciário da agravada não é nenhuma medida complexa desafiadora de grande mobilização por parte do banco agravante, ou seja, cumprindo a determinação judicial no momento devido, efetivamente não pagará nenhum valor a título de multa, independentemente da quantidade da cominação fixada.

5. Isto posto nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2268605-48.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CANTINA E PIZZARIA JARDIM DE NAPOLI LTDA., é agravado MARKET PLACE PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

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 30892)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente sem voto), LIDIA CONCEIÇÃO e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2021.

MILTON CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Locação não residencial. Tutela de urgência. Pretensão de redução dos aluguéis. Descabimento no caso. Imóvel que já foi desocupado. Discussão restrita ao montante do débito, que pode ser feita no curso do processo. Ausência dano irreparável ou de difícil reparação. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado da respeitável decisão de fls. 102/103 dos autos do processo de origem que, em pedido revisional de contrato de locação, indeferiu a tutela de urgência, porque ausentes os requisitos legais.

Sustenta a agravante, em síntese, que deve ser aplicada a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva; que há precedentes reduzindo o valor do aluguel; que sofrerá prejuízos irreparáveis em sua estrutura comercial; que houve força maior; que, se for compelida a pagar os aluguéis, será obrigada a fechar as portas ou demitir funcionários da outra unidade e que deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e da impenhorabilidade das verbas salariais. Requer, assim, seja concedida tutela de urgência, fixando-se aluguel mínimo de 70% desde março de 2020 até 31/03/2021.

A liminar foi indeferida (fls. 161).

É o breve relato.

O agravo é de ser desprovido.

Narra a petição inicial que as partes celebraram contrato de locação de loja comercial em 2010 e que se encerrou em 31/03/2021. Ocorre que a locatária pretende obter o reequilíbrio do contrato no período em que permaneceu no shopping a despeito dos efeitos nocivos da pandemia de Covid-19, destacando que de março de 2020 até 16/08/2021 o espaço comercial não funcionou com seu horário normal de atendimento ao público. Requereu, assim, a título de tutela de urgência, sejam deferidos descontos de 70% no valor do aluguel mínimo mensal desde março de 2020 até 31/03/2021, bem como seja a ré impedida de promover cobrança, impondo-se multa diária de R$3.000,00 em caso de adoção de medidas visando à satisfação do crédito.

O pedido de tutela de urgência foi rejeitado e, por isso, a autora interpôs o presente recurso, visando à reforma do julgado.

Em que pesem as razões ofertadas, a respeitável decisão deve ser mantida.

O presente agravo foi interposto contra a decisão que deferiu pedido de tutela de urgência, de modo que, neste momento, somente é possível analisar a existência ou não dos requisitos legais que autorizam a medida, sob pena de se

Acesso ao Sumário

antecipar o julgamento de mérito, que depende de observância do devido processo legal, ou seja, do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, com a produção de todas as provas que se fizerem necessárias.

Não se ignora que, por aplicação da teoria da imprevisão e levando-se em consideração a função social do contrato havido entre as partes, é possível, em tese, determinar a redução temporária do aluguel convencionado.

Apesar disso, não se vislumbra, no caso, **risco de dano irreparável ou de difícil reparação**, a justificar a imediata redução do valor dos aluguéis. Afinal, o contrato entre as partes já se encontra encerrado. Assim a discussão a ser feita no curso deste processo se restringe ao montante ser pago. Inexiste, portanto, urgência a autorizar seja excepcionado o exercício do contraditório.

Frise-se que embora a locadora possa adotar medidas visando à cobrança do seu crédito, não há ato de constrição patrimonial iminente, o que reforça a conclusão pelo descabimento da medida de urgência pleiteada.

Aliás, sem que se saiba qual o montante devido e sem que haja notícia do pagamento de qualquer valor ou mesmo do oferecimento e garantia, é impossível se falar, por ora, em excesso que imponha restrição ao direito da locadora de obter satisfação do crédito.

Acrescente-se, ainda, que não foi comprovado, por ora, que o pagamento da dívida implicaria necessariamente desequilíbrio tal nas finanças da empresa a ponto de ensejar o encerramento de suas atividades ou a demissão de funcionários, o que reforça a inexistência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nessa linha, desta relatoria:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. Locação não residencial. Tutela de urgência. Pretensão de que seja suspensa a exigibilidade dos aluguéis e encargos da locação, durante o período em que o shopping esteve fechado, em decorrência dos efeitos do Covid-19, proibindo-se atos de cobrança. Rejeição. Cenário de pandemia que atinge não apenas a locatária, mas também a locadora. Pretensão, ainda, de redução dos aluguéis. Descabimento no caso concreto. Imóvel que já foi desocupado. Discussão restrita ao montante do débito, que pode ser feita no curso do processo. Ausência dos requisitos legais. Recurso desprovido.* **(TJSP; Agravo de Instrumento 2232681-10.2020.8.26.0000; Rel. Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 23/10/2020)** (grifo não original).

Além disso, como bem decidido pelo Juízo *a quo*, cujos fundamentos não foram infirmados:

> *Embora a requerente afirme que durante meses buscou composição amigável para reequilíbrio do contrato, sem êxito, se extrai dos boletos de cobrança acostados aos autos que* ***a locadora concedeu espontanea-***

Acesso ao Sumário

mente a suspensão do aluguel mínimo em abril de 2020 (fls. 65), bem como, nos meses subsequentes, descontos extraordinários de aluguéis e até mesmo isenção do aluguel mínimo e do fundo de promoção durante alguns meses, além de outras condições especiais, condicionados à pontualidade dos *pagamentos (fls. 66/84), de modo que não se verifica, em cognição sumária, o aventado desequilíbrio contratual.*

Neste sentido, confira-se:

Agravo de instrumento. Locação comercial. Pedido de tutela provisória visando a suspensão do aluguel em razão das restrições à atividade comercial determinadas no âmbito do enfrentamento da pandemiadeCOVID-19. Indeferimento. **Locador que, espontaneamente, concedeu descontos à locatária. Inexistência, por ora, de prova inequívoca do desequilíbrio do contrato. Recurso desprovido *(TJSP; Agravo de instrumento nº 2199401-14.2021.8.26.0000; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Relator: Pedro Baccarat; Data do Julgamento: 17/09/2021).***

Ademais, do que se depreende dos documentos juntados a fls. 91/95 o contrato de locação em comento foi rescindido em 26/04/2021, inexistindo perigo de demora (fls. 102) (realce não original).

Diante de tais considerações, na presente fase de cognição sumária, a concessão da liminar pretendida se mostra desaconselhável, devendo ser oportunizado o contraditório e a regular instrução do feito, sem prejuízo de ser reavaliada pelo Juízo da causa oportunamente.

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

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1066674-80.2013.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravado ISIS LIMA CAVALCANTI SOARES.

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 46.284)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Agravo Interno. Interposição contra decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita. Inexistência de comprovação da efetiva necessidade do benefício, tampouco do estado de hipossuficiência. Razões que não convencem do desacerto da decisão recorrida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de Agravo Interno interposto contra a decisão de fls. 809, que indeferiu o pedido de justiça gratuita, bem como determinou que a recorrente efetuasse o recolhimento da taxa recursal.

Inconformada, aduz que faz jus ao benefício, pois encontra-se em regime de liquidação extrajudicial, demonstrando sua impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais.

A agravada manifestou-se, às fls. 21/25, pelo desprovimento do recurso, ressaltando que não há comprovação de hipossuficiência econômica.

É o relatório.

Os documentos anexados não são capazes de comprovar a fragilidade financeira necessária à concessão da gratuidade processual, uma vez que, embora apresente significativo passivo, ainda detém vultoso patrimônio frente ao valor do preparo recursal.

Outrossim, o indeferimento de fls. 809, fundamentou que, tratando-se de pessoa jurídica, nos termos da Súmula nº 481 do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a comprovação de tal impossibilidade financeira, e essa pretensão não foi suficientemente lastreada pelos documentos apresentados às fls. 7/17 do Agravo Interno.

Além disso, o fato de a sociedade encontrar-se em liquidação extrajudicial não gera presunção legal de incapacidade financeira, principalmente no caso sob análise, visto que o valor do preparo a ser recolhido é de R$ 562,58 e, conforme o balancete encerrado exposto às fls. 14, a agravante possui quantia disponível significativa em caixa, prejudicando sua pretensão.

Dessa forma, ainda entendo acertada a decisão de indeferir o pedido de gratuidade judiciária, não havendo se falar em hipossuficiência da apelante, ora agravante, devendo prosseguir com o recolhimento da taxa recursal, para o que

Acesso ao Sumário

concedo o prazo de cinco dias da publicação deste, pena de deserção.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2116450-60.2021.8.26.0000/50001, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante SIRLEI GENARI OSTA EPP, é agravado KLIN PRODUTOS INFANTIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.791)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e NUNCIO THEOPHILO NETO.

São Paulo, 23 de novembro de 2021.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Agravo interno. Decisão monocrática do relator indeferindo o pleito de gratuidade da justiça e fixando prazo para recolhimento do preparo do agravo de instrumento, sob pena de deserção. Irresignação improcedente. Decisão que apresentou fundamentos suficientes, não abalados pelos argumentos deduzidos pela ora agravante. Negaram provimento ao agravo interno.

VOTO

1. Cuida-se de agravo interno interposto contra decisão deste relator que indeferiu requerimento de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça e, por consequência, assinou prazo para a realização do preparo recursal, sob pena de deserção (fl. 45).

Como fundamentos do pedido de reforma, sustenta a agravante que os extratos do INSS e as declarações de bens e rendimentos à Receita Federal apresentados demonstram a alegação de que ela recebe R$ 2.619,75, por mês, a título de benefício previdenciário. Diz não possuir contas bancárias nem cartões

Acesso ao Sumário

de crédito, mas, apenas, a conta indicada nos extratos de fls. 55/57, destinada "*exclusivamente para recebimento de benefício previdenciário, não havendo movimentação bancária*". Pondera que a mera declaração de hipossuficiência econômica é bastante para a concessão do favor legal, consoante os precedentes jurisprudenciais que invoca. Por último, insiste na alegação de prescrição intercorrente, deduzida nas razões do agravo de instrumento.

2. Houve resposta.

É o relatório do essencial.

3. Permito-me reproduzir a decisão agravada, como segue:

"*1. Indefiro o requerimento de concessão dos benefícios da gratuidade formulado pela agravante na petição do agravo.*

A jurisprudência é hoje tranquila no sentido de autorizar o indeferimento do pedido de gratuidade da justiça, quando haja nos autos elementos sugestivos de que o favor legal é incabível.

Nesse sentido, veja-se o julgado assim ementado:

'O benefício da gratuidade não é amplo e absoluto. Não é injurídico condicionar o juiz a concessão da gratuidade à *comprovação da miserabilidade jurídica alegada, se a atividade exercida pelo litigante faz, em princípio, presumir não se tratar de pessoa pobre' (REsp* nº 178.244- RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO).

Também a doutrina assim se manifesta, consoante a lição de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY:

'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 prova 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 conceito do termo pobreza, deferindo ou não o benefício'.

Ao exposto acrescento que, estivesse o juiz atrelado à declaração do art. 99, § 3º, do CPC, a sorte do benefício ficaria na dependência de eventual impugnação da parte contrária. E é evidente que o benefício em questão, representando pesado encargo para os cofres públicos, não pode estar ao exclusivo arbítrio das partes.

Nesse contexto, observo que a agravante, em atenção ao despacho de fl. 45, trouxe cópia da declaração de bens e rendimentos à Receita Federal e comprovante de pagamento de benefício previdenciário, para comprovar fazer ela jus à concessão dos benefícios da gratuidade da justiça.

Acesso ao Sumário

Entretanto, pelo que se verifica daqueles documentos, a agravante recebe benefício previdenciário de cerca de seis salários mínimos mensais (cf. fls. 49/54).

Por outro lado, a agravante não deu integral atendimento ao aludido despacho de fl. 45, pois deixou de apresentar os extratos de suas contas bancárias Ementa: de cartões de crédito dos últimos *seis meses, e não esclareceu o porquê do descumprimento.*

O quadro é sugestivo de que a agravante está ocultando o respectivo padrão de gastos, provavelmente com o objetivo d e esconder a existência de rendas outras.

De todo modo, a receita obtida pela agravante com o benefício previdenciário, de cerca de seis salários mínimos por mês, não justifica a concessão da gratuidade, haja vista o pouco expressivo valor da execução, d a ordem de R$ 8.181,77, para setembro de 2015.

Há de se ter em consideração, ainda a respeito, que eventual concessão do benefício da gratuidade não eximiria a agravante do pagamento de despesas processuais pretéritas, e que nenhuma despesa processual de vulto será feita neste avançado estágio procedimental.

Por último, cabe lembrar que os benefícios da gratuidade da justiça são destinados, verdadeiramente, aos milhões de brasileiros sem bens, sem emprego e sem rendas, o que não parece ser o caso da agravante, ainda a se imaginar que o desembolso das despesas em questão vá lhe trazer algum sacrifício pessoal, e riscos, como é comum ocorrer a todo aquele que postula em juízo.

Assim, nos termos do art. 99, § 7º, do CPC, assino prazo de cinco dias para a realização do preparo do agravo, sob pena de deserção.

Int" (fls. 58/59).

Neste ato, reafirmo o raciocínio exposto na decisão acima reproduzida, acrescentando que, conquanto os referidos extratos do INSS e as declarações de bens e rendimentos à Receita Federal demonstrem que a agravante recebe, em verdade, cerca de três salários-mínimos a título de benefício previdenciário, fato é que não foram trazidos os extratos de conta-corrente e de cartões de crédito, a despeito da oportunidade a tanto concedida.

Observo que os documentos de fls. 55/57 retratam meros demonstrativos de creditamento do benefício previdenciário, não se confundindo com o extrato da conta em que certamente são realizados tais depósitos, nem de eventual conta-corrente atrelada àquela.

Por outro lado, a mesma agravante nada esclarece a respeito da receita referente à empresa individual "Sirlei Genari Costa EPP", de que é titular e que, presumivelmente, permanece ativa.

Acesso ao Sumário

Seja como for, como também dito na decisão agravada, é dificílimo crer que a agravante, que se declara "proprietária de empresa ou de firma individual ou empregador titular" à Receita Federal (v. fl. 52) e que constituiu advogado para patrocínio da causa (desse modo arcando com a maior despesa de um processo), não disponha de condições para recolher o preparo do agravo de instrumento (R$ 290,90), e custear as poucas despesas que haverá de adiantar, haja vista se tratar de incidente de execução contra ela instaurado.

Posto isso, meu voto **nega provimento** ao agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006079-58.2020.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A., é apelado EDIMI PEREIRA DUARTE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.773)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 19 de outubro de 2021.

CARMEN LUCIA DA SILVA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). Ação de cobrança de indenização. Sentença de procedência do pedido. Apelação da seguradora ré. Atropelamento e morte da vítima. Nexo causal comprovado. Autor provou a qualidade de único herdeiro da irmã, falecida com 74 anos de idade, sem pais vivos e sem deixar filhos, não havendo prova, ainda, de que mantinha relacionamento conjugal. Sentença de procedência do pedido mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença prolatada a fls. 98/101, que julgou procedente o pedido de cobrança de indenização por acidente automobilístico referente ao Seguro Obrigatório de Danos Pessoais (DPVAT) formulado por EDIMI PEREIRA DUARTE em face DE SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DPVAT S/A, para o fim de condenar a ré a pagar ao autor o valor de R$13.500,00, com correção monetária desde a da data do acidente e juros de mora a partir da citação.

Em razão da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a seguradora demandada apela (fls. 109/114), alegando que, conforme se depreende pelo histórico do boletim de ocorrência, não houve acidente de trânsito, visto que o dano reclamado pela cobertura pelo seguro DPVAT não foi provocado por veículo automotor de via terrestre, ainda que eventualmente tenha funcionado como concausa passiva do evento. Afirma ainda que o autor não trouxe aos autos certidões de óbito dos pais da vítima, que têm prioridade na ordem de recebimento do seguro.

Recurso preparado e contrarrazoado a fls. 120/124.

É o relatório.

As razões do recurso preenchem os requisitos previstos nos artigos 1.007 e 1.010, incisos II e III, do Código de Processo Civil, tendo sido apresentados os fundamentos de fato e de direito do inconformismo, permitindo o seu conhecimento.

Porém, o recurso interposto não comporta provimento.

Adoto o relatório da r. sentença:

"*Vistos. EDIMI PEREIRA DUARTE propôs ação de cobrança em face de SEGURADORA LÍDER DO CONSÓRCIO DO SEGURO DPVAT, ambos devidamente qualificados nos autos, alegando que sua irmã Maria José Duarte faleceu em 15/02/2020, vítima de atropelamento. Narra que é o único herdeiro da de cujus, motivo pelo qual providenciou o envio dos documentos necessários para o recebimento do seguro DPVAT. Todavia, a requerida negou-lhe o pagamento, sob o argumento de que o veículo automotor não foi o efetivo causador dos danos pessoais. Assim, pleiteia a condenação da requerida no pagamento do seguro DPVAT no valor de R$ 13.500,00 (f. 01/04). Trouxe procuração e documentos (fls. 05/18). Deferidos ao autor os benefícios da assistência judiciária gratuita (fls. 19). Devidamente citada, a requerida apresentou contestação, alegando preliminarmente, falta de documento essencial (ausência de laudo necroscópico). No mérito, alega a inexistência de acidente automobilístico,*

Acesso ao Sumário

mas de autolesão. Insurge-se, ainda, quanto à cota-parte pleiteada. Pugna pela improcedência (fls. 25/37). Procuração e documentos juntados (fls. 38/86). Intimadas as partes a especificarem provas (fls. 87/88). Sobreveio réplica, na qual a parte autora reiterou sua posição inicial e pugnou pelo julgamento da lide, requerendo, subsidiariamente, a realização de perícia técnica (fls. 93/97). A parte requerida pugnou pelo depoimento pessoal do autor (fls. 90/91). É o relatório".

Pois bem.

Ficou comprovado pelos documentos que instruíram a inicial que a morte da irmã do autor decorreu do acidente por ela sofrido. Lê-se no Boletim de Ocorrência (fls. 12/14), ter o atropelamento acontecido em 15.02.2020, às 14h20min, tendo a vítima vindo a óbito como causa da morte "*hemorragia interna aguda traumática, politraumatismo, atropelamento*" (fls. 15).

Além disso, a testemunha Roldines Cardoso dos Santos, descreveu de forma precisa o acidente que vitimou a irmã do autor e que foi a causa de sua morte.

De outra parte, no caso dos autos, o autor provou a qualidade de único herdeiro da irmã, Maria José Duarte, falecida com 74 anos de idade, sem pais vivos e sem deixar filhos. E mais, não há prova de que mantinha relacionamento conjugal.

Assim, no caso concreto, havendo prova da inexistência de ascendente sobrevivente, inegável a legitimidade do autor, herdeiro colateral, o que possibilita o pedido de indenização.

Vê-se, portanto, que nada mais precisa ser dito, eis que correta a decisão do d. Juízo singular.

Não sendo provido o recurso, e tendo a parte adversa apresentado contrarrazões, incide a hipótese do § 11, do artigo 85 do Código de Processo Civil. Assim sendo, mostra-se com a disposição legal a majoração dos honorários de sucumbência recursal para 20% sobre o valor da condenação, sopesado o trabalho realizado em ambas as fases do processo.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004211-68.2019.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO INSPIRATTO, é apelada CLAUDIA PICCIONI.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.205)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

LIDIA CONCEIÇÃO, Relatora

Ementa: Apelação. Ação de cobrança de multa condominial. Infração às normas da Convenção de Condomínio e Regimento Interno. Desatendimento às formalidades previstas na Convenção para aplicação da multa. Não oportunizado contraditório à condômina. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 110/114, que julgou improcedente a ação de cobrança de multa condominial, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00.

Inconformado, apela o Condomínio autor aduzindo, em síntese, que o art. 12 da Convenção de Condomínio dispensa a aprovação da multa pela assembleia geral de modo que de rigor o provimento do recurso para a procedência da ação.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

Contrarrazões às fls. 131/138.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança em que o condomínio autor imputa à ré, condômina, "*infração das normas internas, para a qual aplicada a pena no valor original de R$ 2.520,00 (dois mil, quinhentos e vinte reais) - equivalente a 2 vezes o valor da cota condominial da época, devido ao desrespeito face os funcionários do Condomínio, ocorrido em 16 de Dezembro de 2015 - danos materiais à área comum do Condomínio.*" (fls. 63).

O ato que deu ensejo à multa é fato incontroverso nos autos, limitando-se o recurso ao questionamento da observância, pelo condomínio, das formalidades para a aplicação da sanção.

Sobre o tema, o art. 5º da Convenção de Condomínio dispõe que: "*Anualmente será realizada a Assembléia Geral Ordinária dos Condôminos, a fim de*

Acesso ao Sumário

deliberar sobre os seguintes assuntos: f-) ***Imposição de multas*** *aos Condôminos e* ***apreciação de recursos*** *por eles interpostos.*" (fls. 44/45).

A respeito das penalidades e da possibilidade de recurso pelo condômino multado, segue a Convenção:

"*ARTIGO 12: A* ***falta de cumprimento ou inobservância*** *de quaisquer das estipulações desta Convenção e do Regulamento Interno, tornará o Condômino infrator passível de* ***advertência escrita*** *pelo síndico, que, se não atendida* ***será convertida em multa*** *equivalente ao valor de até cinco vezes o valor da taxa ordinária do Condomínio vigente no mês em que ocorrerem as infrações, sem prejuízo da responsabilidade e da reparação de todos os danos e prejuízos causados pela infração.*

Parágrafo Primeiro: O condômino, ou possuidor, que ***não cumpre reiteradamente*** *com os seus deveres perante o condomínio poderá,* ***por deliberação de três quartos*** *dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. [...]*

ARTIGO 13: [...] Parágrafo Segundo: ***Das multas*** *impostas pelo síndico, ou de quaisquer de suas decisões,* ***cabe recurso*** *a ser interposto por escrito pelo Condômino que se sentir prejudicado, e será encaminhado* ***a Assembléia Geral****, através do conselho consultivo que dará ciência ao síndico dentro do prazo de 5 (cinco) dias, a contar da data em que tiver a respectiva comunicação ou conhecimento do fato.*" (fls. 49/50).

Da leitura das normas da Convenção de Condomínio possível concluir que, embora a imposição das multas seja de competência do síndico (art. 8º), cabe à Assembleia deliberar sobre o ato e eventual recurso interposto pelo condômino multado.

Embora o artigo 12 da Convenção enseje interpretação ambígua acerca do quórum para deliberação da matéria, a necessidade de submissão da matéria à Assembleia é clara, tratando-se de atribuição ordinária deste órgão. E, efetivamente "a convenção constitui a lei interna do condomínio, que é adotada para reger as relações de convivência dos condôminos, de uso das áreas exclusivas e comuns, e de conduta individual dos moradores...." (Arnaldo Rizzardo *in* condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária, cap. 29, 8ª ed., 2021).

Dessarte, ao que se extrai da ata da Assembleia Geral Ordinária realizada em 02 de maio de 2017 (única juntada aos autos - fls. 31/36), não houve qualquer deliberação a respeito da infração e aplicação de multa à condômina ré.

No mais, é cediço que à condômina deve ser garantido direito ao contraditório efetivo, seja com base nos termos dos artigos supracitados da Convenção, seja com fundamento no art. 5º, LV da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Neste sentido tem se manifestado este E. Tribunal de Justiça:

"*CONDOMÍNIO - EXECUÇÃO - MULTAS POR INFRAÇÃO A REGIMENTO INTERNO - DIREITO DE DEFESA NÃO CONCEDIDO - INVIABILIDADE - NO ATUAL ESTÁDIO DO DIREITO BRASILEIRO PENALIDADE ADMINISTRATIVA NÃO PODE SER IMPOSTA SEM CONCESSÃO DAQUELE - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - PROCESSO HAVIDO POR EXTINTO - DECISÃO REFORMADA - APELO PROVIDO*." (TJSP; Apelação Cível 1013014-54.2020.8.26.0577; Rel. Giffoni Ferreira; 2ª Câmara de Direito Privado; DJ. 05/04/2021)

"*Condomínio. Declaratória. Multa por infringência da convenção condominial. Ausência de notificação à parte condômina com a concessão de prazo para o exercício do direito de defesa. Imposição unilateral pelo condomínio. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido.*" (TJSP; Apelação Cível 1022083-62.2014.8.26.0564; Rel. Walter Exner; 36ª Câmara de Direito Privado; DJ. 25/06/2015)

"*AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTAS CONDOMINIAIS. Cerceamento de defesa não caracterizado. Prova oral que não teria aptidão para alterar o deslinde do feito. Multas aplicadas à autora por meio de e-mails com a narrativa de situações envolvendo suposto descumprimento às normas condominiais seguido da imputação de multa. Ocasiões em que as multas foram aplicadas horas após suposta ocorrência. Impossibilidade de manifestação prévia da autora. Violação do direito de defesa verificado. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido.*" (TJSP; Apelação Cível 1083347-07.2020.8.26.0100; Rel. Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; DJ. 31/05/2021)

Ocorre que o condomínio autor, ora apelante, limitou-se a encaminhar à ré a notificação de fls. 19/24, em que a informou "*da aplicação de multa, eis que trata-se de reiteração do descumprimento de tais normas e da gravidade de tal ato, com fulcro na Convenção Condominial, e artigo 69, do Regulamento Interno*".

Posteriormente, sem oportunizar o devido contraditório e facultar a interposição de recurso previsto na Convenção de Condomínio, o autor encaminhou à condômina um boleto, cobrando a multa aplicada (fls. 79, datado como vencimento 05 de fevereiro de 2016).

Assim sendo, evidente que o condomínio procedeu em desacordo com o determinado na Convenção de Condomínio e com o direito de defesa, de modo que a r. sentença não merece reforma.

Como consectário do desprovimento do recurso interposto, de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais para R$ 2.000,00, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Isto posto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001168-84.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUICAO, é apelada FATIMA APARECIDA NASCIMENTO DOS SANTOS RADUNZ.

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 38743)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), MARIA LÚCIA PIZZOTTI e LINO MACHADO.

São Paulo, 22 de outubro de 2021.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL -MULHER NEGRA QUE EFETUA PAGAMENTO DE COMPRAS MEDIANTE DUAS CÉDULAS DE CEM REAIS - EMPREGADOS DE SUPERMERCADO QUE, MANIFESTANDO SUSPEITA SOBRE A AUTENTICIDADE DAS CÉDULAS, ABORDAM A CONSUMIDORA E CONVOCAM A POLÍCIA, CULMINANDO POR SUA CONDUÇÃO À DELEGACIA DE POLÍCIA - ATOS HOSTIS PRESIDIDOS POR PRECONCEITO RACIAL- INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CABIMENTO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA

A autora é uma mulher da raça negra, sendo certo que a suspeita sobre a falsidade das cédulas dadas em pagamento não foi gerada por nenhum elemento objetivamente idôneo capaz de justificá-la, mas tão somente pela cor da mão que as exibiu. Identifica-se na espécie um claro exemplo de manifestação de preconceito racial, sendo certo que as atitudes hostis praticadas contra a autora foram presididas pelo pensamen-

Acesso ao Sumário

to discriminatório e excludente, pelo qual se impôs à negritude da mulher uma condição de subalternidade social e econômica, a tornar inaceitável pudesse ela ter consigo cédulas de cem reais para pagar as compras feitas.
APELAÇÃO DESPROVIDA

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente ação de indenização por dano moral, para condenar a requerida ao pagamento de R$ 47.700,00 corrigido monetariamente a partir do evento lesivo e juros de mora de 1% a contar da citação.

O réu pugna pela reforma total da sentença, sustentando, para tanto, que seus propostos, suspeitando da falsidade das cédulas dadas em pagamento pela autora, a abordaram de modo respeitoso e discreto, dentro dos parâmetros da legalidade, inexistindo ato ilícito gerador do dever de indenizar. Alternativamente, pede a redução do montante.

O recurso foi regulamente processado com contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Fátima Aparecida, mulher negra quinquagenária, na noite de 6/09/2016, por volta das 21:00hs, compareceu ao supermercado Extra da rua João Cachoeira, onde realizou algumas compras, cujo valor superou pouco mais de cem reais. Entregou para pagamento duas cédulas de cem reais. Ao receber as notas, a operadora do caixa, a pretexto de estar sem troco, deixou seu posto de trabalho e se dirigiu à sala onde se achava seu superior hierárquico, transmitindo-lhe suspeita de serem falsas as cédulas. O indivíduo, então, foi em direção à consumidora, quem houvera permanecido à espera por quase meia hora, e disse a ela que as notas eram falsas e que já houvera comunicado o fato polícia, que estava a caminho, impedindo-a de deixar o local. A polícia interveio, culminando por conduzir a autora ao distrito policial, onde foi lavrado boletim de ocorrência a respeito, as notas foram apreendidas, tendo sido a autora liberada somente às 05:00 do dia seguinte, não obstante ter ela, desde o início, informado a origem das notas, dizendo tê-las recebido em pagamento de roupas compradas em sua loja pela atriz Gisele Fraga, quem, diga-se, compareceu ao local e confirmou todos esses fatos. Cerca de quase um ano depois, a autora compareceu à delegacia para receber as cédulas de volta, cuja autenticidade foi demonstrada por perícia.

Inicialmente, cabe desde logo observar ser de todo irrelevante discutir se a abordagem foi feita de forma discreta e sem exageros, uma vez que a questão essencial não é o modo como a abordagem foi feita, mas sim a própria aborda-

Acesso ao Sumário

gem em si.

A autora é uma mulher da raça negra, sendo certo que a suspeita sobre a falsidade das cédulas dadas em pagamento não foi gerada por nenhum elemento objetivamente idôneo capaz de justificá-la, mas tão somente pela cor da mão que as exibiu.

Identifica-se na espécie um claro exemplo de manifestação de preconceito racial, sendo certo que as atitudes hostis praticadas contra a autora foram presididas pelo pensamento discriminatório e excludente, pelo qual se impôs à negritude da mulher uma condição de subalternidade social e econômica, a tornar inaceitável pudesse ela ter consigo cédulas de cem reais para pagar as compras feitas.

Poder-se-ia entrever no episódio uma manifestação daquilo que hoje se designa como racismo estrutural, conceito desenvolvido pelo Prof. Silvio Luiz de Almeida, e que se consubstancia em um conjunto de práticas discriminatórias, institucionais, históricas e culturais que servem frequentemente para privilegiar algumas raças, especialmente a branca, em detrimento de outras, especialmente a negra.

Contudo, pensar o racismo como parte da estrutura em nada retira a responsabilidade individual daqueles que realizam comportamentos racistas, não se prestando como álibi para justificar atitudes voltadas à perpetuação da discriminação racial.

Cabível, portanto, a indenização por danos morais como forma de reparação jurídica face ao extremo constrangimento e humilhação a que submetida a autora, em inequívoca violação à sua dignidade humana.

Nada há, por outro lado, capaz de justificar uma redução do valor estabelecido em primeiro grau, devendo ser aqui considerada não só a gravidade objetiva da ação ilícita, mas também suas consequências sobre a saúde psíquica da vítima, com o desencadeamento de quadro depressivo grave, fazendo-a necessitar de tratamento médico especializado (fls. 41).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso e deixo de majorar os honorários de sucumbência porquanto já fixados no máximo legal.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1126263-90.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada COMGÁS - COMPANHIA DE GÁS SÃO PAULO, é apelado/apelante CAIO BOG-

GISS BORGES.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34589)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 18 de outubro de 2021.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FORNECIMENTO DE GÁS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FATURA LANÇADA COM VALORES DESPROPORCIONAIS AO CONSUMO MÉDIO. HISTÓRICO DE CONSUMO REGULAR. COBRANÇA POR ESTIMATIVA. AUSÊNCIA DE REGULAR COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. CORTE NO FORNECIMENTO INDEVIDO. SERVIÇO ESSENCIAL. INDENIZAÇÃO MORAL DEVIDA. MAJORAÇÃO DO DANO MORAL. CABIMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. OCORRÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Recursos da ré não provido. Recurso do autor provido.

VOTO

Trata-se de apelações (da ré, às fls. 305/327, com preparo às fls. 328/329, e do autor, às fls. 380/395, com preparo às fls. 396/397) interpostas contra a r. sentença de fls. 285/292 (da lavra do MM Juiz Victor Garms Gonçalves), cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. obrigação de fazer e indenização por danos morais, nos seguintes termos: "*JULGO PROCEDENTE a ação movida por Caio Boggiss Borges em face de COMGÁS - COMPANHIA DE GÁS SÃO PAULO; e o faço com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para: i) declarar a inexigibilidade da fatura de julho/2019, devendo a prestadora de serviços emitir nova fatura sem considerar a cobrança dos valores retroativos de 01/11/2018 a 18/06/2019, cuja quantidade não restou demonstrada, ressalvada a possibi-*

Acesso ao Sumário

lidade de cobrança autônoma nos termos da fundamentação; ii) CONDENAR a ré, definitivamente, na obrigação de restabelecer os serviços, confirmando a liminar, e, ainda, ii) CONDENAR a requerida, no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigido monetariamente segundo a tabela prática do TJ/SP, a partir desta decisão (súmula 362 do STJ), com juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Em razão da sucumbência, condeno a parte requerida em custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85,§ 2 ª, CPC. Restam as partes advertidas que eventuais embargos de declaração com efeitos de mera reapreciação do quanto decidido serão tidos como protelatórios, podendo ser apenados com as sanções do artigo 1.026, §2º, do Código de Processo. Certificado o trânsito em julgado, nada mais sendo requerido, arquivem-se os autos observadas as formalidades *legais.*".

Embargos de declaração opostos às fls. 295/297, parcialmente acolhidos pela r. decisão de fls. 302/303, nos seguintes termos: "*Recebo os embargos de declaração, posto que tempestivos e, no mérito, dou-lhes parcial provimento para esclarecer e deliberar sobre os pontos omissos/obscuros nos seguintes termos: I) a base de cálculo dos honorários advocatícios (sucumbência) foi definida pela sentença, devendo incidir sobre o valor da condenação da obrigação de pagar quantia, na forma do artigo 85, § 2º, CPC. II) na forma do item 'ii' do dispositivo da sentença a tutela provisória foi confirmada, de modo que eventual astreintes decorrentes do descumprimento da ordem ratificada deverá ser deliberado em regular incidente autônomo instaurado para tal fim, já que a matéria abre cognição que extrapola a fase de conhecimento; III) Não se verifica situação apta a amparar o pedido de condenação da ré em litigância de má-fé. Referido comportamento não se presume e não se confunde com o não acolhimento da tese de defesa apresentada, após apreciação fática e jurídica dos fatos. Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos embargos de declaração nos termos supramencionados. Mantidos os demais termos da sentença, tais como lançados.*".

Acesso ao Sumário

Apela a ré, sustentando, em necessária síntese, a regularidade e a legalidade da cobrança efetuada, com aferição do consumo pelo método estimado, uma vez que durante o período de novembro de 2018 a junho de 2019 estava impedida de realizar a aferição do consumo real. Argumenta que a fatura no valor de R$ 7.942,31 foi emitida por equívoco, e que assim que constatado faturamento a maior, procedeu à emissão de nova cobrança, correspondente ao montante efetivamente consumido em julho de 2019. Aduz não ter sido gerada nota de corte para o imóvel do autor. Argumenta que a interrupção no fornecimento ocorreu em razão de bloqueio no conjunto de regulagem de calçada do imóvel do apelado. Afirma ausência de falha na prestação do serviço de abastecimento de gás. Sustenta a inocorrência de dano moral. Sucessivamente, requer

a redução da condenação a tal título. Pede a reforma do julgado.

Também apela o autor, argumentando quanto à necessidade de majoração do dano moral. Requer a condenação da ré por litigância de má-fé. Pugna pela parcial reforma do julgado.

Os recursos são tempestivos (fls. 304, 305 e 380) e foram recepcionados em primeiro grau (art. 1.010 e seguintes do NCPC), preenchendo as suas necessárias condições de admissibilidade.

Contrarrazões pelo autor, às fls. 402/416, com preliminar de não conhecimento do recurso interposto pela ré, pela ausência de dialeticidade. Alternativamente, pede o improvimento do recurso, com a majoração dos honorários de sucumbência.

Contrarrazões pela ré, às fls. 419/429, pelo improvimento do recurso interposto pelo autor, com a fixação de honorários de sucumbência na alíquota máxima permitida.

É o relatório.

Primeiramente, tem-se que a preliminar de não conhecimento do recurso da ré, levantada nas contrarrazões apresentadas pelo autor às fls. 402/416, não vinga. A pretensão de inversão do julgado veio alicerçada em fundamentos plausíveis, portanto merece ser analisada.

Pois bem.

A questão gira em torno de ser válido ou não o crédito lançado pela concessionária de serviço público, em faturas de consumo de gás encanado. Afirma o autor ter sido surpreendido com uma cobrança no valor de R$ 7.942,31, destoante sobremaneira de todas as faturas até então emitidas pela ré e corretamente adimplidas pelo autor. Narrou ainda a ocorrência de corte indevido no fornecimento, causador de danos morais.

Foi proferida sentença de procedência, consoante acima relatado. Remanesce inconformismo de ambas as partes.

Trata-se de típica relação de consumo, incidindo as normas da Lei n° 8.078/90, com aplicação dos preceitos inerentes ao sistema de proteção do consumidor.

O artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90 possibilita a inversão do ônus probatório, desde que seja verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente. No caso, patente a verossimilhança nas alegações do autor, bem como hipossuficiência técnica, o que impõe a inversão do ônus da prova.

Alegou o autor desconhecer a origem da exorbitante cobrança no montante de R$ 7.942,31 (fls. 36/37), eis que não reflete a média de consumo do imóvel (fls. 66/69), e formulou pedido de tutela antecipada, consistente na imediata ordem de ligação do fornecimento de gás.

Acesso ao Sumário

A antecipação da tutela foi concedida, consoante decisão de fls. 70/72.

Citada, a requerida limitou-se a sustentar o regular fornecimento de gás encanado (fls. 88/90). Contudo, foi constatado por Oficial de Justiça que referido serviço encontrava-se suspenso (fl. 155).

Posteriormente, em sede de contestação (fls. 162/180), insistiu na legalidade da cobrança e regularidade do apontamento. Afirmou que havia sido constatado equívoco no lançamento da fatura referente ao mês de julho de 2019, razão pela qual procedeu à emissão de nova fatura, no importe de R$ 1.063,78 (cf. fl. 171).

Não há como se aceitar a aferição do consumo por estimativa no caso presente.

Isso porque a alegação de que a ré estaria impedida de acessar o medidor não foi comprovada. Lado outro, demonstrou o autor a existência de fresta construída especificamente com a finalidade de acesso aos medidores (fls. 38/41).

Mas ainda que assim não fosse, certo é que o artigo 46 da Deliberação ARSESP nº 732/2017 estabelece expressamente a necessidade de comunicação ao consumidor por escrito, nas hipóteses em que não é possível a leitura do medidor. Ou seja, ainda que se verificasse a efetiva impossibilidade de acesso ao medidor, incumbia à ré o dever de comunicar tal impedimento ao consumidor, para só então lançar cobranças por estimativa.

A prova da necessária comunicação ao consumidor, contudo, não veio aos autos, de modo que evidente a conduta arbitrária da ré no lançamento das faturas de consumo.

Veja-se, ainda, que o §2º do artigo 46 da Deliberação ARSESP nº 732/2017 prevê que após três meses de impedimento de acesso ao medidor, é autorizada a suspensão do fornecimento, o que também só pode ocorrer mediante prévia comunicação ao consumidor. Ocorre que também quanto a esta comunicação, ausente qualquer prova nestes autos.

Nesse contexto, tem-se que escorreita a declaração de inexigibilidade da fatura de consumo reclamada pelo juízo *a quo*.

Quanto aos danos morais, sendo ilícita a conduta da requerida, ao recusar-se ao restabelecimento do fornecimento de serviço essencial, notório o prejuízo suportado pelo autor.

A situação aqui retratada em muito refoge do mero aborrecimento, devendo ser reparada, mormente quando provada inequivocamente a realização do corte de fornecimento indevido.

Sendo, *in casu*, fato incontestável que o autor se viu privado do fornecimento de gás encanado, cujo corte foi indevidamente prolongado pela ré, isso é o bastante para se entender devida a reparação por danos morais.

Acesso ao Sumário

O dano moral em situações como essas é evidente e prescinde de maiores provas, ao contrário do que alegou a ré em suas contrarrazões, sendo presumível a ocorrência dos transtornos sofridos pelo autor ante a falta de gás em sua residência.

Anote-se, no ponto, ser irrelevante a indicação de corte de fornecimento por suposto problema externo. Primeiro, porque tal argumento permaneceu apenas no terreno das alegações, desacompanhado de qualquer prova. Além disso, ainda que a interrupção tivesse ocorrido por motivos técnicos, certo é que também esta interrupção estava condicionada a prévia e expressa comunicação ao consumidor (artigo 6º, §3º, inciso I, da Lei 8987/95). Contudo, tal comunicação não foi provada pela ré. E, ainda que se verificasse a interrupção por motivos de segurança, evidente que o serviço não poderia ser suspenso por meses a fio, inclusive durante todo o período das festividades natalinas e de ano novo (cf. fls. 89/90, 70/72, 145, 155), sendo patente a abusividade na conduta da ré, cediço que o autor permaneceu por longo período sem o fornecimento do serviço, mesmo após a concessão da tutela antecipada (fls. 70/72) em dezembro de 2019 e janeiro de 2020 (cf. fls. 145, 155).

Dessa maneira, inegável a ocorrência do dano moral suportado pelo consumidor, ora autor, pois se trata de serviço essencial. O dano moral está constitucionalmente protegido, nos termos dos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição Federal, sendo, portanto, cabíveis à espécie dos autos.

Tem-se que é razoável e apropriado, nesse contexto, a majoração do valor estabelecido pela r. sentença (R$4.000,00), para o montante de R$8.000,00, pois não caracteriza enriquecimento sem causa do autor, além de ter caráter pedagógico, na medida em que a fixação também pretende evitar que situações semelhantes tornem a ocorrer. Referida quantia será corrigida monetariamente conforme a tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir deste arbitramento, com juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Acolhe-se, outrossim, o pleito do autor quanto à condenação da ré por litigância de má-fé. No caso, verificou-se que a ré interrompeu o fornecimento de serviço essencial, de forma arbitrária, tendo ainda deixado de proceder ao imediato restabelecimento do serviço mesmo quando da concessão de tutela antecipada (fls. 75). Merece destaque, ainda, a manifestação da requerida afirmando, de forma desleal, e desta forma induzindo o Juízo a erro, que o fornecimento de gás já havia sido restabelecido (fls. 88/90), o que posteriormente verificou-se ser inverídico (fls. 155).

Assim, patente a necessidade de repúdio da conduta adotada pela ré durante a marcha processual, de modo que condeno-a ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos do art. 80 e 81, do CPC, no importe de 5% do valor atualizado da causa, em favor da parte contrária.

Acesso ao Sumário

Em resumo, a sentença comporta reparo, também para o fim de condenar a ré por litigância de má-fé, pelo que fica ela alterada.-

Por fim, em que pese o trabalho adicional realizado em grau recursal, não há que se falar em fixação de honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/15), eis que os honorários fixados em primeira instância já o foram em seu grau máximo.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento ao recurso do autor, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005377-31.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL, são apelados R.S.A.A.P. (MENOR), CAMILA SANTANA (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e IAM ABREU ALMEIDA PRADO COUTO (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.468)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente) e J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 26 de outubro de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Paciente portador de "Craniostenose da sutura lambdoide esquerda" - Indicação médica para tratamento cirúrgico de "correção de craniostenose" e "Osteotomia Cranianas Complexas para Remodelamento Craniano", no Hospital Santa Catarina - Alegação do plano de saúde de ausência de cobertura, porque o médico e o nosocômio não pertencem à rede credenciada - Exclusão possível, em tese - Hipótese, entretanto, em que a limitação implica negativa de atendimento e de cobertura da própria cirurgia - Exclusão ofensiva ao direito do consumidor - Operadora à qual competia a prova da existência de médico e instituição hospitalar apta a realizar o tratamento, dada a natureza e a gravidade

Acesso ao Sumário

da doença - Prova de que a operadora não se desincumbiu desse ônus, que era seu - Direito do beneficiário à cobertura da totalidade das despesas realizadas, incluindo a equipe médica indicada - Jurisprudência desta Corte - Sentença que condena a ré a custear as despesas médicas e hospitalares referentes aos procedimentos realizados, mantida.

DANO MORAL - Seguro saúde - Recusa em custear procedimento cirúrgico para correção de craniostenose - Recusa injustificada que acarreta dano moral ao consumidor - Caracterização in re ipsa - Indenização devida - Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Indenização arbitrada com razoabilidade - Sentença mantida.

Apelação não provida.

VOTO

A r. sentença de fls. 249/257, julgou procedente ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, assim dispondo:

"*a) determinar o cumprimento de obrigação de fazer consistente na cobertura de despesas médicas e hospitalares, envolvendo a equipe do Dr. Hamilton Matushita, que totalizam o valor de R$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais), para o custeio do tratamento médico necessário, inclusive procedimento cirúrgico, material, medicamentos, para pré e pós operatório, para realização dos procedimentos indicados pelo médico do autor 'Correção de Craniostenose' e 'Osteotomia Cranianas Complexas para Remodelamento Craniano. FICA RATIFICADA A LIMINAR (fls. 124/127).*

b) pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). O valor será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da citação) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir da presente data)".

Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, acrescidos de correção monetária, a partir da prolação do ato.

Apela a ré (fls. 208/219) alega: **a)** possui vasta rede credenciada ao plano de saúde contratado para realização do procedimento em questão, não havendo, assim, de se falar em seu custeio de forma integral com profissional não pertencente à rede; **b)** não sendo o médico assistente do Apelado credenciado ao plano

Acesso ao Sumário

de saúde contratado, não tem obrigação de fazê-lo, eis que há previsão contratual para o custeio diretamente aos profissionais médicos, laboratórios, clínicas ou hospitais pertencentes a rede referenciada; **c)** o Apelado sempre teve ciência de que seu contrato não prevê o reembolso integral de despesas médicas oriundas de tratamentos não pertencentes à rede referenciada, e que nessas hipóteses o reembolso será efetuado conforme a tabela de honorários do contrato, uma vez que tal cláusula encontra-se expressamente prevista nas condições gerais do contrato celebrado; **d)** as cláusulas estão redigidas de forma clara, transparente e bem destacadas, em total conformidade com o que determina o art. 54, § § 3º e 4º do CDC, e o art. 16 da Lei nº 9.656, de 1998; **e)** o art. 12, VI, da Lei dos planos de saúde apenas referenda o disposto nos arts. 757 e 760 do Novo Código Civil quanto à limitação dos riscos nos contratos de planos de saúde; **f)** o Apelado não prova, como não provará, que a Seguradora tenha, por seus prepostos, praticado qualquer ato atentatório à sua honra, dignidade ou moral, portanto, não há que se falar em indenização por danos morais. Requer a reforma da sentença, a fim de que seja julgada improcedente a ação; **g)** em atenção ao princípio da eventualidade e se por mera hipótese esta Colenda Câmara vier a manter a sentença prolatada pelo juízo *a quo*, quanto a indenização por danos morais, o quantum da indenização deve ser minorado, sendo totalmente descabido o valor arbitrado de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Requer seja dado provimento ao recurso, para reformar a sentença, a fim de que seja julgada improcedente a ação.

Contrarrazões às fls. 292/300.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 307/313).

É o relatório.

1. Trata-se da ação de obrigação de fazer c.c pedido de antecipação de tutela de urgência e danos morais, de movida pelo autor em face de Central Nacional Unimed.

Segundo o relato dos autos, o autor, menor impúbere, após realizar tomografia recebeu o diagnóstico de ser portador de "*craniostenose lambdoide esquerda*", sendo encaminhado a médico neurocirurgião pediátrico Dr. Hamilton Matushita, especialista em crânio. Assim, referido profissional indicou o procedimento cirúrgico para "correção de craniostenose" e "Osteotomia Cranianas Complexas para Remodelamento Craniano", que deveria ser realizado entre 04-05 meses de idade, elaborando relatório detalhado dirigido à requerida (cf. fls. 49/51). A operadora se negou a cobrir os honorários médicos ante a impossibilidade de autorização em razão de o médico não ser credenciado e não possuir neurocirurgião na rede credenciada, solicitando o prazo de 21 dias úteis (até 02/03/2020) para responder quanto à autorização da cirurgia necessária (fls.

Acesso ao Sumário

52/53). Diante disso, em razão da urgência, a cirurgia foi realizada em 14.02, vez que o autor completaria 05 meses em 14.02.2020. Busca o autor o custeio integral do tratamento. A liminar foi deferida (fls. 124/127).

A ré, de sua vez, alega que não houve negativa em realizar o procedimento dentro da rede credenciada e que o autor, antes de obter resposta dentro da rede, consultou médico não cooperado e que atende em hospital não credenciado. Portanto, não há falar em reembolso integral de despesas pagas.

A r. sentença assim dirimiu a questão, no aqui interessante:

"*(...)*

Verifica-se do documento acostado às fls. 52, que em resposta ao requerimento do tratamento formulado pelo autor, a requerida informou que inexistia em sua rede credenciada médico com a especialidade necessária, Neurocirurgia Pediátrica.

Assim, diversamente do que alega a requerida, não se tratou de uma faculdade do autor realizar o procedimento cirúrgico com médico fora da rede credenciada, muito pelo contrário, não lhe restou alternativa diante da inexistência em sua rede credenciada de médico especialista em neurocirurgia pediátrica.

Quanto ao prazo de 21 (vinte um dias) previsto no art. 3º da Resolução Normativa 259/2011 da ANS, por óbvio não se aplica a procedimentos em caráter de urgência, como o caso dos autos e devidamente demonstrado à requerida pela genitora ao autor, quando solicitou a autorização da cirurgia (fls. 52/53).

Veja-se que a resposta fornecida ao autor e alegada na contestação, ou seja, a necessidade de se aguardar o prazo de 21 (vinte um) dias para indicação de profissional qualificado, tem equivalência, na prática, à negativa de atendimento, dada a urgência e gravidade do caso, demonstrada pelos relatórios médicos (fls. 49/51), que não se confunde com a hipótese de cirurgia eletiva.

Portanto, a alegação de que o valor a ser reembolsado deve ser parcial porque o autor não buscou atendimento dentro da rede credenciada deve ser de plano afastada, eis que, como visto, a própria requerida informou que não tinha em sua rede credenciada neurocirurgião pediatra (fls. 52), deixando claro que não havia outra alternativa ao requerente senão buscar um profissional particular não conveniado.".

(...)

Além disso, sequer foi juntado aos autos o contrato para verificação das cláusulas contratuais relativas ao reembolso, impossibilitando por completo a análise das alegações da requeria, a quem caberia, como prestadora e serviço, trazer o referido instrumento aos autos, de acordo

Acesso ao Sumário

com a regra de inversão do ônus da prova prevista no art. art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, verifica-se que embora a ré alegue que o reembolso das despesas médicas despendidas pelo autor fora da rede credenciada deva ser parcial, não informa qual valor que pretende restituir, apenas apresenta uma fórmula extremamente confusa para apuração do valor 'U.S.M x Quantidade de CH do Procedimento x Múltiplo do Plano' (fls. 155).

Denota-se que tal fórmula não contém parâmetros objetivos e claros para o cálculo dos valores a restituir. A ausência de informações claras e precisas, além de impossibilitar o consumidor de apurar o valor da restituição, também não permite qualquer controle sobre os cálculos apresentados pela seguradora que, na prática, poderá com liberdade decidir o valor a ser reembolsado, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, incidindo o disposto nos artigos 46 e 51, incisos IV e X do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, tendo em vista a ausência do instrumento contratual nos autos, que impossibilitou a análise das cláusulas contratuais acerca do reembolso das despesas médicas, bem como pela falta de informações e parâmetros para apuração do valor a restituir, restou evidenciado, mais uma vez, a obrigação da requerida em custear integralmente as despesas médicas suportadas pela parte autora fora da rede credenciada.

(...)

Nessas condições, seja pela negativa do procedimento cirúrgico, diante da ausência de especialista em Neurocirurgia Pediátrica na rede credenciada (fato reconhecido pela requerida - fls. 2/53); seja pela ausência do instrumento contratual nos autos, cujo ônus em trazê-lo é da requerida e do qual não se desincumbiu; seja pela falta de informação acerca do valor que entende devido e, ainda, pela falta de parâmetros objetivos e claros para o cálculo dos valores em tese a serem restituídos, de rigor a condenação da requerida à restituição integral todas as despesas médicas suportadas pelo autor com a cirurgia realizada, nos termos postulados na inicial.

Trata-se de situação de emergência envolvendo a saúde de um bebê com poucos meses de vida, sujeito a sequelas irreversíveis. O relatório médico é expresso ao asseverar a necessidade da 'internação para tratamento cirúrgico com brevidade, devido aos melhores resultados do tratamento quando operado dentro do período de 4-5 meses de idade' (fls. 49/51).

Acolho o pedido de indenização por danos morais.

A negativa da requerida em cobrir as despesas médicas hospita-

Acesso ao Sumário

lares do autor com médico fora da rede credenciada foi injustificada, eis que ela própria informou que não possui em sua rede o especialista neurocirurgião pediatra (fls. 52). Não se trata de mera questão de interpretação contratual, mas sim de conduta que colocou em risco a vida e o bem estar do segurado, bebê de tenra idade, diante da recusa que não tem fundamento em face da ausência reconhecida do profissional adequado em seus quadros.

Portanto, restou caracterizada a conduta ilícita a ensejar dano moral, na medida em que o sofrimento e abalo imposto ao autor foi expressivo, considerando a extrema urgência no procedimento cirúrgico indicado pelo médico (fls. 49/51). A necessidade de assistência médica e a recusa ilegal da requerida em presta-la ao autor extrapolou o mero aborrecimento do cotidiano e tipificou violação à vida e dignidade humana.

A finalidade principal da reparação centra-se na compensação destinada à vitima, como forma de aliviar (se não for possível eliminar) a lesão experimentada. Todavia, em determinados casos, também a função inibitória (uma ideia aproximada à da sanção civil) assume relevante papel, a fim de que o ofensor seja punido de tal forma a não praticar atos similares.

Na hipótese sob exame, revelando-se significativa ambas as funções compensatória e inibitória, entendo que a indenização do dano moral deve ser fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais). O valor será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da citação) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir da presente data)."

Dessa decisão recorre a ré.

2. A apelante não trouxe aos autos cópia do contrato, de sorte que não há como conhecer o que dispõe a respeito da cobertura do procedimento pleiteado pelo autor, nem que solução dá à situação de fato enfrentada neste caso, de não dispor de profissional da rede credenciada habilitado a realizar procedimento neurocirúrgico pediátrico, de grande complexidade, envolvente de recém-nascido.

A dificuldade imposta se firma no argumento de que a operadora não está obrigada a custear procedimentos realizados por médico não credenciado ao plano.

O relatório médico do neuropediatra (fls. 52/53) informa que o bebê "*necessita de internação para tratamento cirúrgico com brevidade, devido os melhores resultados do tratamento quando operado dentro do período de 4 - 5 meses de idade*" e ainda recomenda "*a importância da familiaridade do profissional com o tipo de doença para melhor resultado e menores riscos do trata-*

Acesso ao Sumário

mento".

É bem de ver que o autor realmente necessitava da cirurgia pelo método indicado e por profissional especializado, conforme relatório médico.

Não procede a irresignação de não estar a ré obrigada a custear tratamento realizado por médico não cooperado e em nosocômio não credenciado pelo plano de saúde escolhido. Se o tratamento da patologia está dentre os cobertos pelo plano de saúde, e apenas o médico e nosocômio encontrados realizam o procedimento, por sua alta complexidade e especialidade, não pode o plano de saúde negá-lo, sob pena de negar ao beneficiário o tratamento adequado à sua doença.

Neste caso, competia à operadora, e não ao consumidor, demonstrar a existência de serviço médico e hospitalar, em nosocômio de abrangência do ajuste, serviço esse em condições de oferecer e entregar o tratamento necessitado.

Todavia, não logrou a ré comprovar houvesse médicos e hospitais especializados, dentro da rede credenciada ou na área de atuação geográfica e abrangência do plano, aptos a realizar o tratamento, como ela mesma afirma em suas razões.

Também não comprovou a operadora ter disponibilizado à autora todos os recursos da Unimed, como estipula a avença. Afirma apenas não fazer parte da rede credenciada o médico e hospital. Não há demonstração de que a rede referenciada ofereça serviço médico equivalente ao ofertado por aquela entidade, quer dizer, com a mesma qualificação, para o atendimento da paciente. A resposta dada pela Unimed à solicitação de atendimento revela que era preciso o consumidor valer-se de outro canal para solucionar a questão, quando essa iniciativa cabia exclusivamente à empresa.

Considerando que o contrato em questão se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º), à operadora competia comprovar que o segurado, à época do tratamento, escolheu a seu critério fora da rede credenciada, ônus, todavia, de que não se desincumbiu (art. 333, II, CPC).

Diante desse quadro, nas circunstâncias do caso, ao autor assiste o direito ao custeio do procedimento cirúrgico indicado. Reembolso nos limites do contrato seria legítimo, como se tem reiteradamente decidido, se e quando tivesse o beneficiário ignorado os médicos e a rede credenciados e comprovadamente postos à sua disposição e procurado por sua conta e risco profissionais e hospital de sua livre escolha. Não é o que sucedeu neste caso.

Aliás, não custa enfatizar que a natureza e a gravidade da doença padecida pelo demandante, recém-nascido, como dá conta o relato reproduzido neste voto, revelam por si a exigência de pronto atendimento, em caráter mesmo de urgência, e em instituição de saúde e médico capacitados para o tratamento, como fácil compreender. Daí o reconhecimento de ser preciso determinar o

Acesso ao Sumário

reembolso integral do valor despendido com o custeio da referida cirurgia.

Assim, de ser mantida a sentença que determinou a cobertura de despesas médicas e hospitalares, envolvendo a equipe do Dr. Hamilton Matushita, que totalizam o valor de R$ 57.000,00, para o custeio dos procedimentos pelo cirurgião indicados, incluídos o procedimento cirúrgico, material, e medicamentos, para pré e pós operatório.

3. Quanto à indenização por danos morais, sem razão a ré.

Não se vê neste caso mero dissabor decorrente de recusar-se a operadora do plano a autorizar realização de tratamento oncológico em hospital credenciado.

A atitude da operadora de negar a cobertura obrigou os genitores do autor a buscar a cobertura para a realização do procedimento por meio do Poder Judiciário. Optaram por assim proceder diante da imperiosa e imediata necessidade de submeter-se ao procedimento cirúrgico e recuperar a saúde de seu filho menor. Evidente que essa situação lhes causou angústia e sofrimento, dando causa ao dano moral reclamado.

O sentimento de falta do amparo que esperava o beneficiário receber do plano contratado restou configurado. Tal situação causa revolta e aflição, sem contar o desgaste e a alteração da rotina de sua vida com os inúmeros telefonemas, e-mails e falta de explicação a que tem que se submeter o usuário do plano para a obtenção da autorização, como sabido.

Por outro lado, a só expectativa de que talvez não pudesse custear o procedimento sabidamente caro, implica sofrimento moral, que se configura *in re ipsa*.

Em situações semelhantes, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem deferido a indenização por dano moral para beneficiário, diante da ocorrência de recusa indevida ou injustificada, pela operadora do plano de saúde, em autorizar o tratamento médico a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo. Nesse sentido, confira-se o AREsp 487559/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe de 24/04/2014 e AgRg no AREsp 148.113/SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 29/06/2012.

Por fim, a condenação deve guardar respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O valor arbitrado em R$ 10.000,00 não se apresenta excessivo, pelo contrário. Além de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ajusta-se às peculiaridades e circunstâncias envolventes do caso, recompõe quanto possível o dano, ao tempo em que constitui estímulo a impedir reiteração de conduta, e está aquém dos valores fixados por esta Câmara em casos semelhantes.

Nada há, portanto, o que reparar na r. sentença apelada.

Acesso ao Sumário

4. Assinalo, ainda, que na hipótese de oferta de embargos de declaração, o julgamento se dará virtualmente, salvo oposição expressa das partes em cinco dias contados da intimação do acórdão.

5. Ante o exposto, nego provimento à apelação, elevando a 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação a verba honorária imposta pela r. sentença à apelante, por força do disposto no artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022392-96.2019.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante CONDOMINIO DI FLORENZA, é apelado HAMLTON FERNANDO CIPRIANO.

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 48.938)**

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

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR NÃO TER SIDO ADMITIDA A PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. Na hipótese, não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de prova oral, porque inútil.

CONDOMÍNIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO. PROVA INSUFICIENTE DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. IMPROCEDÊNCIA RE-

Acesso ao Sumário

CONHECIDA. RECURSO PROVIDO. Não tendo o demandante atendido ao ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito, impossível se apresenta o acolhimento da pretensão.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais proposta por HAMILTON FERNANDO CIPRIANO em face de CONDOMÍNIO DI FLORENZA.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para, assim, condenar o réu ao pagamento da quantia de R$ 21.264,33, a título de indenização por danos materiais, a ser atualizada pela Tabela Prática do TJSP desde o ajuizamento e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, além de indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP desde a data da prolação e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Por fim, condenou o réu ao pagamento das despesas processuais, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP desde os respectivos desembolsos e juros moratórios de 1% ao mês a contar da data da prolação, bem como dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação, com atualização pela Tabela Prática do TJSP a partir da data do ajuizamento e com juros moratórios de 1% ao mês a contar da data da prolação.

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo autor (fls. 116/117 e 123).

Inconformado, apela o condomínio réu, pleiteando o reconhecimento da nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que o julgamento antecipado o impediu de produzir prova testemunhal oportunamente requerida. Aponta a ausência de comprovação de que o vazamento no imóvel do autor tenha sido consequência de problemas na manutenção dos encanamentos do condomínio. Os relatórios que apresentou nos autos demonstram que o condomínio realizou manutenção mensal e que estão limpas as caixas externas sob sua responsabilidade, ao passo que a tubulação interna da residência do demandante continua entupida e provavelmente se encontra perfurada. Argumenta que o autor não apresentou prova da culpa do condomínio e, tampouco, demonstrou a ocorrência de danos materiais e morais. Subsidiariamente, pede a redução do valor arbitrado.

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente preparado e respondido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. De pronto, impõe-se verificar que não existe base para cogitar de vício por cerceamento de defesa em razão do indeferimento da produção de prova oral.

Na verdade, nenhum resultado útil produziria para o deslinde da causa, pois os depoimentos dos responsáveis pela manutenção da rede de esgoto do condomínio e do zelador do prédio não seriam suficientemente aptos a fornecer a análise técnica necessária para demonstrar o nexo de causalidade.

Não há como admitir a ocorrência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa ou, mesmo, ao princípio do devido processo legal, pois houve plena garantia ao exercício de defesa dentro do contexto apropriado, até porque não se pode admitir tramitação processual desnecessária.

Superado esse ponto, analisa-se a matéria de fundo.

Segundo a petição inicial, o autor é proprietário da unidade localizada no térreo do condomínio réu (bloco A7, apartamento 04). No dia 26 de julho de 2019, foi surpreendido com o alagamento de sua residência pelo fluxo de esgoto do condomínio. O vazamento estragou o piso laminado do imóvel e danificou armários e guarda-roupa embutidos, colchão, cabeceira da cama e paredes e, ainda, deixou mau cheiro que impede a permanência no local. Dias antes do ocorrido, havia escutado ruídos estranhos e informado à síndica, que acionou um encanador, vindo a ser constatada a presença de raízes de árvores no esgoto, de modo a impedir o funcionamento correto. Após o alagamento, tanto o seguro do condomínio quanto o seu seguro pessoal recusaram a cobertura dos danos causados. Em 18 de novembro de 2019, ocorreu novo alagamento em seu imóvel. Como o réu permaneceu inerte, ignorando seus pedidos de ressarcimento dos danos, foi obrigado a ingressar com a presente ação, objetivando a condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 21.264,33 e danos morais no valor de R$ 6.000,00.

O condomínio réu, em sua defesa, alegou que jamais foi negligente quanto aos cuidados com suas tubulações, pois realiza manutenção periódica. Porém, mesmo realizando a limpeza da caixa externa, a tubulação do apartamento do autor continua entupida, evidenciando que o problema é interno e de responsabilidade do próprio demandante. Aduziu que o autor não comprovou os fatos alegados ou a culpa do condomínio. Ademais, a situação não passou de simples aborrecimento.

A r. sentença julgou procedentes os pedidos.

A prova produzida ficou restrita à apresentação de documentos.

Com o devido respeito ao posicionamento adotado pelo Juízo de primeiro grau, os elementos apresentados nos autos, por si só, não se mostram suficientes para confirmar a narrativa formulada na petição inicial, sendo desprovida de eficácia probatória suficiente para a formação do convencimento.

Acesso ao Sumário

Não consta dos autos qualquer elemento que possa corroborar a alegação de culpa exclusiva do condomínio pelo vazamento que causou a inundação no imóvel do demandante. A assertiva foi impugnada pela ré na oportunidade da defesa e dos documentos apresentados com a petição inicial não é possível inferir a ocorrência de confissão.

Instadas as partes à especificação das provas pretendidas, o autor quedou-se inerte e, em réplica, afirmou expressamente que não tinha outras provas a produzir (fls. 80 e 94).

O conjunto probatório é insuficiente para servir de amparo às alegações apresentadas pelas partes, tornando impossível identificar de quem foi a culpa.

Ora, para o reconhecimento da responsabilidade, evidentemente, há de estar demonstrada a existência de culpa, e esse aspecto não restou plenamente evidenciado.

Diante da controvérsia estabelecida, sobre o autor recaiu o ônus da demonstração do fato constitutivo do seu direito (artigo 373, I, do CPC), mas, na verdade, nenhum elemento probatório foi apresentado no sentido de possibilitar o reconhecimento de que ele sofreu danos e de que eles teriam ocorrido por negligência do condomínio.

Em razão desse impasse e da absoluta falta de elementos de prova, não se tem qualquer base para formar convicção, de onde advém a conclusão de que improcede o pedido.

Enfim, comporta acolhimento o inconformismo, para a finalidade de se julgar improcedente o pedido, com a condenação do autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, ora fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 2º, do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029358-66.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes PRISCILA ESTRAIHER DE MELLO (JUSTIÇA GRATUITA) e ANDRE THEODORO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MAPFRE SEGUROS GERAIS S.A. e V.J.P. CAMINHÕES E UTILITÁRIOS EIRELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27525)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente sem voto), FLAVIO ABRAMOVICI e MOURÃO NETO.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Sentença de improcedência. Apelo dos autores. Compra e venda de veículo usado. Ocorrência de incêndio no motor apenas 47 dias após a aquisição. Dada a natureza da matéria, a prova pertinente na hipótese era a pericial, que restou impossibilitada porque os autores providenciaram os reparos no veículo. Ocorrência de cerceamento de defesa, pois era cabível a realização de perícia indireta. Incidência do CDC, em especial da inversão do ônus da prova. Sentença afastada para a produção de prova pericial indireta e testemunhal. Apelação parcialmente provida.

VOTO

A r. sentença proferida à f. 316/319, destes autos de ação indenizatória por danos morais e materiais, movida por **PRISCILA ESTRAIHER DE MELLO** e **ANDRÉ THEODORO DE OLIVEIRA**, em relação a **V.J.P. CAMIONHÕES E UTILITÁRIOS EIRELLI** e **MAPFRE SEGUROS GERAIS S/A**, julgou improcedentes os pedidos e condenou os autores no pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa, observando serem eles beneficiários da assistência judiciária.

Apelaram os autores (f. 326/333), alegando, de início, que a sentença é nula por cerceamento de defesa, pois não foi apreciado o requerimento de produção de provas e nem tampouco de designação de audiência de instrução. No mérito, alegaram que: (a) o veículo havia sido adquirido há apenas 47 dias quando ocorreu o sinistro, dentro da garantia de 03 meses, prevista no CDC, para todo o produto; (b) o veículo representava a única fonte de renda da família e por isso foi imediatamente reparado, mas era possível a realização de perícia indireta; (c) quando da contratação do seguro foi feita vistoria inicial e não poderia a seguradora recusar a cobertura securitária em razão do incêndio ocorrido apenas 47 dias após a aquisição do veículo, pois deveria se assegurar do real estado do bem na ocasião da celebração do contrato de seguro; (d) o laudo de vistoria após o sinistro não é suficiente para afastar a responsabilidade da seguradora; (e) não foi considerado na sentença que a loja corré assumiu a

Acesso ao Sumário

responsabilidade pelos reparos no veículo dos autores, o que configurou confissão dos fatos alegados na inicial; (f) houve imposição de condições impossíveis para o reparo do veículo, que era usado para o trabalho do coautor; (g) fazem jus à indenização por lucros cessantes, por danos morais e materiais.

A apelação, isenta de preparo por serem os apelantes beneficiários da assistência judiciária, foi contra-arrazoada (f. 336/339 e 340/354).

É o relatório.

A decisão que rejeitou os embargos de declaração foi disponibilizada no DJE em 29/07/2020, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (f. 325); a apelação, protocolada em 20/08/2020, é tempestiva.

É incontroverso nos autos e está, ademais, comprovado documentalmente que, em 26/06/2018, os autores, que vivem em união estável (f. 23/24), adquiriram o veículo Renault Master Furgão 2.5 CDI, ano/modelo 2011, da loja corré, pelo valor de R$55.000,00 (f. 121, 138).

Em 27/06/2018 foi celebrado contrato de seguro entre a coautora e a corré seguradora, constando o coautor como principal condutor (f. 25/28).

Segundo a inicial, no dia 13/08/2018, por volta das 18h, o coautor trafegava com o veículo quando percebeu perda de potência e, parando no acostamento, verificou a existência de uma roda de fogo por baixo do veículo, ocasião em que recebeu auxílio de inspeção de tráfego da concessionária da rodovia onde estava. No boletim de ocorrência constou que:

> "Acionado a comparecer na SP326 Rod. Brig. Faria Lima, no quilômetro 387, onde uma Van do tipo furgão havia iniciado incêndio espontâneo. Pelo local, uma unidade de Bombeiros da usina Pitangueiras trabalhou na extinção do fogo ocorrido no veículo (...) O fogo foi de pequena proporção, apenas na parte do motor, não afetando a carga" (f. 29/33).

Foi, então, aberto processo do sinistro junto à seguradora corré, tendo o veículo sido rebocado até oficina indicada pela seguradora, na cidade de Ribeirão Preto.

A oficina emitiu orçamento em 30/08/2018 no valor total de R$26.082,00 (f. 56, 298/299), mas no dia seguinte, os autores receberam missiva da seguradora recusando o pagamento da indenização sob alegação de que: "após análise das informações contidas no aviso de sinistro, constatamos que ficou caracterizado que os danos reclamados na parte interna do motor do veículo não fazem parte do sinistro citado acima, pelo qual estamos impossibilitados de atender à reclamação" (f. 40), decisão essa que foi mantida após reclamação junto à ouvidoria da seguradora (f. 41).

A seguradora autorizou, todavia, a substituição da correia da polia e do tensionador da correia, conforme orçamento no valor de R$539,70 (f. 42/43).

Alegaram os autores, na inicial que, recusada a indenização securitária,

Acesso ao Sumário

entraram em contato com a loja corré, a qual, de início, sinalizou que iria pagar os reparos diretamente à oficina autorizada onde o veículo se encontrava, mas, em seguida, informou que não mais pagaria os reparos.

Segundo os autores, em conversa com o proprietário da loja corré, na cidade de São Paulo, ele reconheceu a responsabilidade da loja pelos reparos no veículo, mas exigiu que o veículo fosse levado a outra oficina, o que não era viável, pois ele estava desmontado na oficina autorizada da seguradora e não tinha condições de transitar, merecendo ser salientado que a loja não se responsabilizaria pela remontagem e transporte para São Paulo, não informou em quanto tempo ele seria reparado e, também, não iria ressarcir os dias em que o coautor não pôde trabalhar em razão do sinistro.

Os autores, então, realizaram os reparos por sua própria conta, desembolsando o valor total de R$9.223,58 (f. 57/66) e ajuizaram esta ação postulando a condenação das rés no pagamento do valor desembolsado com os reparos, além dos prejuízos com viagens e locação de veículo, de R$775,00 (f. 122/128), dos valores que deixaram de ganhar com o trabalho realizado com esse veículo, estimados em R$10.150,00 e, por fim, de indenização por danos morais.

Em sua contestação, a seguradora sustentou que, após realização de perícia no veículo, se constatou que os danos no motor não possuíam relação com o sinistro notificado, mas tiveram origem no desgaste excessivo pelo funcionamento, caracterizando falta de manutenção preventiva. Juntou ela o relatório de análise técnica elaborado na regulação do sinistro, instruído com fotografias do motor, que constatou que:

> "Conforme relatos na descrição do sinistro, o veículo parou de funcionar e ao parar o veículo foi observado que havia chamas no cofre do motor.
>
> O princípio do incêndio foi na polia do virabrequim. Ela tem calços de borracha em seu interior e é comum ao se desgastarem, causar anomalias na direção hidráulica e alternador, pois ao patinar, ela não gira o suficiente para as polias da bomba de direção e alternador trabalharem com a intensidade máxima e com isso acende luzes no painel. Não realizando a troca da polia do virabrequim, ela corre o risco de incêndio porque está tendo atrito com os calços e daí surgiu a propagação de chamas.
>
> A correia da polia foi uma condutora das chamas e acabou por queimar o restante das polias em que ela é fixada.
>
> As chamas não se espalharam pelo cofre do motor, porque vários itens que são de materiais plásticos não sofreram danos.
>
> Os danos internos do motor não têm relação com o sinistro, pois o veículo apresentou a junta do cabeçote queimado e os pistões derretidos, porém se trata de danos de superaquecimento por falta de água e nenhuma mangueira de água foi danificada pelo incêndio. O radiador que também é de material plástico não está queimado, que poderia ser uma causa do superaquecimento, caso tenha vazado água por ele ou pelas

Acesso ao Sumário

mangueiras.

Os danos de superaquecimento do motor foram apenas internos e não do incêndio que houve do lado de fora dele, pois o motor também fica entre algumas peças plásticas e antes de danificá-lo o fogo teria consumido tais peças como, tampa de válvulas, reservatórios de água e fluidos, mangueiras de borracha e chicotes elétricos.

Há uma emenda em uma mangueira de água e sinais de vazamento de água por ela (marcas de água com ferrugem) sendo uma falha de manutenção, pois essas mangueiras quando danificadas devem ser trocadas e não reparadas, justamente para não correr o risco de vazamentos de água e posterior danos de superaquecimento no motor como apresentado nesse veículo. (...) Mediante as evidências apresentadas, fica claro que os danos no motor não são do sinistro e por isso não cabe à Cia arcar com os custos para esses reparos." (f. 236/245).

A loja corré, em sua defesa, sustentou que: (a) o coautor a procurou no dia 31/08/2018, exigindo que o veículo fosse reparado, tendo sido orientado pelo vencedor a levar o veículo a uma oficina parceira, a fim de se analisar o problema e, caso se constatasse cobertura pela garantia, todos os reparos seriam realizados; (b) o coautor, entretanto, se recusou a levar o veículo a essa oficina e se retirou da loja; (c) dias depois, o sogro do autor retornou à loja e apresentou um orçamento de oficina de Ribeirão Preto, no valor de R$21.382,00, mas a loja obteve um outro orçamento, no valor de R$12.851,50 (f. 296/297); (d) se propôs, mesmo sem examinar o veículo, a comprar as peças necessárias, entregando-as ao sogro do autor para que ele as levasse até a oficina onde estava o veículo, a fim de ser dada continuidade no reparo, mas o coautor recusou essa proposta, se encerrando o contato entre as partes; (e) não houve pretensão resistida na hipótese, pois a loja se colocou à disposição dos autores para resolver o problema no veículo, merecendo ser salientado que o orçamento realizado pela loja se aproxima com o valor efetivamente desembolsado pelos autores; (f) a garantia contratual de 90 dias não cobre componentes desgastáveis que estão sujeitos à manutenção periódica, conforme termo de f. 138; (g) o superaquecimento no motor foi causado por culpa exclusiva do consumidor, que não realizou a manutenção necessária.

Em réplica, os autores sustentaram que: (a) a seguradora realizou vistoria inicial na contratação do seguro e o sinistro ocorreu apenas 47 dias após, não podendo ela recusar a indenização pois deveria se cercar de todos os cuidados possíveis sobre o real estado do bem segurado; (b) a loja corré confessou os fatos alegados na inicial. Impugnaram, ademais, o laudo de vistoria após o sinistro juntado pela seguradora.

Após a publicação do ato ordinário para que as partes esclarecessem o interesse em produção de provas (f. 310), as rés postularam pelo julgamento antecipado da lide e os autores, por sua vez, requereram (a) a determinação para

Acesso ao Sumário

que a seguradora apresentasse o laudo de vistoria inicial, "para verificação da análise dos riscos iniciais de contratação do seguro", (b) designação de perícia para verificação das causas e coberturas do sinistro e (c) oitiva das partes e de testemunhas (f. 311/315).

Sobreveio, então, a sentença ora apelada.

Conforme constou da sentença, dada a natureza da matéria, a prova pertinente na hipótese era a pericial, a fim de se estabelecer se o incêndio foi causado por eventuais problemas já existentes no veículo quando da sua venda aos autores, ou se decorreram eles da ausência de manutenção e, não se olvida, a pronta realização dos reparos por parte dos autores, inviabilizou a realização de tal prova.

De outra banda, não poderia ser imposto aos autores que permanecessem privados do uso desse veículo, que foi adquirido para ser utilizado na atividade laborativa do coautor.

É cabível, portanto, a realização de perícia indireta, sendo de rigor o reconhecimento do cerceamento do direito de produção de provas no presente caso.

Considerando a incidência das normas protetivas do CDC, em especial da inversão do ônus da prova, é razoável a pretensão dos autores de que seja determinado à seguradora que apresente o laudo de vistoria inicial e, em perícia indireta, seja apurado se, na aquisição, o veículo já possuía os defeitos que levaram ao incêndio e aos demais danos então observados, ou se decorreram eles da negligência na manutenção do veículo.

Não obstante se trate de compra e venda de veículo usado, está demonstrado nos autos que o incêndio no motor ocorreu 47 dias após a aquisição do veículo, sendo cabível a discussão a respeito da incidência da garantia legal de 90 dias prevista no artigo 26 do CDC.

Nesse quadro, dou parcial provimento à apelação para afastar a sentença, permitindo a realização da prova pericial indireta e, também, testemunhal, sendo determinado à seguradora que apresente nos autos o laudo de vistoria realizado quando da contratação do seguro.

Apelação parcialmente provida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003757-60.2020.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A, são apelados/apelantes L.

G.N. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e CARLA APARECIDA NASSIBEM GOMES (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.233)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente), ADEMIR MODESTO DE SOUZA e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Ação de obrigação de fazer - Autor, menor impúbere, diagnosticado com paralisia cerebral - Limitação de cobertura de tratamento de multidisciplinar - Fisioterapia motora - Métodos Therasuit, Pediasuit, Bobath - Alegação de ausência de previsão no rol da ANS - Abusividade contratual - Prescrição médica - Recusa injustificada - Inteligência da Súmula 102 deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Não comprovação da ré de que há, na rede credenciada do domicílio do autor, estabelecimento e profissionais habilitados para o tratamento integral do autor - Dever de o plano de saúde custear todo o tratamento prescrito ao autor, caso não exista profissional da rede credenciada no seu domicílio - DANOS MORAIS - Inocorrência - Inadimplemento contratual que não enseja danos morais indenizáveis - Mero aborrecimento cotidiano - Recursos desprovidos.

VOTO

Cuida-se de recursos interpostos contra a r. sentença de fls. 454/462 e 482/484, que julgou parcialmente procedente a ação, tornando definitiva a tutela de urgência inicialmente concedida, para condenar a requerida na obrigação de fazer consistente em cobrir integralmente as sessões de terapia indicadas por médico para tratamento do autor, sem qualquer limitação de número de sessões. Consignou que a eventual existência de terapeutas credenciados aptos a garantir o adequado tratamento prescrito ao menor (com todas as terapias indicadas às fls. 28/30) ou a inexistência de clínica próxima de sua residência acarretará à ré o dever de ressarcir integralmente os valores despendidos pelo beneficiário do

Acesso ao Sumário

plano para tal finalidade. Diante da sucumbência preponderante da requerida, ela foi condenada a arcar com o pagamento integral das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios do patrono do autor, arbitrados em 20% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

Irresignado, recorre o autor pugnando pela total procedência da ação (fls. 645/651). Pleiteia a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais resultantes da recursa da cobertura.

A empresa ré também apela pugnando pela improcedência da ação (fls. 495/524). Sustenta, em síntese, que o tratamento multidisciplinar deve ser prestado em sua rede credenciada, que tem clínica capacitada para ministrar as terapias equivalentes àquelas prescritas, pelos métodos tradicionais, e desde que dentro dos limites máximos previstos no rol dos procedimentos da ANS, além dos quais não existe obrigatoriedade em seu fornecimento. Assevera que os métodos terapêuticos indicados ao apelado têm sua cobertura excluída pela própria lei, uma vez que não se encontram no rol dos procedimentos da ANS, razão pela qual não existe obrigatoriedade em seu fornecimento. Acrescenta, ainda, que tais métodos terapêuticos não apresentam resultados superiores às terapias aplicadas pelos métodos comuns, as quais são providas de cobertura. Subsidiariamente, requer seja admitida a limitação ao número de sessões terapêuticas passíveis de cobertura, observando-se, ainda, os limites contratuais de reembolso.

Contrarrazões às fls. 659/663 e 629/651.

A D. Procuradoria Geral de Justiça deu parecer pelo desprovimento do recurso da requerida e provimento do recurso do autor (fls. 675/696).

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer em que o autor, portador de paralisa cerebral, visa obter cobertura à terapia multidisciplinar de que necessita.

Foi reconhecido o dever de a requerida fornecer o tratamento prescrito pelo médico do autor, sem limitação de número de sessões, e consignou que a eventual existência de terapeutas credenciados aptos a garantir o adequado tratamento prescrito ao menor (com todas as terapias indicadas) ou a inexistência de clínica próxima de sua residência acarretará à ré o dever de ressarcir integralmente os valores despendidos pelo beneficiário do plano para tal finalidade.

Ambas as partes recorreram.

No caso concreto, não há dúvida de que se trata de relação jurídica de cunho consumerista, sendo certa a aplicabilidade do CDC, conforme entendimento pacífico da jurisprudência, consolidado nas Súmulas 469 do STJ e 100 do TJSP.

A par disso, é certo que, conforme os pedidos médicos de fls. o autor foi diagnosticado com paralisia cerebral grau um (CID 10 F-80.0) e necessita de acompanhamento multidisciplinar (fisioterapia motora - métodos Therasuit,

Acesso ao Sumário

Pediasuit, Bobath; terapia ocupacional; musicoterapia; psicopedagogia neurológica e psicólogo infantil).

Concedida a tutela antecipada às fls. 48/50, a ré contestou alegando, em resumo, que nunca se negou a cobrir sessões de psicologia, fisioterapia e terapia ocupacional ao autor, tendo negado libração apenas dos métodos de aplicação de tratamento não previsto no contrato e pelo órgão regulador aplicável, a saber: Therasuit, Pediasuit e Bobath. Sustenta não haver abusividade em sua negativa, pois ao julgar o Recurso Especial 1.733.073-PR, o STJ decidiu que o rol de procedimentos da ANS para planos de saúde é taxativo, decisão aplicável ao presente caso, já que as terapias não constam no rol da ANS. Assinala que os métodos não tradicionais requeridos não possuem comprovação de eficácia superior aos tradicionais, de sorte que seriam dispensáveis ao tratamento do autor, tecendo considerações sobre a observância do limite de sessões e impugnando o pedido de custeio do tratamento fora da rede credenciada. Assevera os termos do contrato devem ser estritamente observados, sob pena de se gerar desequilíbrio econômico-financeiro e consequente aumento das mensalidades por sinistralidade. Rechaça o pedido de custeio de psicopedagogia e musicoterapia, por se tratar de métodos de ensino não previstos no rol da ANS, bem como o pleito de indenização por danos morais e o *quantum* pretendido.

Ora, nas hipóteses como a versada nestes autos, prevalece o entendimento de que se a requerida não afasta a cobertura do mal, é evidente que não se pode recusar a arcar com o custo do respectivo tratamento (STJ, REsp 519.940-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.06.2003, v.u.).

Assim, lícito concluir que o procedimento em questão, destinado, expressamente, ao tratamento do mal que acomete o autor, bem como à garantia da sua qualidade de vida, deve ser a ele disponibilizado.

A recusa da ré em dar cobertura integral às despesas com o tratamento pleiteado se afigura abusiva e ilegal, considerando que está expressamente recomendado por médicos especialistas, que conhecem o quadro clínico de seus pacientes.

Além disso, a postura da requerida afronta o preceito contido no Código de Defesa do Consumidor, art. 51, inciso IV, já que restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto e o próprio equilíbrio contratual (idem, artigo 51, § Iº, inciso II), consoante entendimento, inclusive, já consolidado por esta Corte na Súmula 102 deste Egrégio 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*".

Com efeito, "é sabido que a edição do rol de procedimentos pela ANS

Acesso ao Sumário

é periódica, naturalmente não acompanhando o desenvolvimento *da ciência e da tecnologia de medicamentos, como neste caso. Nem poderia o rol expedido pelo órgão administrativo limitar a cobertura do tratamento da moléstia contratual e legalmente assegurado. Não se pode limitar tratamento indispensável à integridade da saúde do paciente, excluindo medicamentos necessários e adequados ao caso (segundo o médico responsável), sob a singela alegação de que não constantes do rol da ANS*" (TJSP, 10ª Câm. Dir. Priv., Ap. 0002082-18.2007.8.26.0306, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 08.04.2014).

Sobre o tema, assim já decidiu este E. Tribunal: "PLANO DE SAÚDE. Autor portador de transtorno do espectro autista a quem foi prescrito tratamento multidisciplinar, incluindo hidroterapia. Recusa à utilização de técnicas diferenciadas de tratamento. Descabimento. Terapias expressamente prescritas pela médica que acompanha o autor. Argumento de que os métodos terapêuticos não estão previstos no rol obrigatório da Agência Nacional de Saúde (ANS) não tem o condão de impedir a cobertura pretendida. Demorados trâmites administrativos de classificação não podem deixar o paciente a descoberto, colocando em risco bens existenciais. Limitação do número de atendimentos inviável. Devida a condenação da requerida ao fornecimento das terapias recomendadas ao demandante. Possibilidade de redução do percentual dos honorários advocatícios de sucumbência. Percentual fixado na r. sentença é incompatível com os parâmetros do art. 85, §2º, do CPC. Recurso provido em parte." (TJSP; Apelação Cível 1000873-65.2020.8.26.0233; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ibaté - Vara Única; Data do Julgamento: 10/09/2021; Data de Registro: 10/09/2021).

No mesmo sentido: "Plano de saúde. Tratamento multidisciplinar com fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional pelo método Bobath, além de equoterapia, hidroterapia e musicoterapia, indicado a criança portadora de paralisia cerebral. Recomendado, também, psicoterapia a menor com transtornos de conduta. Cobertura devida. Contrato ou norma administrativa que não podem limitar a forma de enfrentamento de doença coberta. Recusa à cobertura, sob o fundamento de expressa exclusão contratual de terapia que não se encontre no rol da ANS. Recusa indevida. Escolha terapêutica do médico, ressalvado abuso que no caso não se evidenciou. Limite de sessões descabido. Reembolso integral diante da ausência de indicação de profissional especializado. Sentença mantida. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1042808-16.2018.8.26.0602; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/01/2021; Data de Registro: 26/01/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL. TUTELA DE URGÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. Decisão deferiu a tutela de urgência obrigando a agravante a custear o tratamento prescrito ao agravado pelo método TheraSuit.

Acesso ao Sumário

Irresignação. Preenchimento dos requisitos do art. 300 caput do CPC. Negativa de cobertura com fundamento na ausência de previsão do tratamento no rol de procedimentos da ANS. Inadmissibilidade. Inteligência da Súmula nº 102 desta Corte. Perigo de dano grave irreparável ou de difícil reparação configurado. Agravado que é menor e portador de paralisia cerebral e tetraparesia espástica. Urgência caracterizada. Negativa de custeio em princípio indevida. Prevalência da prescrição médica. Julgamento do REsp nº 1.733.013/PR que não tem efeito vinculante. Rol da ANS tem caráter exemplificativo. Abusividade da pretendida limitação das sessões prescritas ao agravado. Precedentes desta C. Câmara. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2296291-49.2020.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 10ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 09/04/2021; Data de Registro: 09/04/2021).

Logo, reconhecido o dever de ofertar o tratamento indicado, não se revela lícita sua limitação, uma vez que só os profissionais médicos e equipe técnica que assistem o paciente podem atestar a quantidade necessária de sessões para um resultado positivo, não sendo lícito à apelante negar cobertura ao procedimento indicado pelo médico.

Daí, se não comprovou a existência de rede credenciada de clínicas ou profissionais que atendam integralmente as necessidades do autor, na área de seu domicílio, o reembolso deverá ser integral e não parcial.

Nesse sentido: "PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. TRATAMENTO FORA DA REDE CREDENCIADA. Não comprovação pela ré de que há, na rede credenciada, estabelecimento e profissionais habilitados para o tratamento segundo o método indicado pelo médico do autor. Indevida a limitação do reembolso. Custeio integral devido. Recurso não provido." (TJSP, 7ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1004320-53.2017.8.26.0011, rel. Des. Mary Grün, j. 12.03.2018).

Ressalte-se que o autor deverá submeter-se aos profissionais e clínicas disponibilizados pela ré, no seu domicílio, nas correspondentes especialidades com cobertura integral e sem limitação de sessões para o tratamento. Caso não haja na rede credenciada médico ou estabelecimento capaz de oferecer satisfatoriamente o tratamento necessário, o segurado poderá realiza-lo fora da rede credenciada com custeio integral pelo plano.

Como bem ponderadora pelo D. Procurador de Justiça às fls. 685:

"*No caso em exame, é de fácil apreensão que a distância a ser percorrida pelo autor desde sua residência até a clínica 'Cauchioli', indicada pela AMIL, equivale a inviabilizar o sucesso do tratamento, uma vez que cada percurso de ida ou de volta, toma, com razoabilidade, a média de pelo menos uma hora para ser feito, se por transporte individual.*

De fato, como se viu, o agravante é criança portadora de paralisia ce-

Acesso ao Sumário

rebral, sendo-lhe prescrita uma varga terapêutica de 8 horas semanais, distribuída por quase todos os dias, de sessões de tratamento multidisciplinar.

Ora, é evidente que a relação tempo-distância posta entre as clínica credenciada e o domicílio do paciente, somada à sua condição particular de criança com paralisia cerebral, resultará na impossibilidade de ser atendido com a frequência necessária à efetividade do tratamento, no estabelecimento indicado pela ré.

Daí ser devido, portanto, que se mantenha a obrigação de fazer nos moldes fixados pela sentença, ou sejam que a AMIL proceda a indicação de clínica credenciada, capacitada e próxima à residência do autor, ou que proceda ao reembolso integral das sessões multidisciplinares prescritas ao agravante a serem realizadas em clínica de sua livre escolha"

A limitação do reembolso por teto contratual também não se aplica aqui, uma vez que não foi o autor quem livremente optou por profissional não credenciado, mas assim procede porque o plano de saúde não tem especialistas credenciados para prestarem a ela as terapias prescritas para sua recuperação.

Por isso é que é nula a imposição de limite de valores reembolsáveis que tenham por base a limitação de quantidade de procedimentos terapêuticos devidos ao usuário, e é também nula a limitação contratual de reembolso que só seria aplicável na hipótese de a rede credenciada efetivamente disponibilizar as terapias especificamente indicadas pelo médico assistente.

Conforme ressaltado acima, a apelante não demonstrou a existência, em sua rede credenciada, de profissionais com a habilitação apropriada para o tratamento multidisciplinar adequado à condição de saúde apresentada pelo autor. Assim, em face da ausência de profissionais habilitados, deve o plano custear integralmente os tratamentos, sem limitação de sessões e sem coberturas adicionais.

Por fim, correta a r. sentença que não reconheceu a ocorrência de danos morais.

O descumprimento contratual pode, em determinadas circunstâncias, gerar dano moral. Mas esse dano não é consequência natural e irresistível do inadimplemento.

A caracterização da responsabilidade civil como há muito tempo já se firmou na doutrina e na jurisprudência incluídos nessa noção tanto o dano material quanto o moral, exige, para que se reconheça a existência de um dano indenizável, a conjugação de três fatores: dano, ilicitude e nexo causal.

É o que entende **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR** (*Dano Moral*, 4ª edição, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 31) ao ponderar que "*mais do que qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser*

imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa a criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa".

No caso, não há falar em direito à reparação civil por danos morais, que tampouco restaram demonstrados. Note-se que não houve qualquer ofensa aos direitos de personalidade do autor, mas mero aborrecimento cotidiano, que não gera danos morais indenizáveis.

É preciso que haja abalo, mais ou menos sério, a direitos de personalidade, ofensa da honra, violação da intimidade ou da saúde.

No caso, não há nos autos elementos que demonstrem ter havido prejuízo ao tratamento do autor.

Tudo indica, na hipótese, que tenha sido ferida mera suscetibilidade do autor, o que nem de longe traduz dano. Como advertia A. CHAVES (*Tratado de Direito Civil*, v. III, 3ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 637): "*propugnar pela ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento de todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade acerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito, centenas de milhares de cruzeiros*".

Assim, não há que se falar em danos morais.

Por fim, devem ser mantidos os ônus sucumbenciais nos termos fixados na r. sentença.

Logo, de rigor o desprovimento dos recursos.

Daí por que **se nega provimento aos recursos**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002836-70.2021.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que são apelantes/apelados T.S.A. (MENOR) e V.S.C. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado/apelante P.S.A.C.L.

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 do réu e deram parcial provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21311)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), PIVA RODRIGUES e GALDINO TO-

Acesso ao Sumário

LEDO JÚNIOR.

São Paulo, 29 de outubro de 2021.

CÉSAR PEIXOTO, Relator

Ementa: Ação cominatória destinada à cobertura de tratamento multidisciplinar pelo método ABA, cumulada com pedido de indenização por danos morais - Procedência parcial da ação - Diagnóstico de enfermidades genéticas com indicação do tratamento feita pelo profissional assistente - Direito do paciente à cobertura e dever da operadora de fornecimento/disponibilização - Preservação da vida e da saúde humana, valores supremos e bens maiores de toda a ordem jurídica - Ilegitimidade da limitação das sessões de terapia - Utilização da rede referenciada/credenciada - Reembolso integral na hipótese de ausência/inexistência de estabelecimentos e profissionais conveniados - Irrelevância prática para o resultado da controvérsia sobre o conteúdo taxativo, ou meramente exemplificativo, do rol divulgado pela agência nacional reguladora do setor suplementar - Inexistência de imperatividade ou de eficácia de lei, na acepção do termo, das diretrizes editadas pela autarquia, e falta de caráter vinculante ao juízo das posturas administrativas, de hierarquia baixa - Prejuízos extrapatrimoniais não verificados - Inocorrência de ofensa à honra, dignidade ou psique - Reparação indevida - Procedentes do Superior Tribunal de Justiça - Sucumbência recíproca - Sentença reformada - Recurso do réu não provido, provido o do autor, em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelações manejadas contra sentença que julgou procedente, em parte, a ação cominatória visando o tratamento multidisciplinar para o transtorno do espectro autista cumulada com indenização por danos morais, condenando a ré ao fornecimento dos tratamentos autorizados sem limite de sessões, mas rejeitando a imposição do custeio das terapias pelo método ABA, integração sensorial, psicopedagogia, musicoterapia e psicomotricidade aquática, bem como a indenização por danos extrapatrimoniais, impondo ao autor o reembolso das despesas com o processo e os honorários advocatícios fixados em 10% do va-

lor da causa, objetivando, em síntese, o reexame e a reversão do julgado com fundamento, em resumo, (i) na obrigatoriedade de custeio pela ré de todos os tratamentos pleiteados, diante da prevalência da recomendação técnica, (ii) na antijuridicidade da negativa, (iii) no cabimento da indenização por danos morais (autor), (iv) na licitude da negativa por ausência de previsão contratual e pelos procedimentos estarem em desacordo com as diretrizes do rol de procedimentos médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS e (v) na legitimidade dos limites de sessões (réu).

Tempestivas, preparada e isenta, respondidas e com parecer do Ministério Público opinando pelo desprovimento do recurso do réu e o provimento do recurso do autor.

Na espécie, foi incontroverso os autos a identificação da moléstia genética [Transtorno do espectro autista nível 2], cujo diagnóstico foi feito pelo responsável pela avaliação do paciente [relatório de págs. 35/36], tarefa de atribuição precípua do médico assistente, recomendando o seu tratamento multidisciplinar, mediante a utilização do método ABA *[applied behavior analysis - análise do comportamento aplicada]*, de fonoterapia, psicólogo infantil, terapia ocupacional com integração sensorial, psicopedagogia, musicoterapia e psicomotricidade aquática, por consequência legitimando a execução dos procedimentos indicados, enquanto ínsitos à tentativa de recuperação da enfermidade e de evolução do quadro clínico, elementos da essência do próprio contrato, em última análise destinado à preservação da vida e da saúde humana, valores supremos e bens maiores de toda a ordem jurídica.

Donde o direito à cobertura e o dever de assistência integral pela operadora ré, nos termos do relatório médico de págs. 35/36, portanto, vedada a limitação de sessões, sobretudo porque compete apenas ao médico que acompanha a paciente determinar a extensão do tratamento para o seu benefício, Súmula n. 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo, uma vez que a imposição de limitação ao número de sessões ofende a própria natureza do contrato, configurando conduta abusiva da operadora do plano de saúde.

E, a cobertura deverá ocorrer nos estabelecimentos e com os profissionais conveniados da operadora ré, sendo que, na eventualidade do tratamento não ser disponibilizado perante a rede credenciada, imprescindível a formalização do reembolso integral das despesas efetuadas por livre escolha, observada a coparticipação, se convencionada.

A propósito:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE

Acesso ao Sumário

SAÚDE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO NCPC. NÃO OCORRÊNCIA. AUTOR PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE SESSÕES. IMPOSSIBILIDADE. ROL DA ANS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA TURMA. AGRAVO INTERNO DA AMIL NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Não há falar em omissão, falta de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional, na medida em que o Tribunal estadual dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando a controvérsia posta nos autos. 3. A jurisprudência desta Corte entende abusiva a cláusula contratual ou o ato da operadora de plano de saúde que importe em interrupção de terapia por esgotamento do número de sessões anuais asseguradas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. 4. Em que pese a existência de precedente da eg. Quarta Turma entendendo ser legítima a recusa de cobertura com base no rol de procedimentos mínimos da ANS, esta eg. Terceira Turma, no julgamento do REsp nº 1.846.108/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado aos 2/2/2021, reafirmou sua jurisprudência no sentido do caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos. Precedentes da Terceira Turma. 5. Agravo interno da AMIL não provido. (AgInt no AREsp 1864001/RJ, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, 3.ª T., j. em 11/10/2021, DJe 14/10/2021).

Outrossim, sempre com augusto respeito aos eloquentes entendimentos dissidentes, foi sem relevância prática para o resultado a discussão sobre o conteúdo taxativo, ou meramente exemplificativo, do rol expedido pela agência governamental reguladora do setor suplementar [ANS], quer pela ausência de eficácia de lei dotada de imperatividade, na acepção técnica do termo, das aludidas diretrizes editadas pela autarquia, quer pela falta de caráter vinculante ao juízo das posturas administrativas, de hierarquia baixa, fatores prejudiciais da sua incidência para a justa solução da espécie aqui controvertida, neutralizando os argumentos articulados.

A propósito, como subsídio valioso, o entendimento recente expedido no âmbito nacional:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA

Acesso ao Sumário

EXEMPLIFICATIVA. TRATAMENTO DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. LIMITAÇÃO DE SESSÕES DE TERAPIAS ESPECIALIZADAS. RECUSA DE COBERTURA INDEVIDA. 1. Ação de obrigação de fazer, na qual se imputa à operadora de plano de saúde a conduta abusiva de negar a cobertura de terapias especializadas prescritas para o tratamento da doença que acomete o beneficiário (transtorno do espectro autista). 2. A natureza do rol da ANS é meramente exemplificativa, reputando, no particular, abusiva a recusa de cobertura de procedimento cirúrgico prescrito para o tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. 3. Consoante jurisprudência desta Corte "é o médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta" (REsp 1.679.190/SP, 3ª Turma, DJe de 02/10/2017). 4. Agravo interno no recurso especial não provido. (AgInt no REsp 1937863/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3.ª T., j. em 11/10/2021, DJe 15/10/2021).

No mais, de fato não se cogitou da indenização pelos supostos prejuízos extrapatrimoniais em razão do dissidio sobre a legitimidade, ou não, da negativa de custeio dos tratamentos indicados, notadamente por se tratar de dúvidas objetivas de interpretação de cláusulas contratuais, sem a identificação de má-fé por parte da operadora do plano de saúde.

Sobretudo porque as normas de regência do ressarcimento moral não contemplaram estados remotos ou hipotéticos, assentados em sensibilidade exacerbada ou susceptibilidade acentuada perante as adversidades negociais, contingências obrigacionais e os percalços do cotidiano, mas tão somente as violações aos justos melindres do brio, do decoro e ofensas à dignidade pessoal, situação não verificada nos autos, pena de inversão dos conceitos estabelecidos no ordenamento jurídico e a banalização do instituto pela malversação.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. CIRURGIAS PLÁSTICAS REPARADORAS. MASTOPEXIA COM COLOCAÇÃO DE PRÓTESE. NECESSIDADE MÉDICA. NEGATIVA DE COBERTURA. ALEGAÇÃO DE EXCLUSÃO CONTRATUAL. FINALIDADE MERAMENTE ESTÉTICA. DESCABIMENTO. PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO INDISPENSÁVEL. NEGATIVA INDEVIDA. DANO MORAL NÃO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MANUTENÇÃO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...]. 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o descumprimento contratual por parte da operadora de saúde, que culmina

Acesso ao Sumário

em negativa de cobertura para procedimento de saúde, somente enseja reparação a título de danos morais quando houver agravamento da condição de dor, abalo psicológico ou prejuízos à saúde já debilitada do paciente. 3. Na hipótese, deve ser confirmado o v. acórdão, no que tange à ausência do dever de indenizar, por considerar não ter ficado demonstrada situação capaz de colocar em risco a integridade física e psíquica da agravante, bem como de gerar abalo que ultrapasse o mero dissabor decorrente do inadimplemento contratual. 4. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial. (AgInt no AREsp 1763328/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4.ª T., j. em 12/04/2021, DJe 12/05/2021).

Por fim, procedente em parte a ação, rateando as partes as despesas com o processo diante da sucumbência recíproca, arcando cada qual com os honorários advocatícios da parte adversa em 15% do valor da causa, atualizados desde o ajuizamento da ação, nos termos da Súmula n. 14 do Superior Tribunal de Justiça[1], arts. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, importância suficiente e condigna como contraprestação remuneratória pelos serviços executados no desempenho do mandato, ressalvada a isenção da gratuidade.

Do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do réu, dando provimento, em parte, ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009601-95.2019.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante ANTONIO PENTEADO FILHO, é apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22632)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ACHILE ALESINA (Presidente), RAMON MATEO JÚNIOR e JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA.

São Paulo, 31 de outubro de 2021.

ACHILE ALESINA, Relator

Acesso ao Sumário

1 **Súmula n. 14 do STJ**: Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento.

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Obrigação de fazer - Conta bancária de co-titularidade do recorrente, de forma conjunta com sua tia falecida em 2003 - Pretensão em movimentar a conta - Recorrente que é inventariante dos bens deixados pela tia - Objeto da lide se refere intrinsecamente a bens deixados pela falecida - Competência disciplinada no artigo 5º, I.10, da Resolução 623/2013 do Órgão Especial do E. TJSP - Remessa determinada a uma das Câmaras da Subseção I de Direito Privado, compostas pelas 1ª a 10ª Câmaras - Recurso não conhecido, com determinação.

VOTO

Recurso à r. sentença de fls. 104/105 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível do Foro de Jundiaí, Dr. Marcio Estevan Fernandes que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada pelo apelado, declarou extinto o processo, sem resolução do mérito, na forma do artigo 485, VI do CPC, condenado o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Embargos de declaração opostos pelo autor às fls. 107/111, sendo rejeitados (fls. 116).

Recorre o autor pretendendo a reforma do julgado, trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento.

Recurso regularmente processado (fls. 118/128) e respondido (fls. 133/136).

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pelo apelante em face do Banco apelado.

Alega o autor em sua inicial em síntese ser co-titular da conta bancária mantida no Banco réu, aberta conjuntamente e de forma solidária com sua tia Brandina Penteado Ladeira, falecida no ano de 2003. Sustenta ser também inventariante dos bens deixados pela sua tia.

Assinala que foi impedido pelo réu a encerrar a conta e dar a destinação adequada aos valores. Pretende o desbloqueio total ou parcial da conta bancária mantida com sua tia.

Em contestação o réu alega em síntese a ausência de interesse de agir, na medida em que há procedimento administrativo próprio à solução do impasse. Diz que o autor, na qualidade de co-titular da conta e inventariante do espólio da tia, precisa apenas preencher alguns formulários para que seu objetivo seja

Acesso ao Sumário

implementado.

Réplica às fls. 73/75.

Instadas a manifestar sobre provas, o autor alegou não ter mais provas a produzir (fls. 82) e o réu requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 83/84).

A r. sentença singular extinguiu o feito, sem resolução do mérito, nos termos já expostos.

Recorre o autor alegando em síntese a possibilidade de movimentação isolada por qualquer um dos correntistas titulares de conta corrente de natureza solidária. Afirma que a possibilidade de resolução extrajudicial não afasta a apreciação da lide. Pretende o desbloqueio da conta, com transferência dos valores para conta corrente de titularidade do recorrente, com o encerramento da conta conjunta solidária.

Alternativamente pretende o desbloqueio de ao menos 50% dos valores existentes na conta conjunta solidária.

Requer a reforma.

No entanto, o recurso não merece ser conhecido.

Compulsando-se os autos, denota-se que a pretensão inicial se refere a movimentação de conta bancária nº 01023601-5, agência 0040 do Banco Santander, sendo o autor co-titular juntamente com sua tia Brandina Penteado Ladeira, falecida em 2003.

O autor é inventariante dos bens deixados pela sua tia Brandina, alegando ser impedido pelo Banco réu de movimentar a referida conta com a transferência da totalidade ou 50% dos valores e posterior encerramento da conta.

Às fls. 11 consta que o autor assumiu Compromisso de Inventariante com relação aos bens deixados por falecimento de Brandina Penteado Ladeira, dentre eles, evidentemente eventual saldo bancário da conta, objeto da presente demanda.

Desta feita, o objeto da lide se refere intrinsecamente a bens deixados pela falecida, sendo aberto inventário.

Acesso ao Sumário

A competência das Subseções da Seção de Direito privado desta E. Corte de Justiça é regulada pela Resolução nº 623/2013, do C. Órgão Especial, submetendo-se a matéria sob discussão, abrangida pelo seu art. 5º, inciso I, mais especificamente, item I.10, sendo, assim, afeta a uma das Colendas Câmaras dentre aquelas numeradas entre a 1ª e 10ª, da Seção de Direito Privado:

"**I Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:**

(...) I.10 - Inventários e arrolamentos;".

Nesse sentido há precedentes deste C. Tribunal:

"ALVARÁ JUDICIAL - Pretensão de levantamento de valores de PIS

e FGTS depositados em conta bancária em nome de pessoa falecida - Decisão que indefere pedido de justiça gratuita - Mérito do pedido que envolve direito sucessório - Competência recursal de uma das Câmaras da Subseção I, da Seção de Direito Privado (1ª a 10ª) - Artigo 5º, incisos I.10 a I.13, da Resolução nº 623/2013 - Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição." (TJSP; Agravo de Instrumento 2123566-54.2020.8.26.0000; Relator (a): Carlos Henrique Miguel Trevisan; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 22/06/2020; Data de Registro: 22/06/2020) (g.n.).

Nesse sentido, precedente sobre a matéria, com apreciação pelo Direito Privado I. Confira-se:

"INVENTÁRIO - DECISÃO QUE ESTIPULOU QUE OS VALORES DAS APLICAÇÕES, PORQUANTO VINCULADOS À CONTA CONJUNTA DA 'DE CUJUS', PRESUMEM-SE PERTENCENTES EM PARTES IGUAIS A CADA UM DOS RESPECTIVOS CO-TITULARES, BEM COMO INDEFERIU O PEDIDO DE APRESENTAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA DOS ÚLTIMOS 20 ANOS E DOS EXTRATOS BANCÁRIOS DOS ÚLTIMOS 10 ANOS EM NOME DA FALECIDA, OBSERVADO QUE A BUSCA GENÉRICA DE BENS PASSÍVEIS DE COLAÇÃO DEVERÁ SER SOLICITADA EM AUTOS PRÓPRIOS, SOB PENA DE TUMULTUAR O FEITO - PRESUNÇÃO DE QUE OS VALORES PERTENÇAM EM IGUAIS PARTES AOS LITIGANTES SÓ CEDERÁ ANTE CONSISTENTE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO, NÃO APRESENTADA NESTA SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA - AUTORIZADAS PESQUISAS ATRAVÉS DOS SISTEMAS INFOJUD E SISBAJUD - A AMPLIAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA CONDUZIRÁ À REMESSA DO TEMA ÀS VIAS ORDINÁRIAS - PRECEDENTE - INVENTARIANTE QUE NÃO LOGROU ALVARÁ PARA MOVIMENTAR PARA MOVIMENTAR A CONTA DA 'DE CUJUS' - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO" (TJSP; Agravo de Instrumento 2152976-26.2021.8.26.0000; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021) (g.n.).

Tratando-se de competência em razão da matéria, pertinente a redistribuição, a fim de evitar futura arguição de nulidades e garantir análise especializada.

Assim, carecendo esta E. 15ª Câmara de competência para apreciar o recurso, de rigor sua redistribuição.

Ante ao exposto, **NÃO SE CONHECE** do recurso, determinando-se a redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado I, com as homenagens de estilo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014590-48.2021.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelado FECOLPE LESTE EMPREENDIMENTOS SPE LTDA., é apelado/apelante EDISLEI DE LAPENA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.979)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e ENÉAS COSTA GARCIA.

São Paulo, 25 de outubro de 2021.

ALEXANDRE MARCONDES, Relator

Ementa: Compromisso de compra e venda. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Irresignação das partes. Atraso na entrega de imóvel objeto de contrato de compromisso de compra e venda. Descumprimento dos prazos previstos no contrato. Invocação genérica da pandemia da Covid-19 que não esquiva a ré das obrigações contratuais. Ausência de demonstração documental pormenorizada do impacto concreto das restrições da pandemia ao cronograma das obras. Setor da construção civil que, ademais, foi considerado essencial pelo Poder Público e não teve suas atividades gravemente afetadas. Precedentes. Confirmação da condenação da ré ao pagamento de indenização por lucros cessantes. Inteligência da Súmula nº 162 e do Tema nº 05 do IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000 desta Corte. Dano moral que, ademais, está configurado. Atraso excessivo e injustificado na entrega do imóvel que não pode ser equiparado a mero aborrecimento cotidiano. Indenização fixada em R$ 5.000,00. Precedentes desta C. Câmara. Redistribuição dos ônus da sucumbência. Sentença reformada, em parte. Recurso da ré desprovido, provido o do autor.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 86/88, de relatório adotado, ***julgou parcialmente procedente*** ação de indenização por danos materiais e morais movida por **Edislei de Lapena** em face de **Fecolpe Leste Empreendimentos SPE Ltda.**, fazendo-o para (i) condenar a ré ao pagamento de indenização a título de lucros cessantes no correspondente a 0,5% do valor do contrato celebrado pelas partes (R$ 273.080,00), desde 01/07/2020 até a data em que forem entregues as chaves, com a efetiva imissão do autor na posse do imóvel, corrigida monetariamente desde o ajuizamento e acrescida de juros moratórios a partir da citação; e (ii) condenar cada parte ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios de R$ 1.500,00, vedada a compensação.

Recorrem as partes.

A ré sustenta, em breve síntese, que o atraso na entrega do imóvel decorreu da pandemia da Covid-19, *circunstância de força maior* que afasta sua responsabilidade pelos danos narrados na petição inicial. Ressalta que é empresa de pequeno porte, bem como que sofreu impactos significativos em razão da crise decorrente da pandemia, pedindo a improcedência da ação (fls. 100/106).

O autor insiste, por sua vez, que o atraso excessivo e desarrazoado na entrega do imóvel lhe infligiu danos de ordem moral, destacando que ainda não há previsão para a conclusão das obras. Afirma, por outro lado, que os honorários sucumbenciais não podem ser fixados por equidade, mas sim com base no valor da condenação da ré (fls. 113/121).

Contrarrazões a fls. 127/137 e 138/141.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso da ré deve ser desprovido e o do autor provido.

Em 14 de dezembro de 2017 as partes celebraram contrato de promessa de compra e venda pelo qual o autor adquiriu da ré o apartamento nº 43 do empreendimento denominado "Residencial Tulipas Home e Spa", pelo preço total de R$ 273.080,00 (fls. 22/34).

Conforme as disposições dos "quadros introdutórios", as obras do empreendimento seriam concluídas até o mês de dezembro de 2019, admitida, entretanto, uma tolerância de 180 dias para a entrega do imóvel (cf. item 6 e cláusula 4.2 fls. - 23/24).

Alegando o descumprimento dos referidos prazos, o autor ingressou com presente ação pleiteando a condenação da ré ao pagamento de indenização por lucros cessantes no percentual mensal de 0,5% do valor do contrato, bem como de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (fl. 10).

Pois bem.

Acesso ao Sumário

Em primeiro lugar, cumpre registrar que a ré não pode invocar genericamente a pandemia da Covid-19 para se esquivar dos prazos inseridos no contrato, notadamente porque não houve demonstração *documental* e *pormenorizada* de como as eventuais restrições impostas pelo Poder Público (em prol da saúde e das vidas dos cidadãos do país, diga-se de passagem) afetaram o cronograma das obras.

Vale anotar que, tal como bem pontuou o MM. Juiz de Direito *a quo* (cf. fl. 87), o setor da construção civil foi rapidamente declarado como *serviço essencial* e não sofreu com grandes paralisações, sendo pouco relevante o porte da empresa requerida.

Assim, não está configurado caso fortuito ou de força maior, mas apenas o denominado *fortuito interno*, que está inserido no risco da atividade empresarial desempenhada pela ré.

Incide no caso dos autos a jurisprudência consolidada na Súmula nº 161 desta Corte, *verbis*: "*Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente.*".

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

"*APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE FRAÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. RESCISÃO CONTRATUAL.* [...] *ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. Demora injustificada para a conclusão das obras. PRAZO DE TOLERÂNCIA. Prazo de 180 dias que deve ser contado em dias corridos e não em dias úteis. Abusividade de disposição contratual em sentido diverso. Precedentes do E. TJSP. Inadmissão de outros acréscimos. PANDEMIA DE COVID-19. Advento da pandemia no curso do prazo de tolerância. Atividades de construção civil que não foram suspensas ou limitadas pela quarentena. Ausência de demonstração de que houve paralisação e de que, caso não houvesse, o empreendimento seria finalizado. Mora não elidida. Rescisão por culpa da alienante.* [...] *RECURSO NÃO PROVIDO.*" **(Apelação Cível nº 1000589-07.2021.8.26.0400, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rosangela Telles, j. 07/10/2021).**

"*RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, COM PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS. Compromisso de compra e venda de bem imóvel. Rescisão negocial incontroversa. Atraso na entrega da obra bem configurado. Tolerância de 180 (cento e oitenta dias) que, por si só, não reflete qualquer abusividade, vez que livremente pactuada. Hipótese, contudo, na qual os apartamentos objeto do compromisso de compra e venda não*

Acesso ao Sumário

foram entregues mesmo quando considerado o prazo de tolerância avençado. Alegação de que a obra não foi concluída em virtude das restrições impostas pela pandemia de Covid-19 que se revela genérica e não merece guarida. Requerida que não comprova ter sido compelida a paralisar as construções ou reduzir o número de trabalhadores. Rescisão do compromisso de compra e venda que ocorreu por culpa exclusiva da demandada, promitente vendedora. [...]" **(Apelação Cível nº 1003034-32.2020.8.26.0400, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcondes D'Angelo, j. 26/07/2021).**

"*Compromisso de compra e venda. Rescisão contratual. Atraso na entrega da obra, que extrapolou, inclusive, o prazo de tolerância que, segundo entendimento jurisprudencial, não pode ser superior a 180 dias corridos. Abusividade das cláusulas que preveem a contagem daquele prazo em dias úteis. Alegação de que o atraso teria decorrido das restrições impostas pela pandemia da covid-19 que não se justifica. Ausência de comprovação de paralisação das obras, ou mesmo de necessidade de redução do número de trabalhadores. Atividade de construção civil que vem sendo considerada essencial pelo Plano SP.* [...] *Recurso provido.*" **(Apelação Cível nº 1002266-09.2020.8.26.0400, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 22/06/2021).**

Destarte, mesmo admitido o prazo de tolerância de 180 dias para conclusão das obras, prazo este válido, conforme o enunciado da Súmula nº 164 desta Corte ("É valido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível") e a tese do Tema 01 do IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000 ("É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias corridos estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível"), considerando que o apartamento ainda não foi entregue ao autor, o descumprimento contratual pela ré está configurado.

Como resultado, é devida a indenização por lucros cessantes, que são presumidos, conforme o enunciado da Súmula nº 162 deste e. Tribunal: "*Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio*".

Também nessa linha o Tema nº 5 aprovado no julgamento do já mencionado IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000: "*O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou*

Acesso ao Sumário

de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada".

Por outro lado, embora respeitado o convencimento do MM. Juiz de Direito *a quo*, as circunstâncias do caso concreto autorizam a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

O atraso prolongado e injustificado na conclusão das obras (que, repise-se, ainda não aconteceu) não pode ser equiparado a um mero aborrecimento, notadamente considerando o vultoso investimento realizado pelo autor, implicando em abalo emocional e insegurança para o adquirente.

Registre-se, nesse sentido, o Enunciado nº 411 da V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "*Art. 186: O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988*".

Considerem-se também as ponderações de Cássio Ranzini Olmos em obra dedicada a contratos de aquisição imobiliária:

"[...] é cabível a indenização do dano moral, quando o atraso na entrega do imóvel acaba por frustrar a realização do direito social à moradia que, aliás, mantém *visceral ligação com outros princípios, direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a intimidade e a vida privada, e a função social da propriedade (artigo 5º, X e XXXIII)*" **(Práticas e Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo de Aquisição Imobiliária, Ed. Almedina, 2015, p. 179).**

Vale anotar que, em casos como o destes autos, esta C. 1ª Câmara de Direito Privado tem adotado entendimento semelhante, confirmando a possibilidade de condenação de promitentes vendedoras ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de atrasos excessivos na entrega de imóveis:

"*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Imóvel - Ação anulatória de contrato cumulada com restituição de valores pagos e indenização por danos morais - Sentença pela procedência do pedido - Inconformismo manifestado pela ré - Descabimento - Atraso configurado - Problemas administrativos junto à Prefeitura que encerram res inter alios acta em relação à adquirente - Restituição integral dos valores que era de rigor - Danos morais - Ocorrência - Quantum indenizatório bem arbitrado e que não comporta redução - Sentença mantida - Recurso improvido, com observação.*" **(Apelação Cível nº 1000711-07.2018.8.26.0309, Rel. Des. Rui Cascaldi, j. 13/09/2021).**

"*Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega da obra. Previsão de mais de um prazo. Contagem a partir da assinatura da concessão do financiamento. Inadmissibilidade. Tese firmada pelo STJ (Tema 996). Prevalecimento do prazo mais favorável ao consumidor. Mora da ré configurada. Indeniza-*

Acesso ao Sumário

ção devida por juros de obra pagos, lucros cessantes e diferença de correção em relação ao INCC, incidentes no período de atraso da construção. Dano moral, outrossim, caracterizado. Excessivo atraso. Quantum da indenização arbitrado. Recurso provido em parte." **(Apelação Cível nº 1006880-09.2019.8.26.0007, Rel. Des. Augusto Rezende, j. 25/08/2021).**

"*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA.* [...] *Dano moral configurado. Dissabores e angústia causados à adquirente em virtude do atraso injustificado na conclusão da obra por quase 03 anos. Manutenção do quantum indenizatório em R$10.000,00, considerando suas funções ressarcitória e punitiva. Juros de mora que devem incidir a partir da citação da ré. Súmula 54 do STJ. Recurso da autora provido. Recuso da ré improvido.*" **(Apelação Cível nº 1000898-75.2019.8.26.0019, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 09/06/2021).**

"*Compromisso de compra e venda. Atraso injustificado na entrega do imóvel. Mora configurada e sequer controvertida pela ré. Indenização material, pela privação da coisa, devida e adequadamente arbitrada, em 0,5% do valor do contrato, por mês de atraso. Incidência do IGPM durante o período de atraso corretamente deliberada. Inexistência de juros moratórios. Danos morais devidos e bem arbitrados. Sentença mantida. Recurso desprovido.*" **(Apelação Cível nº 1025713-30.2018.8.26.0001, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 29/03/2021).**

Assim, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, notadamente a condição econômica das partes, o tempo de atraso e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da norma do artigo 944 *caput* do Código Civil, fica a referida indenização fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme valor proposto pelo autor.

A referida quantia deverá ser corrigida monetariamente a partir da data deste julgamento e acrescida de juros moratórios desde a data da citação por se tratar de responsabilidade contratual.

Por fim, também tem razão o autor ao se insurgir contra a base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais, não estando configuradas as hipóteses do § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil. Na verdade, a sentença possui *nítido* conteúdo condenatório, incidindo na espécie a regra geral do § 2º do mesmo dispositivo.

Destarte, considerando o resultado deste julgamento, que torna a sucumbência exclusiva da ré, bem como o trabalho adicional dos advogados dos autores em fase recursal (*ex vi* do § 11 do mesmo artigo 85 do Código de Processo Civil), fica a ré condenada ao pagamento da integralidade das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DOU PRO-**

Acesso ao Sumário

VIMENTO ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004088-79.2021.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante LUZIA DA SILVA BARROS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, converteram o julgamento em diligência", de conformidade com o voto da Relatora designada, que integra este acórdão, vencido, declara voto o relator sorteado. **(Voto nº18282)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH, vencedor, PEDRO KODAMA (Presidente), vencido, PEDRO KODAMA (Presidente), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 26 de outubro de 2021.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora Designada

Ementa: Apelação- Cartão de Crédito- Alegação de falsidade na assinatura- Prova pericial grafotécnica deve ser realizada- Conversão do Julgamento em Diligência- Retorno dos autos à vara de origem para nomeação de perito pelo i. magistrado e realização da prova pericial grafotécnica nas assinaturas dos contratos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adoto o Relatório do eminente Desembargador Relator *Dr. Pedro Kodama*, no entanto, com alteração do resultado, entendo, com a devida vênia, apresentar a declaração que segue.

Colhe-se dos autos, que a autora, ora apelante, ingressou com ação contra o apelado, alegando em síntese que jamais pactuou o contrato de cartão de crédito consignado descrito na inicial, cujas parcelas estão sendo debitadas em seus proventos. Assim, requer a declaração de inexistência da relação jurídica e a condenação em danos materiais e morais (fls. 01/10). Juntou documentos (fls. 11/15).

A Autora insiste no pedido de realização de prova pericial grafotécnica.

O i. Relator, entende que não há indícios de fraude; que a contratação estaria demonstrada, razão pela qual, manteve a r. sentença de improcedência da ação.

No sentir desta magistrada, as assinaturas apostas nos documentos e procuração, não guardam a necessária semelhante, para o descarte da prova pericial grafotécnica.

Nessa ordem, entendo que o julgamento deve ser **CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA**, com o retorno dos autos à vara de origem, para que o i. magistrado nomeie "expert", para realização da perícia grafotécnica nos documentos acostados nos autos, que colheram a assinatura da autora (procuração e contratos). Custas da perícia, pelo apelado, nos termos do art.429, inciso II do CPC.

Ante ao exposto, **CONVERTO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA**, nos termos da determinação acima.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 22880)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls.182/187, cujo relatório adoto em complemento, que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação declaratória com pedido de obrigação de fazer e pagamento de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Luiza da Silva Barros contra Banco Bradesco S/A. A autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade concedida.

Inconformada, apela a autora defendendo a anulação da r. sentença, em decorrência do cerceamento de defesa, tendo em vista que a não produção da prova grafotécnica para verificação da autenticidade da assinatura constante no contrato apresentado pelo réu. Menciona que a realização da perícia grafotécnica se mostra imprescindível para que se componha adequadamente a lide, pois a questão central discutida nos autos corresponde à existência de efetiva contratação do empréstimo pela autora com o réu. Ressalta que a falta de exaurimento da fase de instrução processual com o impedimento do pedido de produção da prova pericial, viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, CF/88. Acrescenta que a instituição financeira deve apresentar as vias originais dos contratos para a realização da perícia. Defende a devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados e a condenação da parte contrária ao pagamento de indenização por danos morais. Pugna pelo provimento do recurso (fls. 285/297).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e sem preparo, anotada a gratuidade concedida à autora.

O réu apresentou contrarrazões requerendo a manutenção da r. sentença (fls. 202/214).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o Relatório.

Versa o feito sobre declaratória com pedido de obrigação de fazer e pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Divirjo do entendimento da Douta Maioria, conduzido pelo voto do Exma. 2ª Desembargadora, Dra. Ana Catarina Strauch, a despeito do brilhantismo das razões expostas, no tocante à conversão do julgamento em diligência.

A r. sentença apelada deveria ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso.

Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

Alega a autora na inicial que não pactuou o contrato de cartão de crédito consignado descrito na inicial, cujas parcelas estão sendo debitadas em seus proventos. Assim, requer a declaração de inexistência da relação jurídica e a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

O julgamento antecipado não implicou cerceamento de defesa. Todas as questões apresentadas independem de produção de outras provas, já que aquelas produzidas nos autos são suficientes para o deslinde do feito.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado (RE nº 101.171-8/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK).

Veja-se, no mesmo sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (4ª Turma, Resp 2.832 - RJ, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 14.8.90 - DJU 17.9.90, p. 9.513).

Ademais, consoante o disposto no art. 139 do CPC/15, cabe ao Juiz a direção do processo, devendo determinar as provas necessárias (art. 370 do CPC). E é firme a jurisprudência no sentido de que o juiz tem o poder-dever de indeferir a produção de provas inúteis ou quando os elementos constantes dos autos já permitirem o seu julgamento:

> "*... Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental*

Acesso ao Sumário

é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide..." (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 738.889/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 160).

Esta C. Câmara decidiu no mesmo sentido:

"*...PROCESSUAL CIVIL - NULIDADE DA SENTENÇA - CERCEAMENTO DE DEFESA - Alegação de julgamento antecipado da lide e de que há necessidade de realização de perícia contábil. NÃO OCORRÊNCIA: A prova pericial é desnecessária para a solução da lide. A questão permite o julgamento antecipado da lide e os documentos trazidos são suficientes para esclarecer os fatos e as questões de direito*" (Apelação nº 0005199- 68.2012.8.26.0297, Relator ISRAEL GÓES DOS ANJOS, j. 29.1.13).

Verifica-se que não estão presentes no caso *sub judice* indícios de fraude na realização do contrato entre as partes. Isto porque a autora em réplica não impugnou de forma específica a assinatura constante no contrato apresentado pelo réu, tanto que se insurge em relação aos encargos contratuais, chegando até mesmo afirmar que foi induzida a erro na celebração do contrato.

Além disso, a autora não é enfática ao afirmar não ser sua a assinatura, mas sim, requer a produção de prova pericial grafotécnica, tendo em vista a existência de "*dúvida ou insegurança na análise das assinaturas*" (fls.169)

Desta forma, não se mostra necessária para o deslinde da demanda a produção da prova pericial grafotécnica, devendo ser observado o previsto no artigo 464, §1º, II, do Código de Processo Civil.

Em caso semelhante, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"*RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – MATERIA PRELIMINAR. Alegação de cerceamento de defesa. Não realização de perícia grafotécnica sob a alegação de falsidade da assinatura constante do contrato questionado. Inexistência de indícios de fraude. Livre convencimento motivado do magistrado. Comprovação do contrato firmado entre as partes. Há nos autos documentação necessária no sentido de comprovar o inadimplemento contratual com o não pagamento das parcelas do financiamento. Produção de outras provas. Descabimento. Matéria prejudicial repelida.*

RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. Inadimplemento da obrigação constatado. Mora da devedora fiduciante demonstrada. Mora caracterizada. Ação julgada procedente. Sentença mantida. Recurso de

Acesso ao Sumário

apelação do requerido não provido, majorada a verba honorária sucumbencial da parte adversa com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil." (Apelação n 1000577-40.2019.8.26.0019, Relator(a): Marcondes D'Angelo, Comarca: Americana, Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 02/07/2020)

Desta forma, não há que se falar em cerceamento de defesa.

A autora concordou com o contrato que deu origem ao débito objeto da lide (fls.143/146), bem como, são claras todas as cláusulas nele constantes, inclusive sobre a contratação de cartão de crédito.

Ou seja, tendo em vista que a autora concordou com a aquisição do cartão de crédito, inadmissível que ele somente tenha validade se utilizado para outras transações. Confira-se:

"*Apelação. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica, com pretensão à repetição do indébito em dobro, readequação/conversão do empréstimo de RMC para empréstimo consignado puro e indenização por danos morais. Subsidiariamente, pretendia a declaração de abusividade dos juros, com adoção de juros de 1% ao mês ou aplicação da taxa média de juros de mercado utilizada em empréstimo consignado. Sentença de improcedência mantida. Termo de adesão assinado pelo autor. Vício de consentimento não demonstrado. Regularidade da contratação. Desnecessária a utilização do cartão para validação do contrato. Numerário disponibilizado para saque (fl. 118). Facultado ao autor a utilização ou não do cartão de crédito contratado com taxa de juros aquém das praticadas em operações típicas mercado. Descontos pertinentes. Inexistência de prática de ato ilícito. Contrato legal e exigível. Não ocorrência de dano moral. Precedentes. Recurso Desprovido*" (Apelação nº 1002210-58.2017.8.26.0439, Relator(a): ELÓI ESTEVÃO TROLY, Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 06/06/2018 - grifei)

Outrossim, importante consignar que a disponibilização do crédito à autora não foi negada nos autos.

Ressalte-se, ainda, que pela análise do documento de fls.15, a autora já havia realizado outros contratos de empréstimos bancários, não sendo crível ser pessoa inexperiente com relação a esse tipo de ajuste.

Desta forma, infere-se que o contrato é hígido e foi regularmente celebrado por pessoa maior e capaz, não havendo qualquer nulidade, já que não restou comprovado o alegado vício de consentimento.

Em casos semelhantes, decidiu esta C. Câmara:

"*APELAÇÃO - 'AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA DE URGÊNCIA C/C*

DANO MORAL' - Cartão de Crédito - Reserva de Margem Consignável (RMC) - Autora celebrou, com a instituição financeira ré, contrato para desconto em benefício previdenciário, que prevê a constituição de reserva de margem consignável, para pagamento do valor mínimo da fatura do cartão de crédito - Autora alegou desconhecer que o empréstimo seria na modalidade de cartão de crédito - Sentença de improcedência - Insurgência recursal da autora - Prova do fato impeditivo do alegado direito da autora (art. 373, II, do CPC)- Contratação comprovada Ausência de vício de consentimento - Danos morais não caracterizados - Sentença mantida RECURSO DESPROVIDO." (Apelação nº 1006211-03.2018.8.26.0132, Relator(a): Ana Catarina Strauch, Comarca: Catanduva, Data do julgamento: 09/01/2020).

"*BANCÁRIOS - Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c repetição de indébito e indenização por danos morais - Sentença de improcedência - Cartão de crédito consignado com autorização para desconto em benefício previdenciário (RMC) - Alegação de abusividade na contratação por ausência de informação - Pretensão de cartão de crédito e não de empréstimo consignado - Documentação exibida pelo Banco que demonstra contratação e utilização do cartão para compras - Vício de vontade não caracterizado - Sentença mantida - Recurso desprovido, e majorados os honorários advocatícios (NCPC, art. 85, §11), observada gratuidade e a condição suspensiva do NCPC, art. 98, §3º*" (Apelação nº 1018296-38.2018.8.26.0482, Relator(a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, Comarca: Presidente Prudente, Data do julgamento: 28/11/2019).

"*APELAÇÃO - CONSUMIDOR - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CARTÃO DE CRÉDITO - Pretensão da autora de reformar sentença que não reconheceu o pleito de inexistência de débito na forma cobrada pelo réu - Descabimento - Contrato de cartão de crédito firmado pelas partes - Débitos efetuados segundo a contratação de RMC (Reserva de Margem Consignável) - Ausência de prova de vício de consentimento ao firmar contrato para recebimento do valor do crédito disponibilizado - Juros não fixados especificamente no contrato - Ausência de potestividade - Cuidando-se de contrato de cartão de crédito são variáveis as taxas de juros sem que isso implique ofensa às disposições do CDC, na esteira do entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça - Natureza do contrato que impossibilita a prefixação dos encargos. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO*" (Apelação 1002729-71.2017.8.26.0297, 37ª Câmara de Direito Privado, Relator SERGIO GOMES, j. 12.9.17).

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, também não há se falar em repetição de indébito ou indenização por danos morais, haja vista que não houve qualquer prática de ato ilícito pelo réu, mas tão somente o exercício do seu regular direito de credor.

Destarte, o recurso de apelação deveria ser desprovido, mantendo-se a r. sentença apelada pelos seus próprios fundamentos e pelos ora acrescentados.

Outrossim, cabível a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 11, do novo 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*".

Os honorários advocatícios foram arbitrados na r. sentença, em razão da sucumbência da autora em 10% do valor da causa (vc = R$ 10.093,70- fls.10). Assim, elevava os seus honorários para 15% do valor da causa atualizado, observada a gratuidade concedida.

O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Ante o exposto, pelo meu voto, negava provimento ao recurso.

PEDRO KODAMA, Relator Sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016639-88.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SÍTIO FORTALEZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado DAVID ALEXANDRE KATSUKI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27605)**

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

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA - SENTENÇA PROCEDENTE - INCONFORMISMO DAS RÉS - CLAUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA ENTREGA EM 4 ANOS - CONTRATO CELEBRADO EM 2012, SEM NOTÍCIA DE CONCLUSÃO DAS OBRAS DO LOTEAMENTO - MÍDIA JUNTADA AOS AUTOS QUE COMPROVA A PROMESSA DE ENTREGA DO LOTE EM DOIS ANOS - FALHA DO DEVER DE INFORMAÇÃO - PROPAGANDA ENGANOSA - AUSÊNCIA DE NOTÍCIA DE CONCLUSÃO DAS OBRAS DE INFRAESTRUTURA - TERMO DE VERIFICAÇÃO DE OBRAS PARCIAL, QUE NÃO COMPROVA A CONCLUSÃO DAS OBRAS DE INFRAESTRUTURA NO LOTEAMENTO - DOCUMENTO EMITIDO PELA PREFEITURA EM 2019, QUE NOTICIA AUSÊNCIA DE CONCLUSÃO DAS OBRAS - ATRASO CONFIGURADO POR CULPA DA RÉ - PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE NÃO AFASTA A NATUREZA DA RELAÇÃO DE CONSUMO - CONTRATO CELEBRADO EM 2012 - IRRETROATIVIDADE DA LEI 13.768/2018 - DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO VALOR PAGO - RESCISÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA - CABÍVEL DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO PREÇO PAGO - PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO MOTIVADO PELO INADIMPLEMENTO DAS VENDEDORAS - JUROS QUE INCIDEM A PARTIR DA CITAÇÃO - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO - NULIDADE DA CLÁUSULA QUE IMPUTA AO COMPRADOR A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO ANTES DA ENTREGA DO LOTE - A AUSÊNCIA DE FINALIZAÇÃO DA OBRA DEMONSTRA QUE O AUTOR NÃO ESTAVA NA POSSE DO BEM - TAXA DE COBRANÇA DE SEGURO - AUSÊNCIA DE PROVA DA CONTRATAÇÃO - COBRANÇA INDEVIDA - IMPOSSIBILIDADE DE USUFRUIR DA COISA - LUCROS CESSANTES DEVIDOS. SÚMULA 162 DO TJ. SENTENÇA FIXOU O VALOR EM 0,5 % DO VALOR DO CONTRATO ATUALIZADO - CRITÉRIO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL

Acesso ao Sumário

-DANO MORAL DECORRENTE DE COBRANÇA INDEVIDA E ATRASO NA ENTREGA - INOCORRÊNCIA - MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO GERA DANO MORAL - INDENIZAÇÃO AFASTADA - DADO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO

VOTO

A sentença a fls. 482/494, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente o pedido para rescindir o contrato celebrado entre as partes e declarar nulas as taxas de administração e taxa de seguro, bem como condenar as rés a devolução integral dos valores desembolsados pelo autor, a título de parcelas contratuais, IPTU, ITBI, taxa de administração e seguro; além de indenização por dano moral arbitrada em R$ 10.000,00 e lucros cessantes, fixados em 0,5% por mês, calculado sobre o valor corrigido do contrato; com improcedência dos pedidos de aplicação de multa prevista na cláusula 5 do contrato, de nulidade das cláusulas dos juros remuneratórios e de devolução dos valores cobrados a título de comissão de corretagem e taxa SATI, em razão da prescrição.

Apela a corré SP20 Empreendimentos Imobiliários, em recuperação judicial, a fls. 497/515, requerendo a gratuidade processual.

Afirma que todas as obras de infraestrutura prevista no contrato foram concluídas dentro do prazo de 4 anos, determinado em lei, tanto que a Prefeitura expediu o competente Termo de Vistoria Parcial em 29/01/2016 e em dezembro, o TVO final, possibilitando o início da construção.

Diz que há disposição legal no sentido de que o prazo para execução das obras se inicia a partir do registro do loteamento na matrícula e este teria ocorrido em 27/04/2012 e por isso o prazo expiraria em 27/04/2016. Acrescenta que o autor teria ingressado coma a ação em 2020, muito tempo após a emissão do TVO, o que configuraria litigância de má fé.

Menciona que as construções só poderiam iniciar após a emissão do TVO e este já teria sido expedido, sendo ato exclusivo da Prefeitura, sem gerência da apelante.

Diz que o contrato foi celebrado nos termos da Lei nº 9.514/97 e o bem foi dado em garantia da dívida, em alienação fiduciária, o que impediria a rescisão do contrato. Pede a improcedência do pedido.

Subsidiariamente, pede a retenção de 30% dos valores pagos diante da desistência imotivada do autor, excluindo-se as despesas com custas e emolumentos cartorários.

Sustenta a obrigatoriedade do autor em relação aos débitos de taxas associativas, tarifas de consumo, emolumentos e ITBI.

Acesso ao Sumário

Afirma que o apelado teria recebido a posse do imóvel e por isso cabível o pagamento da taxa associativa.

Insurge-se contra a condenação ao pagamento de taxa de fruição, por se tratar de lote de terreno não edificado, que não produz renda de aluguel e por isso não justifica a condenação ao pagamento de lucros cessantes. Acrescenta que os danos materiais não restaram comprovados.

Questiona o dano moral.

Pede a improcedência do pedido e, subsidiariamente, a retenção de 30% dos valores pagos diante da desistência imotivada do autor.

Apela a corré Sítio Fortaleza Empreendimentos, a fls. 660/689, apontando a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor porque a Lei nº 9.514/97 prevaleceria sobre o código consumerista.

Aponta impossibilidade de rescisão do contrato, diante do pacto de alienação fiduciária, devendo ser observado o procedimento da Lei nº 9.514/97.

Nega o descumprimento contratual porque o prazo para conclusão das obras seria de 4 anos e o vídeo produzido não pode ser considerado como prova de que houve promessa de que os imóveis seriam entreguem em até dois anos.

Diz que o TVO parcial foi expedido pela Prefeitura em fevereiro de 2016, estando ciente o autor. Nega o inadimplemento contratual e insurge-se contra a devolução de valores pagos a título de IPTU diante da expressa previsão contratual.

Aponta impossibilidade de restituição das parcelas pagas quando a rescisão do contrato ocorre por iniciativa do adquirente e refere a possibilidade de retenção de 25% dos valores pagos, nos termos da lei do distrato. Entende que a restituição deve se limitar a 75% dos valores pagos, autorizando a retenção de acordo com o entendimento da jurisprudência e legislação vigente.

Insurge-se contra a incidência de juros antes do trânsito em julgado da sentença, bem como contra a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

Questiona o dano moral e, subsidiariamente pede a redução do valor arbitrado.

Pede o afastamento do CDC ou afastamento das condenações impostas. Alternativamente, pede a retenção de 25% do valor pago. No caso de manutenção da rescisão, pede que os juros incidam a partir do trânsito em julgado. Pede o afastamento da condenação a título de indenização por lucros cessantes e dano moral. Subsidiariamente, pede a redução do valor fixado a título de dano moral.

Ausente contrarrazões, conforme certidão a fls. 697.

É o relatório.

Defiro a gratuidade processual à corré, em recuperação judicial, diante

Acesso ao Sumário

dos documentos juntados aos autos a fls. 516 e seguintes.

As partes celebraram Contrato Particular de Escritura de Compra e Venda de imóvel, com pacto de Alienação Fiduciária em garantia do Lote 14 da quadra 03 do Loteamento Jardim Nazaré I, em 30/04/2012, a fls. 54/76.

A existência de pacto de adjeto de alienação fiduciária não impede a resolução do contrato, porque a credora se confunde com a fornecedora, conforme se observa dos contratos a fls. 13 e seguintes.

Mesmo porque, a relação jurídica entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 53 dispõe sobre a nulidade de cláusulas que estabeleçam a perda das prestações pagas, inclusive no caso de alienação fiduciária em garantia.

Em caso análogo, esta Colenda Câmara, em acórdão relatado pelo eminente Des. ALEXANDRE COELHO, decidiu no mesmo sentido, cujos fundamentos, porque pertinentes, são integralmente adotados: *"*[...] *E a aquisição por meio de contrato com cláusula resolutiva de alienação fiduciária não impede a incidência dessas regras ou a rescisão contratual em decorrência do inadimplemento da loteadora na sua obrigação de entregar o empreendimento no prazo prometido.*

A mera existência de condição resolutiva em contrato de compra e venda com alienação fiduciária em garantia e mesmo a existência de cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade não impedem que o adquirente pleiteie o desfazimento do negócio, em razão da não entrega do empreendimento no prazo combinado, com base na lei civil e no Código de Defesa do Consumidor, pois a lei especial não afasta a legislação consumerista naquilo que é aplicável." (Apelação nº 1002162-06.2017.8.26.0082)

E ainda, nesse sentido:

Apelação Cível nº 1000286-50.2016.8.26.0082 "Compra e venda de imóvel - Pacto de alienação fiduciária que não afasta a natureza da relação de consumo - Rescisão contratual - Partes que devem voltar ao estado anterior - Devolução dos valores pagos, com retenção de 20%, como indenização pelas perdas e danos decorrentes do desfazimento do negócio - Compradores que jamais tiveram a posse do imóvel - Recurso improvido." (Rel. EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, julg. em 13/12/2018)

Daí, decorre a necessidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, eis que a natureza do negócio jurídico celebrado entre as partes é de compromisso de compra e venda no qual o vendedor constitui sociedade com o objetivo de comercializar imóvel e o comprador o adquire como destinatário final, nos termos dos artigos 2º e 3º, do CDC.

O autor aponta descumprimento contratual, diante da promessa de entrega no prazo de dois anos. Afirma que a cláusula teria sido redigida de forma

Acesso ao Sumário

dúbia e com malícia, que pretendia casar-se e residir no imóvel. Aponta atraso na entrega do lote, uma vez que o TVO definitivo não teria sido pleiteado pelas rés, e que obras básicas sequer teriam sido concluídas (quiosques, playground, praças, pistas de skate).

A cláusula "E" do contrato celebrado entre as partes dispõe que o lote deveria ser entregue no prazo de 48 meses, de acordo com a Lei nº 6.766/79, a fls. 57.

Contudo, a mídia digital juntada aos autos demonstra claramente a existência de propaganda do empreendimento, com diversos depoimentos de compradores dos lotes, afirmando que houve a promessa no sentido de que os lotes seriam entregues em até dois anos.

Demonstrada, assim, a veiculação de propaganda enganosa, em violação aos termos do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor. Mesmo porque, as rés se comprometeram a entregar o loteamento com infraestrutura completa, com praça de convívio, praça de eventos, três quiosques, paisagismo, playground e mesas de jogos, conforme folheto informativo a fls. 83.

Nesse sentido, a Prefeitura Municipal emitiu nota em 13/08/2019, a fls. 419, na qual informa que houve conclusão quase na totalidade das obras previstas (item a), e que não houve emissão do Termo de Verificação Final de Obras do loteamento, e que, expedidos os termos parciais de verificação, ficaram excluídos todos os lotes da quadra 05, lotes 19 a 23 da quadra 12, lotes 1, 2, 3 e 7 a 11 da quadra 15, não havendo nenhuma liberação dos lotes hipotecados em favor da Municipalidade.

Ainda: a declaração emitida pela Prefeitura e 29/01/2016, a fls. 359, informa que as obras de infraestrutura foram concluídas, ficando liberado para que as unidades residenciais requeiram alvará de construção, condicionado o habite-se destas unidades à conclusão de obras de infraestrutura do loteamento, quando da expedição do TVO final.

Conclui-se, assim, que as obras de infraestrutura do loteamento não estavam concluídas. Assim, o TVO parcial não significa conclusão de todas as obras de infraestrutura do loteamento, com as quais se obrigaram as rés contratualmente.

No mesmo sentido, o Termo de Verificação de Obras Parcial expedido em 27/12/2016, a fls. 360, não se presta a comprovar a conclusão final das obras de infraestrutura do loteamento.

De qualquer forma, o atraso restou configurado, porque até a presente data não foi apresentado o Termo de Verificação de Obras final.

Considerando que o lote deveria ter sido entregue em 2014 e até a presente data não há notícia de que as obras de infraestrutura do loteamento foram concluídas, restou configurado o atraso na entrega do imóvel.

Acesso ao Sumário

E uma vez constatada a culpa das rés no atraso da entrega do bem, cabível a restituição integral dos valores pagos.

Mesmo porque, não merece acolhida a manifestação das apelantes pela aplicação da Lei 13.786/2018 (Lei do Distrato) ao caso concreto, eis que o contrato foi celebrado antes de sua vigência, filiando-se esta Turma Julgadora ao entendimento da irretroatividade do referido diploma legal. Vale dizer, somente se aplica aos contratos firmados na sua vigência.

Com relação aos juros de mora, estes incidem a partir da citação, visto que o pedido de rescisão do contrato foi motivado pelo inadimplemento das vendedoras, de modo que é incabível a aplicação dos juros de mora a partir do trânsito em julgado.

O princípio da autonomia de vontade não ostenta mais o caráter absoluto, além de outros que restaram introduzidos com a reforma constitucional e, depois, com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Exige a nova ordem positiva que as partes atuem com boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e, principalmente a ausência de onerosidade excessiva.

Nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, considera-se abusivas as cláusulas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Assim, com relação à cobrança de taxa de administração e seguro, não assiste razão às apelantes.

É verdadeiro que a cláusula 15ª do contrato prevê a cobrança de taxa de administração. Porém, cumpre às rés arcar com as despesas enquanto o imóvel não for transferido para a posse do adquirente, sob pena de haver enriquecimento ilícito, sendo irrelevante que o comprador tenha assinado contrato assumindo a responsabilidade pelos pagamentos desde a data da assinatura do contrato. A falta de infraestrutura do loteamento demonstra que o comprador estava impedido de usufruir do lote, o que afasta a alegação de que desde a celebração do contrato o comprador estava na posse do imóvel.

Acesso ao Sumário

Com relação à cobrança de seguro, não restou demonstrada sua contratação diante da ausência da juntada de apólice, de modo que sua cobrança é mesmo indevida.

Por isso, cabível a devolução dos valores pagos nesse sentido.

Dispõe o artigo 475 do CC, "A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos."

Os lucros cessantes correspondem, ainda que o imóvel não viesse a ser dado em locação, ao aluguel que o comprador auferiria da coisa, durante o período do inadimplemento da vendedora. Porque, de outra forma, o dinheiro re-

ferente ao preço estaria disponível para ele e também renderia frutos civis. Isso porque o autor foi privado do bem durante o atraso na entrega.

É de rigor a condenação da ré no pagamento de aluguéis ou lucros cessantes, pelo atraso na entrega do lote, o que impossibilitou que o autor iniciasse a construção de sua moradia.

Neste sentido, a Súmula editada por este Tribunal:

"*Súmula 162: Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.*"

Portanto, desnecessária a prova do prejuízo suportado pelo autor, que é presumido, nos termos da Súmula mencionada.

Assim, conforme adotado por esta Câmara, correto o percentual de 0,5% sobre o valor corrigido do contrato, por mês de atraso, acrescido de correção dos respectivos meses e juros de mora da citação.

Com relação ao dano moral, não se duvida da expectativa que é usufruir do imóvel adquirido, e da frustração ao não vê-la concretizada no prazo previsto, todavia, não se trata de hipótese que caracterize extremo desgaste psicológico que deva ser compensado monetariamente.

Certo é que qualquer obrigação pode ser descumprida, assim o contrato prevê hipóteses de mora e inadimplemento e, na sua falta, a justiça estabelece os respectivos consectários.

Assim, não se pode afirmar que, diante da possibilidade de descumprimento do contrato, possa haver reação de extremo desgaste psicológico e dissabor, a caracterizar-se o dano moral.

O dano moral exige a ocorrência de ato ilícito e prejuízo como dispõe o artigo 186 do Código Civil. Conforme entendimento reiterado na doutrina e jurisprudência, o descumprimento de contrato não constitui ato ilícito na forma do artigo 186 do Código Civil.

No presente caso, o pedido de indenização está fundamentado nos sentimentos de angústias, frustrações, cobranças indevidas, insuficiente para configurar o dano moral.

Ante o exposto, **dou provimento parcial** ao recurso para afastar a condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Em razão da interposição de recurso, majoro os honorários de advogado da parte autora em R$ 7.000,00 e da parte ré em R$ 3.500,00. observada a gratuidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033296-92.2020.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante IRANCIR ANTONIO SATURNINO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.027)**

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

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação revisional com repetição de indébito. Preliminar afastada. Contrato de empréstimo pessoal. Prescrição trienal afastada. Prescrição, in casu, é decenal. Devolução simples dos valores pagos a maior, acrescidos apenas de correção monetária, pelos índices da tabela prática deste Tribunal, do desembolso e juros de mora de 1% ao mês da citação, facultada a compensação, se o caso. Inversão da sucumbência. Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente em parte a ação, nos seguintes termos "*reconheço o excesso da cobrança da taxa de juros do contrato de empréstimo no 28750014746 (fls. 46/50) e determino sua readequação, para que seja observada a taxa de 6,03% ao mês. Em razão da sucumbência mínima do réu, o autor pagará as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios do patrono do réu, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no art. 85, §2º do Código de Processo Civil, observada a regra do art. 98, §3º, do mesmo diploma*", fl. 88.

Recorre o autor.

Sustenta, em resumo, ocorrência de prescrição decenal e não trienal, como reconhecido na sentença e "*repetição do indébito, por valor igual ao dobro do*

Acesso ao Sumário

que a parte apelada cobrou indevidamente, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora à proporção de 1% ao mês desde a data do desembolso, bem como dos juros remuneratórios previstos no contrato de financiamento"; por fim, quer a reforma da decisão "*para declarar a inocorrência da prescrição trienal, julgando totalmente procedentes os pedidos formulados pela parte apelante, invertendo-se e majorando, ademais, o valor fixado a título de honorários advocatícios*".

Em juízo de admissibilidade, verifica- se que o recurso é tempestivo e foi regularmente processado, dispensado o preparo (fls. 15 e 79/ 80), com resposta, fls. 96/112.

É o relatório.

Afasta-se a preliminar de não conhecimento do apelo arguida pela ré nas contrarrazões, fls. 98/101.

Isto porque as razões recursais atendem suficientemente o disposto no art. 1.010, do CPC, trazendo a exposição dos fatos e do direito, bem como combatendo os argumentos da sentença vergastada, com pedido de nova decisão, devolvendo o tema ao Tribunal.

Passa-se à análise do recurso.

Cuida-se de ação revisional com repetição de indébito envolvendo contrato de empréstimo pessoal, n. 028750014746, firmado em 17/12/2014 (fls. 46/50).

A sentença foi de parcial procedência para reconhecer o excesso da cobrança da taxa de juros contratada e determinar sua readequação, para que seja observada a taxa de 6,03% ao mês. Porém, entendeu o juízo *a quo* pela prescrição trienal e, por conseguinte, pela "*prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas*", fls. 84/88.

A irresignação é exclusiva do autor e prospera em parte.

In casu, aplica-se o prazo prescricional previsto no art. 205, *caput*, do CC ("*A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.*"), pois a presente ação visa à revisão do contrato, com limitação dos juros à taxa média de mercado, bem com a repetição do indébito em dobro e, não exatamente "*ressarcimento de enriquecimento sem causa*" ou "*reparação civil*", o que afasta a incidência do art. 206, § 3 º, IV e V.

Nesta linha, a jurisprudência:

"*[...] 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o prazo prescricional para as ações revisionais de contrato bancário, nas quais se pede o reconhecimento da existência de cláusulas contratuais abusivas e a consequente restituição das quantias pagas a maior, é vintenário (sob a égide do Código Civil de 1916) ou decenal (na vigência do Código Civil de 2002), por-*

Acesso ao Sumário

quanto fundadas em direito pessoal. Incidência da Súmula 83 STJ. 2. Agravo interno desprovido." (STJ, AgInt no AREsp 1678611/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2020 , DJe 23/11/2020).

E ainda, desta Câmara:

"*REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - Empréstimo pessoal - Alegação de juros abusivos - Parcial procedência - Inconformismo -* ***Alegação de prescrição afastada - Prazo decenal -*** *Presença dos requisitos legais para a propositura da ação - Afastada a arguição de inépcia da inicial - Aplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (Súmula 297 do STJ) - Pretensão de que seja afastada a abusividade da cobrança de juros excessivos acolhida - Caracterizada a abusividade da taxa cobrada que deve ser reduzida ao percentual médio de mercado para o mês da contratação dos empréstimos - Matéria decidida em consonância com o Recurso Especial n. º 108.240-RS - Aplicação da regra prevista no art.85, §11, do CPC - Sentença mantida - Recurso não provido.*" (TJ/ SP; Apelação Cível 1008388-31.2020.8.26.0079; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 16/07/2021).

"*Ação revisional de contratos de empréstimos pessoais -* ***Prescrição - Inocorrência - Ação de caráter pessoal cujo prazo prescricional é decenal (art. 205 do CC) - Precedentes do STJ -*** *Alegação de cobrança de juros remuneratórios abusivos em percentuais superiores às taxas médias de mercado divulgadas pelo BACEN - Jurisprudência do STJ no sentido de que as taxas de juros aplicadas podem ser consideradas abusivas se destoarem da taxa média de mercado, sem que as peculiaridades do negócio os justifiquem (REsp n. 1.061.530/RS) - Abusividade dos juros remuneratórios verificada no caso - Readequação dos juros remuneratórios às taxas de mercado para mesmas espécies dos contratos, divulgadas pelo BACEN às épocas das contrações - Repetição dos valores cobrados a maior, de forma simples [...] Recurso negado*" (TJ/SP; Apelação Cível 1000406-88.2021.8.26.0318; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13 ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 11/06/2021).

Acesso ao Sumário

Deste modo, celebrado o contrato em 17/12/2014, com vencimento da última parcela em 03/12/2015 e ajuizada a ação em 01/12/2020, não há falar-se em prescrição.

Superada a questão da prescrição e considerando-se a ausência de irresignação da ré, fica mantido o reconhecimento do excesso da cobrança da taxa de juros contratada, com determinação de readequação, para que seja observada a taxa de 6, 03% ao mês (taxa média), tal como determinado na sentença.

Sendo, de rigor, a condenação da Financeira-ré à repetição do indébito de forma simples e não dobrada, facultada a compensação, se o caso.

Iterativa a jurisprudência do e. STJ no sentido de que a repetição em do-

bro depende da má-fé do credor, o que, no caso concreto, não está evidenciada.

Confira- se: "*[...] IV - A respeito da indicação de contrariedade ao art. 42, parágrafo único, do CDC, o Tribunal a quo, na fundamentação do decisum, assim firmou entendimento (fls. 143): 'Em tal cenário, deve prevalecer a parte final do disposto no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, segundo quem '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'.' V -* ***Relativamente à questão de restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente, é forçoso destacar que esta Corte Superior firmou entendimento de que, para se determinar a repetição do indébito em dobro, deve estar comprovada a má- fé do fornecedor do produto ou serviço.*** *[...]*" (AgInt no REsp 1433215 /SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 10/12/2020).

A cobrança dos juros estava pautada em instrumento contratual que só veio ser revisado em juízo ante o abuso constatado. O autor não foi ludibriado, o pacto era expresso quanto à taxa de juros.

Nesta linha, a jurisprudência desta Câmara:

"*RECURSO - Apelação - Razões recursais que demonstram o interesse da autora na reforma da r. sentença, que impugnou seus fundamentos e postulou sua reforma - Ausência de violação do princípio da dialeticidade. CONTRATO BANCÁRIO - Empréstimo pessoal não consignado - Reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Juros remuneratórios - Demonstração da abusividade das taxas exigidas pela instituição financeira demandada - Possibilidade de revisão, tendo em vista a excessiva onerosidade ao consumidor - Redução para a taxa média divulgada pelo BACEN para o mês da contratação do empréstimo revisando - Matéria decidida em consonância com o Recurso Especial nº 108.240-RS -* ***Excesso na cobrança que deve ser restituído à demandante, de forma simples, autorizada a compensação com eventual saldo devedor*** *- Dever de indenizar afastado - Danos morais não configurados - Pactuação do contrato questionado pela autora de forma espontânea - Cobrança de valores com base no contrato vigente - Hipótese de mero aborrecimento não indenizável. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO PROVIDO EM PARTE*" (TJ/SP; Apelação Cível 1019532-02.2020.8.26.0564; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/09/2021).

"*Ação revisional de contrato bancário c.c. repetição de indébito - Contratos de empréstimo pessoal - Ação julgada improcedente - Juros remuneratórios - Alegação de cobrança em percentual superior à taxa média de mercado divulgada pelo BACEN - Jurisprudência do STJ no sentido de que 'Juros podem*

Acesso ao Sumário

ser considerados abusivos se destoarem da taxa média de mercado, sem que as peculiaridades do negócio os justifiquem, conclusão que, no entanto, depende de prova concreta' (REsp n. 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 10.3.2009) - Abusividade dos juros remuneratórios evidenciada - Limitação dos juros remuneratórios à taxa de mercado para mesma espécie de contrato divulgada pelo Banco Central do Brasil, na época das contratações - Recurso provido. ***Repetição em dobro dos valores injustificadamente descontados da conta corrente - Inadmissibilidade - Má-fé do réu não demonstrada - Jurisprudência do STJ - Caso de devolução de forma simples*** *- Recurso negado. Recurso provido em parte.*" (TJ/SP; Apelação Cível 1033465-79.2020.8.26.0196; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 29/09/2021).

"*APELAÇÃO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO [...] CONTRATO DE FINANCIAMENTO - RESTITUIÇÃO EM DOBRO - Pretensão de reforma da r. sentença, que julgou improcedente pedido de repetição de indébito - Cabimento parcial -* ***Hipótese em que há orientação firme do Eg. Superior Tribunal de Justiça de que a condenação à devolução em dobro é condicionada ao pagamento indevido e à existência de má- fé do credor, o que não ficou configurado no presente caso - Restituição simples que é devida*** *[...]*" (TJ/SP; Apelação Cível 1005614-96.2020.8.26.0024; Relator(a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/09/2021).

Inaplicável, portanto, a devolução em dobro pretendida.

Registre-se, outrossim, que não se desconhece a jurisprudência mais recente do e. STJ sobre o assunto, porém houve modulação de efeitos. Confira-se: "*[...] TESE FINAL 28. Com essas considerações, conhece-se dos Embargos de Divergência para, no mérito, fixar-se a seguinte tese: A REPETIÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC, É CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA, OU SEJA, DEVE OCORRER INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO ELEMENTO VOLITIVO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS 29.* ***Impõe- se MODULAR OS EFEITOS da presente decisão para que o entendimento aqui fixado - quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público - se aplique somente a cobranças realizadas após a data da publicação do presente acórdão.*** *[...]*" (EAREsp 600.663/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2020, DJe 30/03/2021).

Aqui, o contrato e a cobrança são anteriores à data de publicação do referido acórdão.

Acesso ao Sumário

Afasta-se também a pretensão de restituição do indébito acrescido dos "*juros remuneratórios previstos no contrato de financiamento*", pois em dissonância com a orientação do e. STJ. Veja-se:

"*[...] 5. Consonância do acórdão recorrido com o entendimento pacífico desta Corte no tocante à proibição de calcular o quantum do montante a ser devolvido ao correntista pelas mesmas taxas de juros praticadas pela instituição financeira. [...]*" (AgInt no AREsp 38.312/MG, Rel. Min. LÁZARO GUIMARÃES (Des. Convocado do TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018).

"*[...] 3. Na repetição do indébito, não se admite a incidência das mesmas taxas cobradas pelas instituições financeiras, cujas prerrogativas decorrem de sua inserção no sistema financeiro nacional, com regramentos específicos para cada operação financeira. 4. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de não ser cabível a incidência de juros remuneratórios à taxa contratada na repetição do indébito, cabendo tão somente juros de mora à taxa legal. [...]*" (AR 4.393/GO, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/03/2016, DJe 14/04/2016).

"*[...] 1.'Na repetição do indébito não se admite a incidência das mesmas taxas cobradas pelas instituições financeiras, cujas prerrogativas decorrem de sua inserção no sistema financeiro nacional e regramentos específicos para sua operação' (4ª Turma, AgRg no Ag 390.688/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 15.12.2010). [...]*" (AgRg no REsp 1226085/MG, Rel. Minª MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02 /02 /2016, DJe 05/02/2016).

"*[...] 2. Não se aplicam as mesmas taxas cobradas por estabelecimento bancário à restituição de valores indevidamente lançados a débito em conta de correntista, entendimento que também se aplica às ações revisionais c/c repetição de indébito. 3.O recebimento indevido de valores cobrados a maior pela instituição bancária implica a obrigação de devolver com o acréscimo apenas de juros legais e de correção monetária. [...]*" (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1316058/GO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 21/11/2013).

E ainda o REsp n. 1.552.434/GO, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 13/06/2018, DJe 21/06/2018, sob o rito dos repetitivos: "*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 968/STJ. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. MÚTUO FENERATÍCIO. CRÉDITO RURAL. ATUALIZAÇÃO PELOS ÍNDICES DA POUPANÇA. IPC/ BTNF DE MARÇO DE 1990. PLANO COLLOR I. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. I - DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: 1.1. Limitação da controvérsia à repetição de in-*

Acesso ao Sumário

*débito em contrato de mútuo feneratício celebrado com instituição financeira. 2 - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2. 1.**Tese aplicável a todo contrato de mútuo feneratício celebrado com instituição financeira mutuante: 'Descabimento da repetição do indébito com os mesmos encargos do contrato'**; 3 - CASO CONCRETO: 3 .1. Existência de afetação ao rito dos repetitivos da controvérsia sobre 'Ilegalidade da aplicação do IPC de março de 1990 (índice de 84,32%) na correção do saldo devedor' (Tema 653/STJ), tornando-se inviável o julgamento do caso concreto por esta SEÇÃO. 3.2 . Devolução dos autos ao órgão fracionário para julgamento do caso concreto, no momento oportuno. 4 - RECURSO ESPECIAL DEVOLVIDO À TURMA PARA JULGAMENTO DO CASO CONCRETO.*".

Sendo assim, o caso é devolução simples dos valores pagos a maior, acrescidos apenas de correção monetária, pelos índices da tabela prática deste Tribunal, do desembolso e juros de mora de 1% ao mês da citação, facultada a compensação, se o caso.

Ante o exposto, o meu voto dá provimento em parte ao recurso para afastar a prescrição e acrescer ao dispositivo da sentença a condenação da ré à devolução simples dos valores pagos a maior, nos termos da fundamentação; arcará a ré ainda com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados, por apreciação equitativa, em R$ 1 .000,00 (um mil reais), considerando os critérios legais e a remuneração condigna da advocacia, diante do decaimento mínimo do autor (art. 86 , parágrafo único, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000282-80.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada MARIA DOMINGAS DO NASCIMENTO BISPO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BAALBEK COOPERATIVA HABITACIONAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.122)**

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

São Paulo, 29 de outubro de 2021.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelações - Rescisão de contrato - Bem imóvel - Cooperativa - Relação de consumo configurada - Abusividade de cláusula que disciplina a restituição de valores para a hipótese de desistência - Ré que deu causa ao ajuizamento da demanda ao fixar cláusulas abusivas para a restituição dos valores pagos para a hipótese de desistência - Aplicação das Súmulas 01 e 02 desta Corte - Percentual de retenção de 10% que permite majoração para 20%, pois a rescisão se deu por desistência da autora - Honorários advocatícios - Afastamento dos percentuais previstos no artigo 85 § 2º do CPC, porque tornaria o valor excessivo, com enriquecimento ilícito de uma parte e prejuízo excessivo a outra - Fixação por equidade, com observação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença reformada em parte - Recursos parcialmente providos.

VOTO

1. Trata-se de apelações interpostas contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido em ação ajuizada por MARIA DOMINGAS DO NASCIMENTO BISPO em face de BAALBEK COOPERATIVA HABITACIONAL para declarar a nulidade do artigo VII, §§ 2º e 3º do Regimento Interno da Cooperativa e reconhecer a extinção da relação processual havida entre as partes a contar da sentença, e condenou a ré a restituir à autora os valores quitados, excluídas as quantias destinadas ao pagamento de seguro de vida, com retenção de 10% do valor a título de indenização pelas despesas administrativas, atribuindo à ré o ônus da sucumbência.

Apela a autora alegando: a) os honorários foram fixados de modo aviltante e; b) a hipótese de aplicação de honorários por equidade é subsidiária e autorizada na forma prevista no CPC. Requer o acolhimento do recurso para fixar os honorários nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC e, na hipótese de acolhimento, o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais.

Apela a ré alegando: a) o regime de cooperativa não está submetido aos ditames do Código de Defesa do Consumidor; b) a autora tinha ciência de que estava se associando a uma Cooperativa; c) não ser aplicável a Súmula 2 do TJSP, pois após a promulgação da Constituição de 1988 houve garantia às cooperativas de autonomia e autogestão; d) a culpa pela saída da cooperativa é da autora, não podendo prevalecer a restituição de 90% dos valores pagos, devendo a retenção ser majorada para 20% e; e) a sucumbência deve ser recíproca porque

Acesso ao Sumário

a autora deu causa ao ajuizamento da demanda.

Recursos contrarrazoados. (fls.484/501 e 503/519)

Não houve oposição ao julgamento virtual

É o relatório.

2. MARIA DOMINGAS DO NASCIMENTO BISPO ajuizou ação em face de BAALBECK COOPERATIVA HABITACIONAL visando a rescisão do contrato firmado entre as partes e a restituição dos valores pagos alegando, em resumo, que em dezembro de 2014 inscreveu-se no programa habitacional PROJETO HABITACIONAL BAALBEK CASA BÁSICO, no município de Mongaguá, com custo estimado de R$ 125.711,00, quitando, até dezembro de 2020 o montante de R$ 88.165,04. Aduz que fora contemplada, sendo informada quando foi receber o imóvel de saldo devedor no valor de R$ 171.878,82. Afirma que não houve informação quanto ao valor total do contrato, informado apenas no recebimento das chaves. Ao tentar rescindir o contrato fora condicionada à devolução de apenas 80% do FUNDO HABITACIONAL, com carência de dois anos, parcelado na mesma quantidade de parcelas que foram pagas, além do perdimento de todos os outros fundos e valores adimplidos.

Quando a Cooperativa exerce atividade semelhante a de incorporadora e construtora e se distancia de suas atividades convencionais, atuando com nítido caráter empresarial, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor, podendo ser afastadas as normas estatutárias.

Nesse sentido

APELAÇÃO - RESOLUTÓRIA DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Ação de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução de valores pagos - APELAÇÃO DA RÉ - MANUTENÇÃO DO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE – DIREITO DO CONSUMIDOR - Constituição da ré como cooperativa que não afasta o regime consumerista - Súmula 602, do STJ - Adquirente que pode pedir a rescisão unilateral, independentemente da vontade da fornecedora - Art. 49, do CDC RETENÇÃO DE 20% - CABIMENTO - Cláusula de distrato que se reputa abusiva acima deste percentual - Impossibilidade de retenção de arras ou percentual superior a 20% a título de cláusula penal - Sentença mantida - Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1018377-06.2017.8.26.0002; Relator (a): Costa Netto; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/12/2019; Data de Registro: 16/12/2019)

Agravo Interno. Cooperativa habitacional. Posição jurídica equiparada a de uma incorporadora imobiliária, exsurgindo um contrato de compromisso de compra e venda de imóvel com pagamento diferido no tempo. Contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor. Cláusula contratual definidora da restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada. Abusividade na hipótese de resolução de

Acesso ao Sumário

contrato de promessa de compra e venda de imóvel por quaisquer dos contratantes. Restituição imediata e integral em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor ou parcial em caso de desfazimento causado pelo comprador ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido pelo STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo Interno Cível 1010687-23.2017.8.26.0002; Relator (a): Campos Mello (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial de Presidentes; Foro Regional II - Santo Amaro 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/12/2019; Data de Registro: 12/12/2019)

Como nos ensina Rizzato Nunes "não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc." (Curso de Direito do Consumidor, 4ª ed., ed. Saraiva, pág. 86)

De acordo com a Súmula 602 do Superior Tribunal de Justiça "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos empreendimentos habitacionais promovidos pelas sociedades cooperativas".

Ainda que reconhecida a culpa da adquirente pela rescisão do contrato, esta circunstância não afasta a obrigação da ré de restituir parte dos valores pagos.

A respeito, a Súmula 1 deste Tribunal:

Súmula 1: "*O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.*"

Por outro lado, de acordo com a Súmula 2 desta Corte:

"*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*".

Relevante anotar que a aplicação do CDC (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) não configura conflito com a Constituição Federal, como pretende fazer crer a ré.

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado em data posterior à Constituição Federal, por determinação expressa do seu artigo 5º, que tutela os direitos fundamentais:

Acesso ao Sumário

"XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;"

Sendo assim, o direito à implantação de uma cooperativa não pode afrontar os direitos previstos na Lei consumerista.

Entendo, no entanto, por se tratar de resilição contratual por iniciativa da compradora e sem culpa da ré, circunstância anotada na sentença, o percentual de retenção deve ser fixado em 20% das quantias pagas, excluídos aqueles pagos a título de seguro de vida, como já constou da sentença.

De acordo com o § 2º do artigo VI do Estatuto Social da ré (conferir fl. 62):

"*O sócio demissionário, excluído ou eliminado, receberá a devolução exclusivamente das contribuições pagas ao FUHA - Fundo Habitacional, na forma e nas condições a seguir:*

I - Do total das contribuições pagas pelo Sócio ao FURA - Fundo Habitacional será deduzido o montante de 20% a título indenizatório, em favor da cooperativa. Este valor será transferido como crédito ao FURES-Fundo de Reserva Habitacional.

II - Após a dedução, o saldo líquido será devolvido na mesma quantidade de parcelas mensais pagas pelo Sócio.

III - A devolução de valores de contribuição para o FURES - Fundo de Reserva Habitacional ocorrerá pelo rateio dos valores transferidos ao FUHA - Fundo Habitacional, na forma deliberada na respectiva Assembleia Geral Ordinária de aprovação de contas do ano em que se deu o seu desligamento.

IV - A Cooperativa terá uma carência de dois anos para iniciar o pagamento das parcelas de devolução a que se refere este Artigo. Esse prazo se inicia a partir da data em que se realizou a Assembleia Geral Ordinária em que foram aprovadas as contas do ano em que ocorreu o desligamento do Sócio.

V - Caso o Sócio não reclame em cinco anos da data da demissão, exclusão ou eliminação, perderá o direito a receber o saldo líquido apurado. Neste caso os créditos não reclamados pelos Sócios serão transferidos ao FURES-Fundo de Reserva Habitacional.

§ 3º - As contribuições destinadas ao FAD-Fundo Administrativo não serão devolvidas ao Sócio que se desligou da Cooperativa, bem como os rateios de despesas administrativas, taxas bancárias e outras custas administrativas e/ou jurídicas."

As cláusulas que preveem a forma de restituição das parcelas na hipótese de rescisão contratual, especificadas acima são abusivas, porque dão vantagens exageradas à ré, portanto, nulas de pleno direito, à luz do Código de Defesa do Consumidor.

A postura da COOPERATIVA quanto à devolução dos valores pagos pela autora deu causa à propositura desta demanda, devendo, portanto, a ré arcar com o ônus da sucumbência.

Acesso ao Sumário

De acordo com o § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo sobre o valor atualizado da causa. Já o § 8º dispõe sobre equidade nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico.

No caso dos autos, se adotarmos o critério do percentual mínimo, a verba honorária atingiria no mínimo R$ 8.165,04, sem atualização, valor excessivo para a causa de baixa complexidade e o sentenciamento do feito em pouco mais de três meses. (distribuição: 05.01.2021; sentença: 08.04.2021).

Assim, mais condizente com os trabalhos realizados pelo causídico da autora, a aplicação do critério da equidade e observação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e enriquecimento sem causa, além de excessivo gravame à ré.

Assim, fixo os honorários advocatícios em benefício do advogado da autora em R$ 5.000,00, suficiente para remunerá-lo.

Em caso análogo já decidiu esta Câmara:

> Honorários advocatícios - Ação de adjudicação compulsória - Sentença de procedência - Verba fixada por equidade - Apelo do advogado dos autores para que os honorários sejam fixados em fração do valor da causa - Parâmetros previstos no CPC/2015 que ensejariam a fixação de valor elevado - Critério da equidade - Possibilidade de utilização para adequação da verba honorária - Precedentes desta E. Corte - Recuso desprovido. (Apelação nº 0026936-08.2013.8.26.0002, julgado em 29.09.2017, Desembargadora Mary Grün)

3. Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da ré para majorar o percentual de retenção para 20% dos valores pagos e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da autora, majorando os honorários advocatícios para R$ 5.000,00.

Condeno a autora pagar honorários no âmbito deste recurso, que fixo em 20% do benefício econômico alcançado pela ré, ficando a cobrança adstrita à alteração de fortuna, por ser beneficiária da justiça gratuita, e a ré deverá pagar honorários recursais ao advogado da autora, que também fixo em 20% do benefício econômico alcançado neste recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038653-53.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ZITO E MARQUES RIBEIRO ADVOGADOS, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO IBI-

ZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.306)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente) e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 29 de outubro de 2021.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Apelação. Honorários advocatícios. Ação de arbitramento cumulada com cobrança. Sentença de parcial procedência. Pretensão do autor à parcial reforma.

Advocacia cível. Cobrança de condomínio. Contratação com cláusula ad exitum, verbalmente entabulada entre as partes. Remuneração do trabalho da sociedade de advogados com base no proveito econômico obtido pelo cliente, no percentual de 15% (quinze por cento), ponderando-se os elementos do caso concreto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta por Zito e Marques Ribeiro Advogados contra a sentença de fls. 934/937, que julgou parcialmente procedente a ação de arbitramento de honorários cumulada com cobrança (valor da causa: R$ 119.378,55 - fls. 15) para condenar o réu ao pagamento "*da quantia de R$ 59.206,31 à autora, a ser atualizada pela tabela do TJ-SP, incidindo juros legais de 1% ao mês, ambos desde a citação*" (fls. 936).

Recíproca a sucumbência, cada parte foi condenada ao pagamento da metade das custas e despesas processuais. A parte autora foi condenada a pagar 10% de honorários advocatícios de sucumbência, tendo como base de cálculo a diferença entre o valor da causa e o valor da condenação e a parte ré a pagar honorários advocatícios que foram fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A autora pugna pela parcial reforma da sentença. Defende a majoração dos honorários advocatícios para 20% ao argumento de que "*realizou todos os atos necessários ao alcance do êxito na demanda que resultou em condenação satisfatória ao ora Apelado o qual, de maneira leviana não valorizou todo o*

Acesso ao Sumário

trabalho prestado" (fls. 956). Subsidiariamente pede a majoração para 15%, percentual apontado na perícia judicial.

Contrarrazões a fls. 973/984.

II - Fundamentação.

O recurso comporta parcial provimento.

A apelante visa ao arbitramento e cobrança de honorários pelos serviços de advocacia cível prestados nos autos da ação de cobrança de despesas condominiais, Processo n. 1019510-54.2015.8.26.0002, que tramitou perante a 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, alegando terem ela e o condomínio apelado pactuado entre si, verbalmente, cláusula *ad exitum*.

Esclareceu ter atuado no feito desde a propositura da demanda até a arrematação do bem pelo credor, quando renunciou porque não concordou com os termos da arrematação pelo credor, ora apelado, que arrematou o bem pelo valor do seu crédito sem incluir os honorários advocatícios de sucumbência.

E, sopesando os elementos do caso concreto, o MM. Juízo *a quo* entendeu por bem arbitrar honorários no percentual de 10% (vinte por cento) (*sic*) do proveito econômico obtido pelo apelado na ação de cobrança de despesas condominiais patrocinada pela apelante ao fundamento, em síntese, de que "*o valor apontado* [pelo perito judicial] *revela-se excessivo, sobretudo somado aos honorários sucumbenciais fatalmente auferidos, contratação verbal que denota a baixa expectativa remuneratória, ou risco assumido pela prestadora habitual, ora autora, razão pela qual fixo os honorários contratuais no patamar de 10% do proveito econômico, R$ 59.206,31*" (fls. 936).

Considerando que esse percentual não é suficiente para remunerá-lo pelo trabalho desenvolvido durante o período que atuou naqueles autos (superior a 5 anos), postula sua majoração para 20% ou, no mínimo, 15%, que foi o percentual indicado na perícia judicial.

In casu, respeitado o entendimento do Magistrado, o percentual fixado na sentença revela-se insuficiente, pois embora a causa não se revista de alta complexidade, houve atuação perante os tribunais superiores; o trabalho da apelante perdurou da propositura da demanda até a arrematação do bem; o valor econômico envolvido é expressivo.

Somado a isso, concluiu o perito que a apelante atuou diligentemente.

Sopesando-se todos esses fatores, não se mostra suficiente o arbitramento em 10% do proveito econômico obtido pelo apelado naquela outra demanda.

Sobre como devem ser fixados os honorários entre o advogado e seu cliente, o artigo 36 do Código de Ética e Disciplina da OAB disciplina que:

Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

Acesso ao Sumário

I - a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II - o trabalho e o tempo necessários;

III - a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou se se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV - o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V - o caráter de intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI - o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII - a competência e o renome do profissional;

VIII - a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Também disciplina o artigo 22, § 2º, do Estatuto da OAB que "*Na falta de estipulação ou acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB*".

Como se vê, entre os fatores a serem considerados na fixação dos honorários advocatícios contratuais, estão: a complexidade da questão versada, o trabalho e o tempo necessários, o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional, bem como o lugar da prestação dos serviços.

Também se pondera que a utilização da "*Tabela de Honorários da OAB*" é o que mais se aproxima do justo, na solução de querelas assemelhadas à hipótese em exame.

Anote-se que, se de um lado, a "Tabela de Honorários da OAB" sugere o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor econômico da questão, indicando, para "ATIVIDADES EM MATÉRIA CÍVEL", especificamente "*procedimento ordinário: proposição ou defesa*"; de outro, não se justifica o percentual indicado na tabela, uma vez que houve a renúncia da apelante quando ainda faltavam atos a serem praticados, pois foi anterior à expedição da carta de arrematação (fls. 875).

Assim, o percentual de 15% (quinze por cento), plenamente justificado no laudo pericial de fls. 861/879, deve ser prestigiado.

Nesse contexto, se afigura razoável a aplicação do disposto no artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual "*Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários*", uma vez que a apelante decaiu em parte mínima do pedido (apenas 5%). (Os honorários sucumbenciais desta demanda, bom ex-

Acesso ao Sumário

plicitar, fica mantido com a alíquota de 10% (dez por cento), incidente sobre o valor da presente condenação, devido pela ré ao patrono da autora.)

III - Dispositivo.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso da ré**, para majorar os honorários advocatícios (não sucumbenciais) para 15% do proveito econômico obtido pelo apelado. Ônus da sucumbência acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006919-81.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ VALMIR APOLINÁRIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 118792)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), ISRAEL GÓES DOS ANJOS e HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO.

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

CARLOS ALBERTO LOPES, Relator

Ementa: CADERNETA DE POUPANÇA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - Prazo quinquenal para o ajuizamento da execução - Aplicação da Súmula nº 150 do Supremo Tribunal Federal e do informativo nº 0484 do Superior Tribunal de Justiça - Existência de cautelar de protesto interruptivo do lapso prescricional - Contagem do prazo que deve recomeçar a partir da data do ajuizamento da cautelar, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento - Inteligência dos artigos 132 do Código Civil e 224 do Novo Estatuto Adjetivo Civil - Ação proposta apenas no dia 28 de janeiro de 2020, após o exaurimento do prazo prescricional, ocorrido aos 27 de setembro do ano de 2019 - Prescrição consumada - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de execução fundada em título executivo judicial, julgada extinta pela r. sentença de fls. 349/351, com fulcro no inciso II, do artigo 487, do Novo Código de Processo Civil, cujo relatório se adota.

Apela o credor, objetivando reformar o julgado, alegando que a prescrição não restou caracterizada.

O recurso foi regularmente processado.

É o Relatório.

O recurso não comporta provimento.

A Súmula nº 150 do Supremo Tribunal Federal prevê:

"**Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação**".

E, conforme estabelece o informativo nº 0484 do Superior Tribunal de Justiça:

"**Quando se tratar de execução individual de sentença proferida em ação coletiva, como no caso, o beneficiário se insere em microssistema diverso e com regras pertinentes, sendo necessária a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal, conforme já firmado no Recurso Especial nº 1.070.896-SC, DJE 4/8/2010, aplicando-se a Súmula nº 150-STF. O beneficiário de ação coletiva teria cinco anos para o ajuizamento da execução individual, contados a partir do trânsito em julgado de sentença coletiva, e o prazo de 20 anos para o ajuizamento de ação de conhecimento individual, contados dos respectivos pagamentos a menor das correções monetárias em razão dos planos econômicos**". (grifamos)

Referido entendimento restou sedimentado pela supracitada Corte com o julgamento do Recurso Especial nº 1.273.643/PR, em sede de recurso repetitivo, consoante se depreende da seguinte ementa:

"**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'.".[1] (grifamos)

Acesso ao Sumário

1 STJ. REsp. nº 1.273.643/PR. 2ª Seção. Min. Rel. Sidnei Beneti. J. 27.02.2013.

A despeito de a r. sentença proferida na demanda coletiva ter transitado em julgado aos 27 de outubro de 2009, o prazo prescricional restou interrompido aos 26 de setembro de 2014, através do ajuizamento da Ação Cautelar de Protesto n° 2014.01.1.148561-3, pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Com efeito, após a propositura da ação de protesto interruptivo, o termo inicial da recontagem do prazo prescricional é a data do ajuizamento da própria cautelar, excluindo-se do cômputo a data do início do prazo e incluindo-se o dia do seu vencimento, nos precisos termos do artigo 132 do Código Civil e do artigo 224 do Novo Estatuto Adjetivo Civil.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Assim, das razões acima exaradas, o termo inicial da recontagem do prazo prescricional seria, em verdade, a data do ajuizamento da cautelar de protesto, em 13/12/2004, de modo que a prescrição, observado o prazo pela metade previsto no art. 9º do Decreto n. 20.910/32, findaria em 13/6/2007. O Tribunal de origem, ao declarar a prescrição, considerou prazo final posterior a este, em 18/7/2007, o que evidencia a prescrição da ação ajuizada somente em 20/8/2007".[2]

"DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. APLICAÇÃO DE TAXA SELIC.

1. A contagem do prazo prescricional deve considerar o sistema adotado pelo CPC: não se conta o dia do início do seu curso e inclui-se o último. Em consequência: a contagem do prazo quinquenal faz-se por anos, contados do dia do início (considerando o dia útil seguinte) e o dia do mês correspondente do ano em que se findar.

(...)

5. Recurso conhecido e parcialmente provido para determinar, unicamente, que a taxa Selic seja aplicada, a partir da citação inicial, a título de correção monetária e juros".[3]

Dessa forma, o prazo quinquenal para a execução da r. sentença prolatada na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9 exauriu-se aos 27 de setembro do ano de 2019, motivo pelo qual a presente demanda encontra-se prescrita, eis que foi ajuizada tão somente no dia 28 de janeiro do ano de 2020.

PELO EXPOSTO, nego provimento ao recurso

2 2 STJ. AREsp. nº 882.919/SP. 2ª Turma. Des. Rel. Humberto Martins. J. 07.10.2016.

3 3 STJ. REsp. nº 825.915/MS. 1ª Turma. Des. Rel. José Delgado. J. 22.04.2008.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000556-40.2019.8.26.0027, da Comarca de Iacanga, em que é apelante S.A.V.M. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado E.A.R.

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 23.541)**

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

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação declaratória, combinada com indenizatória por danos materiais e morais, ajuizada por antiga companheira contra o ex-companheiro. Ação julgada improcedente. Apelação.

Autora que, por vontade própria, acumpliciou-se ao ex-companheiro em expediente fraudatório a Previdência Social até mesmo tipificado como crime e, em decorrência de débitos fiscais assumidos pelo ex-companheiro em seu nome, demanda reparação de danos. "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans." Aplicação à hipótese do art. 945 do Código Civil. Doutrina de CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY: "Admitir que alguém pudesse reclamar indenização cabal, integral, mesmo havendo contribuído para o evento lesivo, seria um verdadeiro 'venire contra factum proprium' que, na sua função de limitação de direitos, a boa-fé objetiva repudia."

Mesmo, para argumentar, pudesse ser a autora considerada vítima, teria agido com culpa gravíssima ao não fiscalizar a atividade que, por si mesma, já era ilícita, permitindo o acúmulo de dívidas fiscais que culminaram com a inscrição de seu nome em dívida ativa. "Culpa lata, dolo aequiparatur."

Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Recurso de apelação

a que se nega provimento.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação declaratória, combinada com indenizatória, ajuizada por S.A.V. contra E.A.R., julgada improcedente por sentença que se lê a fls. 140/144 e que porta o seguinte relatório:

"**Vistos**.

S.A.V. ajuizou ação ordinária em face de E.A.R., alegando que a pedido do réu, que recebia aposentadoria por invalidez, abriu uma empresa em nome próprio, que era administrada pelo requerido, porém afirma que a empresa contraiu dívidas que não foram quitadas pelo sócio de fato, por tal razão requer a condenação do réu pelas dívidas contraídas, bem como indenizações devidas, em virtude do ocorrido (fls. 01/98).

Foi deferido os benefícios da justiça gratuita (fls. 115/116).

Foi realizada audiência de conciliação, que restou infrutífera (fls. 125/126).

O réu deixou transcorrer o prazo *in albis* e não apresentou contestação (fl. 135).

É o Relatório. **Fundamento e Decido.**" **(fl. 140)**

Fundamentou o Magistrado, de início, que "*réu se vale da ajuda de pessoas, que atuam como 'laranjas', para que estas constituam empresa em nome próprio, mas outorguem ao requerido procuração para que ele administre a sociedade, mesmo não constando no quadro societário, como sócio*", e assim procede porque, "*se abrisse a empresa em nome próprio, deixaria de receber o benefício de aposentadoria por invalidez, que pressupõe a incapacidade total para a realização de qualquer tipo de atividade e, uma vez que constitui empresa, que tem por elemento essencial o objetivo de auferir lucro, afastaria as condições necessárias para o recebimento do benefício previdenciário*".

Assinalou, ainda, que a "*autora afirma que apenas consentiu em abrir a empresa em seu nome em virtude da relação que tinha com o réu, uma vez que mantiveram relacionamento amoroso por mais de 10 anos. A empresa foi aberta em 2014 e somente agora a requerente busca invalidar o que anteriormente tinha consentido, posto que em junho de 2019 teria recebido uma notificação que constava que a empresa em seu nome tinha dívidas que superavam R$ 35.000,00*". Ocorre que, em seu entender, "*com a criação da pessoa jurídica, a autora estava assumindo o risco e a responsabilidade pelo negócio, não podendo se valer da própria torpeza para depois pleitear exclusão das obrigações assumidas pela empresa. Em atenção aos princípios gerais de direito e da boa-fé, a ninguém é dado se valer de sua própria torpeza, em manifesto 'venire*

Acesso ao Sumário

contra factum proprium".

Consignou, ademais, que a autora "*não narra em sua inicial qualquer vício que pudesse ter maculado sua vontade de ingressar no empreendimento. Ao contrário, expõe que aceitou a criação da pessoa jurídica em seu nome, mesmo tendo ciência de que seria uma conduta fraudulenta. Tomou tal atitude de forma livre, consciente e por vontade própria. Sentimento de cumplicidade não torna anulável qualquer manifestação de vontade, ao menos de acordo com o ordenamento jurídico vigente*".

Pontuou que se trata "*de procedimento ilegal, simulado, figurando a autora como verdadeiro 'laranja'. Nessas condições, buscar a tutela judicial para tentar legalizar a situação irregular criada por ela mesmo beira a má-fé*", pelo que "*deve suportar as consequências jurídicas de sua conduta*".

Quanto ao pedido para redirecionamento "*[d] as dívidas com o Fisco ao réu, é também caso de improcedência, uma vez que a Fazenda não integrou essa relação jurídica processual, devendo tal alteração ser requerida ao próprio ente público. Ressalto, que nesses casos é possível que eventual execução ajuizada seja redirecionada ao sócio oculto, mas, nessas situações, a Fazenda é parte integrante da relação jurídica processual, o que não ocorre aqui*".

Já quanto ao pleito indenizatório, fundamentou que "*a autora sequer teve seu patrimônio constrito. De fato, o pedido subsidiário de indenização por danos materiais é eventual e incerto. Portanto, dificilmente poderia se falar na indenização por danos materiais, tampouco de danos morais, em virtude do ato ilícito praticado por ambas as partes*".

Embargos de declaração opostos pela autora (fls. 147/151), rejeitados, nos seguintes termos:

> "**Vistos**.
>
> Trata-se de Embargos de Declaração opostos para suprir suposta omissão da sentença de fls. 140/144.
>
> Conheço dos Embargos, uma vez que tempestivos.
>
> A requerente alega que a referida sentença não apreciou todos os pedidos, faltando analisar o pedido de reconhecimento do réu como sócio de fato, bem como de declarar ele responsável solidariamente com a autora pelos débitos com o FISCO.
>
> É caso de rejeição dos Embargos de Declaração. Isso porque conforme exposto na sentença, a responsabilidade pelos débitos deve ser buscada pelos credores do crédito, não podendo este juízo incluir o réu como responsável numa relação jurídica que a Fazenda não faz parte.
>
> Quando ao pedido de reconhecer o réu como sócio de fato, cabe a autora providenciar a alteração societária na Junta Comercial.
>
> Diante do exposto, REJEITO os presentes embargos de declaração." **(fl. 152)**.

Acesso ao Sumário

Apelação da autora a fls. 156/166.

Argumenta, em síntese, que ***(a)*** a sentença é contraditória por afirmar que é "*fato incontroverso que o réu atuava como sócio de fato da empresa em nome da requerente*", administrando-a por procuração pública, mas julgar improcedente o pedido para responsabilizá-lo pelas dívidas sociais fiscais e de declará-lo como sócio; ***(b)*** a sentença implica prejuízo aos interesses do erário, já que não permite a perseguição do crédito público em face do réu; ***(c)*** a sentença viola os artigos 121, 124 e 135 do Código Tributário Nacional, estando presentes os requisitos para redirecionamento de execução fiscal em face do réu; ***(d)*** sofreu dano moral por ter sido enganado pelo réu, seu antigo companheiro, para constituir, em nome próprio, empresa que seria por ele administrada e descobrir, anos depois, que era devedora de diversos débitos tributários; ***(e)*** nunca pretendeu servir de "laranja" para as atividades do réu, mas apenas atender a pedido do então companheiro; ***(f)*** o réu praticou os mesmos ilícitos contra diversas pessoas.

Assim, requer a reforma parcial da sentença para reconhecer a qualidade de "sócio de fato" do réu e sua responsabilidade solidária pelos débitos fiscais, bem como para condená-lo a indenizá-la por danos morais em R$ 10.000,00.

Certificou-se, à fl. 178, o decurso do prazo para apresentação de contrarrazões.

Feito originalmente distribuído ao Exmo. Sr. Desembargador ALEXANDRE LAZZARINI, a mim redistribuído conforme documentado à fl. 183.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Mantenho a r. sentença, da lavra do MM. Juiz de Direito de Iacanga, Dr. GUILHERME AUGUSTO de OLIVEIRA BERNA, por seus próprios e jurídicos fundamentos, acima em parte transcritos, como autoriza o art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Na verdade, a autora, por vontade própria, acumpliciou-se ao ex-companheiro no expediente fraudatório a Previdência Social.

E mesmo, para argumentar, se pudesse ser considerada vítima, teria agido com culpa gravíssima ao não fiscalizar atividade que, por si mesma, já era ilícita, permitindo o acúmulo de dívidas fiscais que culminaram com a inscrição de seu nome em dívida ativa. ***Culpa lata, dolo æquiparatur*!**

O art. 945 do Código Civil prescreve que, "*[s]e a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*".

Comentando o dispositivo, o Desembargador CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY ensina que, "*[n]a justa observação de João Carlos da Silva ('Responsabilidade Civil do produtor'. Coimbra, Almedina, 1999, p. 733-4), admitir*

Acesso ao Sumário

que alguém pudesse reclamar indenização cabal, integral, mesmo havendo contribuído para o evento lesivo, seria um verdadeiro 'venire contra factum proprium' que, na sua função de limitação de direitos, a boa-fé objetiva repudia." (Código Civil Comentado, obra coletiva, 18ª ed., pág. 894).

Não se pode perder de vista que fraude previdenciária é ilícito, tanto que tipificada com o ***nomen iuris*** de "fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro", pelo art. 171, ***caput***, § 2º, V, do Código Penal, com previsão de aumento de pena no § 3º do dispositivo.

Por qualquer ângulo que se olhe a questão, portanto, não há direito que socorra a autora, que haverá, agora, de suportar os efeitos de seus atos.

Como bem apontou o MM. Juízo ***a quo***, "*com a criação da pessoa jurídica, a autora estava assumindo o risco e a responsabilidade pelo negócio, não podendo se valer da própria torpeza para depois pleitear exclusão das obrigações assumidas pela empresa. Em atenção aos princípios gerais de direito e da boa-fé, a ninguém é dado se valer de sua própria torpeza, em manifesto 'venire contra factum proprium'*". Mais, a conduta das partes configura "*procedimento ilegal, simulado, figurando a autora como verdadeiro 'laranja'. Nessas condições, buscar a tutela judicial para tentar legalizar a situação irregular criada por ela mesmo beira a má-fé*", pelo que "*deve suportar as consequências jurídicas de sua conduta*".

Posto isto, mantenho a sentença apelada, como dito, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas pela autora.

DISPOSITIVO.

Nego provimento à apelação.

Consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, influentes na elaboração deste voto.

Na hipótese de, em que pese este prévio prequestionamento, serem opostos embargos de declaração ao acórdão, seu julgamento se dará necessariamente em ambiente virtual, em razão dos embaraços ao normal funcionamento do Tribunal causados pela pandemia.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010339-71.2018.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FLAVIO

SCHOPPAN e MARIA DE FÁTIMA ALMEIDA SCHOPPAN, é apelada DIRCE NUNES ORLANDO.

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, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.877)**

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

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: AÇÃO DE EXIGIR CONTAS - AUTORES QUE FIGURARAM COMO ADVOGADOS DA RÉ EM DIVERSOS PROCESSOS - CONTROVÉRSIA A RESPEITO DO ADEQUADO CUMPRIMENTO DO MANDATO - AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE EVENTUAL ADMINISTRAÇÃO DE BENS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA RECONHECIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO, COM ALTERAÇÃO DO DISPOSITIVO SENTENCIAL.

A discussão relativa ao adequado cumprimento do mandato por parte do mandatário não é tema passível de discussão em ação de exigir contas.

VOTO

Ação de prestação contas (*atualmente de exigir contas*), fundada em mandato, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 604/605, cujo relatório adoto.

Inconformados, apelam os autores. Sustentam, em apertada síntese, que é dever do advogado prestar contas ao seu cliente, nos termos do artigo 550 do Código de Processo Civil, mostrando-se adequada, por isso, a propositura da presente ação. Invocam, em seu prol, diversos precedentes jurisprudenciais, buscando a inversão do resultado do julgamento.

Houve resposta. O preparo está anotado.

É o relatório.

1) A apelação é processada no efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC.

2) O inconformismo, a meu ver, não merece prosperar.

Na verdade, os autores (*ex-advogados da ré*) pretendem ver reconhecida a adequada e integral prestação dos serviços advocatícios contratados, já que a ré revogou o mandato que lhes havia outorgado, buscando os causídicos obter a declaração de que não lhes cabe restituir nenhum dos valores recebidos a título de honorários (*cf. fls. 01/20*).

Verifica-se que o pedido formulado na inicial não diz respeito a eventual administração de bens realizada pelos autores na qualidade de advogados da ré, visando tão somente discutir se o mandato foi cumprido adequadamente e, ***ipso facto***, se algum valor recebido a título de honorários deve ser restituído.

Pois bem, os valores discriminados na exordial referem-se aos honorários contratuais de cada processo em que os autores figuraram como mandatários da ré, não se referindo a nenhuma verba que estariam administrando em prol da cliente.

Sucede que a controvérsia relativa à adequada prestação dos serviços advocatícios não é tema passível de discussão em ação de exigir contas, revelando-se, por isso, inadequada a via eleita pelos autores.

Resumindo. A discussão relativa ao adequado cumprimento do mandato por parte do mandatário não é tema passível de discussão em ação de exigir contas.

Desta forma, a solução emprestada ao litígio em primeiro grau não poderia ser diversa, ficando, porém, alterado o dispositivo sentencial para carência por ausência de interesse processual (*art. 485, inciso VI, do CPC*).

Diante do improvimento do apelo, afigura-se razoável a elevação dos honorários advocatícios, fixados em 15% (*quinze por cento*) sobre o valor da causa (*R$ 10.000,00 - fl. 20*), ao patamar de 18% (*dezoito por cento*), a teor do disposto no art. 85, § 11, do CPC, observada a Súmula nº 14 do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

> ***"9) Os honorários recursais de que trata o art. 85, § 11, do CPC/2015, são aplicáveis tanto nas hipóteses de não conhecimento integral quanto de não provimento do recurso"*** *(Jurisprudência em Teses do STJ - Edição nº 128)*.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, com alteração do dispositivo sentencial (*artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil*), nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1088289-

82.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLAUDINEI DE JESUS PINTO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MURANO DA SILVA SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SILVIA MELCHOR, MARIO SERGIO MURANO DA SILVA e VERA LUCIA RIBEIRO.

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 52.779/2021)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MATERIA PRELIMINAR. Cerceamento de Defesa. Inocorrência. Havendo elementos suficientes à resolução do feito, o juiz deve julgá-lo no estado em que se encontra, indeferindo a produção de provas desnecessárias. Matéria prejudicial repelida.

RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MERITO. Autor objetivando indenização por danos morais e materiais. Impossibilidade. Ausência de demonstração de prejuízos por culpa dos demandados. Requeridos que comprovaram a adequada atuação em nome do requerente. Pleito de indenização por danos morais e materiais por má conduta dos causídicos. Inadmissibilidade. Improcedência. Sentença mantida Recurso de apelação do autor não provido, majorada a verba honorária com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais proposta por **CLAUDINEI DE JESUS PINTO** contra **MARIO SERGIO MURANO**

Acesso ao Sumário

DA SILVA, SILVIA MELCHIOR, VERA LUCIA RIBEIRO E MURANO DA SILVA SOCIEDADE DE ADVOGADOS, sustentando o primeiro nomeado que em 2015, após sofrer acidente de trabalho e lesionar o joelho direito, sendo afastado pelo INSS, procurou os serviços advocatícios dos réus, que ajuizaram ação competente perante a justiça trabalhista (Proc. Nº 1000558-25.2017.5.02.0083), mas que os patronos atuaram com descuido e não compareceram em todas as audiências agendadas, não comunicaram o reclamante/autor ou não apresentaram rol de testemunhas, tendo a ação sido provida apenas no pedido de adicional de insalubridade, improcedente todos os demais requerimentos e valores pleiteados, deixando os patronos de apresentar o recurso cabível. Requer a condenação dos requeridos ao pagamento dos danos por perda de uma chance a título de pensão vitalícia pelo valor do último salário do autor até 75 anos (R$ 560.926,08) e indenização pelos danos morais (R$ 62.700,00).

A respeitável sentença de folhas 889 *usque* 896, cujo relatório se adota, julgou a ação improcedente e condenou o requerente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), observada a gratuidade concedida.

Inconformado, recorre o requerente pretendendo a reforma do julgado (folhas 926/945). Alega, em suma, cerceamento de defesa ante a ausência de realização de perícia médica e ainda prova oral. No mais, aduz que os requeridos causaram os prejuízos narrados na inicial, e que o requerente faz jus à indenização por danos materiais e morais aqui pleiteada. E mais, afirma que restou caraterizada a perda de uma chance no presente caso. Em último discorre sobre a responsabilidade profissional dos causídicos. Postula a reforma do julgado.

Recurso bem processado, sem o recolhimento do preparo recursal ante a gratuidade concedida (folha 896) e oportunamente respondido (folhas 950/970), subiram os autos.

Este é o relatório.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade positiva, conhece-se do recurso.

Trata-se de ação de indenização julgada improcedente tendo em vista a comprovação pelos requeridos, da prestação de seus serviços ao requerente, de forma adequada.

Em que pesem as alegações do autor, ora recorrente, o entendimento adotado em primeiro grau deve ser preservado.

De plano, o apelante alega cerceamento de defesa eis que pretendia provar suas alegações por meio de prova testemunhal e ainda pericial.

Ocorre que, a presente demanda trata de indenização pela má prestação dos serviços oferecidos pelos requeridos, e ainda por perda de uma chance, etc.

Assim, por óbvio que qualquer testemunha arrolada pelo autor, apresen-

Acesso ao Sumário

taria versão dos fatos favorável a ele, o que não serviria como prova cabal do quanto alegado, e, também, do mesmo modo que a realização de perícia médica neste momento, em nada alteraria o desfecho da demanda.

Na verdade, a solução da matéria controvertida prescindia mesmo de dilação probatória. A leitura atenta dos fatos afirmados na petição inicial e a análise da documentação acostada aos autos bastavam à solução da lide.

Com efeito, o devido processo legal foi observado em toda a sua concepção, resultando o julgamento no estado de expressa previsão normativa, o que, por óbvio, homenageia o princípio do contraditório.

No caso, nota-se que a demanda versa sobre matéria para a qual as provas produzidas nos autos se mostram suficientes à solução da controvérsia, em especial diante do contexto contratual existente, sendo prescindível maior dilação probatória, em especial, para produção de prova oral ou ainda pericial.

Rechaçada a questão prejudicial, quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Dúvida não há de que por assumir a condição de mandatário, o advogado é contratualmente responsável pelos atos praticados em nome do mandante, inclusive pelos atos que lhes sejam desfavoráveis, dependendo do caso. Isso porque o mandatário deve agir como se o mandante fosse, com o zelo esperado no cumprimento do encargo para o qual foi contratado, tendo em conta o disposto no artigo 667 do Código Civil.

Ocorre que, na análise do conjunto probatório carreado aos autos, não permite a conclusão de que o desfecho desfavorável ao autor/apelante relativamente à ação trabalhista patrocinada pelos requeridos.

É certo que o trabalho não foi imprestável e os erros dos causídicos não provocaram os danos alegados pelo demandante. Com efeito, os elementos trazidos indicam que os demandados laboraram em favor do autor e que a procedência parcial na citada ação dela não decorreu das falhas mencionadas.

E mais: conclui-se que o comportamento dos requeridos não deu causa a perda patrimonial e lesão anímica, como bem fundamentado em primeiro grau.

Diante disso, é certo ainda que não pode o autor imputar ao requerido culpa total pelo insucesso no processo. Não há relação direta entre a conduta profissional dos requeridos e a procedência parcial da demanda trabalhista.

Nessas condições, é inaplicável ao caso a denominada teoria da ‘perda de uma chance’, visto que não está delineado um benefício futuro provavelmente trazido para o requerente caso não tivesse ocorrido as alegadas falhas dos causídicos.

Enfim, o ora recorrente não pode afirmar que perdeu oportunidade em decorrência da conduta dos advogados. Assim, não há o que se falar em reparação

Acesso ao Sumário

de danos.

E ainda: não houve afronta a direitos essenciais do autor, cujo patrimônio moral não foi afetado, o requerente não experimentou dano moral em virtude de ato ilegal dos requeridos, afastando qualquer pretensão nesse sentido.

Destarte, forçoso convir que a responsabilidade assumida entre o advogado (mandatário) e seu constituinte (mandante), é de meio e não de resultado.

No que pertine à obrigação de meio, ensina Maria Helena Diniz, *in*: Direito Civil Brasileiro, 2º vol., p. 193 que:

"A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

(...)"

Enfim, ainda que o recorrente alegue que o serviço prestado pelos requeridos tenha sido prestado de forma imperfeita, a verdade é que nada há nos autos a indicar que se tal não tivesse ocorrido, o desfecho da demanda teria sido favorável ao apelante.

Assim, de rigor a manutenção da respeitável sentença recorrida.

Em última análise, tendo em vista as contrarrazões de folhas 950/970, os honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) devem ser majorados para R$ 1.700,00 (mil e setecentos reais) com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade concedida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação do autor, majorada a verba sucumbencial com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, nos moldes desta decisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007671-85.2018.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante JÚLIO MASTO SHIMASAKI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DEVAIR RIBEIRO (NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que se oportunize ao autor o regular prosseguimento do feito. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25562)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RODOLFO CESAR MILANO.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: COBRANÇA. Autor ajuizou a presente demanda com vistas à condenação dos réus ao pagamento de valores. Sentença que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, II, do Código de Processo Civil. Insurgência do autor. AR juntado aos autos que revela que a rubrica foi dada por terceira estranha à lide. Recebimento da intimação por terceiro que tem validade somente nas hipóteses de exceção contempladas no art. 248, §4º, do Código de Processo Civil, o que não é o caso dos autos. Aplicação da regra do §1º do mesmo dispositivo. Recurso provido para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que se oportunize ao autor o regular prosseguimento do feito.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*AÇÃO DE COBRANÇA*" (*sic*) movida por JÚLIO MASATO SHIMASAKI em face de DEVAIR RIBEIRO e DEVAIR JUNIOR GONÇALVES RODRIGUES com vistas à condenação dos requeridos ao pagamento do montante correspondente a R$ 26.852,62.

A r. sentença (fl. 65, proferida em 16/02/2021; DJE de 18/02/2021) julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. artigo 485, inciso III, do Código de Processo Civil.

Inconformado, apela o autor (fls. 68/75).

Destaca que "*O art. 485, o § 1º, do Código de Processo Civil determina expressamente que "§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias."*

Acesso ao Sumário

Conforme se vê do aviso de recebimento de fls. 62 dos autos, a parte exequente não foi intimada pessoalmente, portanto, não há que se determinar a extinção e arquivamento do processo por abandono injustificado da causa pela parte autora. Assim, a respeitável sentença recorrida afronta o disposto no art. 485, § 1º, do CPC. Logo, deve ser declarada a nulidade da respeitável sentença, haja vista que o Apelante não foi intimado pessoalmente para dar andamento ao feito" (fl. 72).

Tempestivo, o recurso foi devidamente processado. Ausente o recolhimento do preparo recursal por ser a parte beneficiária da gratuidade da justiça (fl. 33).

Não houve apresentação das contrarrazões, uma vez que a relação jurídica não chegou a se aperfeiçoar.

É o relatório.

O autor ajuizou a presente demanda com vistas à condenação dos réus ao pagamento de R$ 26.852,62, valor atualizado que representaria débito referente a contrato de mútuo celebrado em tempos pretéritos entre os integrantes dos polos.

Agora, em sede recursal, insurge-se o autor contra a r. sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito diante do abandono injustificado da causa pelo polo ativo.

Pois bem.

Verifica-se da decisão de fl. 58 que o MM. Juízo *a quo* determinou que se realizasse intimação pessoal do autor. Contudo, o Aviso de Recebimento (AR) juntado aos autos revela que a rubrica foi dada por terceira estranha à lide, Neuza Maria Yokote (fl. 62).

Sabe-se que o recebimento da intimação por terceiro tem validade em condomínios edilícios ou loteamentos com acesso controlado, conforme regra da nova sistemática imposta pelo Código de Processo Civil (art. 248, §4º). Todavia, em rápida pesquisa realizada na plataforma *Google Maps* é possível verificar que o endereço de residência do autor (Rua Vergílio Pavan nº (...), Cohab (...), cidade de Sertãozinho, Estado de São Paulo) não se trata de condomínio edilício, mas sim de casa própria.

Logo, não sendo a hipótese uma exceção (art. 248, §4º, Código de Processo Civil), era imprescindível que constasse a sua rubrica no AR, conforme a regra do §1º do mesmo dispositivo, o que não aconteceu.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara:

"Agravo de instrumento. Ação de despejo c.c. cobrança. **Citação postal. Pessoa física. Necessidade de prática do ato na pessoa citanda. Recebimento por terceiro alheio ao processo. Inadmissibilidade. Exegese do §1º do artigo 248 do Código de Processo Civil. Teoria da**

Acesso ao Sumário

aparência que não se aplica em citação de pessoa natural. Decisão mantida. Recurso improvido." (AI nº 2138538-29.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, 32ª Câmara de Dir. Privado, j. em 29/07/2020).

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso para **anular** a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que se oportunize ao autor o regular prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001312-25.2020.8.26.0153, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante TIM S/A, é apelada JAQUELINE FABREGA ORTEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.293)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Telefonia. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais. Portabilidade. Alteração indevida de plano da autora, com suspensão de serviços e cobrança indevida. Danos morais regularmente demonstrados. Reparação do dano moral que deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, sem configurar fonte de enriquecimento indevido em detrimento da parte vencida. Valor, no entanto, fixado com excesso, exigindo redução proporcional para R$5.000,00. Sentença reformada apenas para diminuir o valor arbitrado a título de danos morais. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com

indenização por danos morais, promovida por Jaqueline Fabrega Orteiro em face de Tim S/A, julgada procedente pela r. sentença proferida a fls. 127/131, cujo relatório se adota, para, confirmando a tutela provisória, declarar a inexistência de débitos, reiterar a ordem de restabelecimento do serviço, sob pena de multa diária já fixada e em curso, bem como para condenar a ré no pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 15.000,00. Por fim, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Apela a ré (fls. 134/142), sustentando, em suma, que não praticou nenhum ato ilícito e que a situação narrada na inicial não foi suficiente para gerar danos morais. Aduz que o valor arbitrado a título de danos morais foi elevado, devendo ser reduzido, sob pena de enriquecimento sem causa da autora. Pede a reforma da sentença para que a ação seja julgada improcedente.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 143/146).

Contrarrazões a fls. 149/153.

É o Relatório.

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com indenização por danos morais, ajuizada pela apelada.

A apelada narra na inicial que adquiriu um celular novo e fez a portabilidade da linha, migrando da operadora Vivo para a Tim.

Ocorre que, desde 20/05/2020, a sua linha passou a não funcionar, pois houve uma solicitação de alteração de seu plano de "pós-pago" para "pré-pago", que a autora nega que tenha sido formulada por ela.

Após vários contatos sem sucesso e inúmeras cobranças indevidas, além de lavratura de Boletim de Ocorrência e notificação extrajudicial da empresa-ré, a apelada ingressou com a presente demanda.

A sentença julgou a ação procedente para, confirmando a tutela provisória, declarar a inexistência de débitos, reiterar a ordem de restabelecimento do serviço, sob pena de multa diária já fixada e em curso, bem como para condenar a ré no pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 15.000,00.

A ré apela, sustentando genericamente que não cometeu nenhum ato ilícito e que a situação narrada na inicial caracteriza mero aborrecimento.

No entanto, ainda que o nome da autora não tenha sido inscrito no rol de proteção ao crédito, é certo que a situação experimentada pela autora superou os limites da normalidade.

Isto porque o plano contratado pela autora foi alterado sem sua solicitação, além de receber cobranças indevidas, que não cessaram mesmo após inúmeras reclamações da consumidora.

Restou incontroverso na inicial que a autora reclamou mais de vinte vezes

junto à empresa ré, além de ter lavrado boletim de ocorrência e notificado extrajudicialmente a Tim S/A, o que não foi impugnado pela apelante.

Ocorre que, não obtendo êxito, a apelada ingressou com a presente demanda, pleiteando a tutela provisória que foi concedida pela decisão de fls. 50/51 para "**determinar que a ré restabeleça o imediato funcionamento da linha telefônica móvel (16) 99210-(...) e que se abstenha de realizar qualquer cobrança referente a multa de fidelização do contrato descrito na exordial, bem como excluir o nome da parte autora dos cadastros de órgãos de proteção ao crédito (SCPC e SERASA), no tocante ao débito em discussão na presente demanda, até determinação judicial em contrário.**".

Todavia, mesmo após a concessão da tutela provisória antecipada, a ré deixou de cumprir com a determinação judicial, evidenciando a sua postura pouco cooperativa e ilícita, violando os direitos da consumidora.

Vale dizer, mesmo após a realização de mais de vinte reclamações extrajudiciais, lavratura de BO, envio de notificação extrajudicial e concessão de medida liminar judicial, a ré permaneceu inerte, causando danos que superam a normalidade.

Destarte, andou bem a sentença ao reconhecer a violação a direito de personalidade da autora.

Por fim, a ré pede a diminuição dos danos morais.

Quanto ao valor da indenização, o eminente **Desembargador Antonio Rigolin**, já deixou anotado que:

"A indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta. Reconhecida a ocorrência da devida proporcionalidade, deve prevalecer o critério adotado pela sentença." **(Ap. c/ Rev. 589.890-00/1)**.

Ou seja, deve existir proporção entre a lesão e o valor da reparação.

Como dito pelo eminente **Desembargador Orlando Pistoresi**, quando integrava a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça:

"Com efeito, 'O dano moral, se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente' (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, T. 54,5.536, no. 1, p.61). 'O importante é a par do princípio da reparabilidade, admitir o da indenizabilidade, para que, como assinalam os autores, não fique a lesão moral sem recomposição, nem impune aquele que por ela é responsável, fatores, ambos, que seriam de perpetuação de desequilíbrios sócio-jurídicos' (R. Limongi França, Reparação do Dano Moral, in RT 631/135).

Por outro lado, 'Resta para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários'.

Acesso ao Sumário

'O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socio- econômico dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão' (Humberto Theodoro Junior, Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, in RT 662/9)" (**Ap.c/Rev. no. 263.455-1/9)**.

Deste modo, conclui-se que os danos morais devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se ao dano causado pelo evento e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima, sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento ilícito para a autora.

Na hipótese, tendo em vista as peculiaridades do caso em análise, tenho que o valor arbitrado é excessivo, comportando redução para a quantia de **R$5.000,00**, suficiente para reparar o dano experimentado e principalmente como forma de evitar a reiteração da prática danosa pela ré.

Bem por isso, de rigor o parcialmente acolhimento do apelo interposto pela ré para diminuir os danos morais reconhecidos em sentença para R$5.000,00, com consectários legais nos termos da sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003817-63.2018.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante/apelado NOVAYA CONSULTORIA E PARTICIPAÇÃO LTDA., é apelada/apelante ERICA LAGE GARDINALLI.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 37925)**

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

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LOCAÇÃO - Ação de despejo cumulada com pedido de cobrança - Ação de obrigação de fazer

cumulada com pedido de reparação de danos - Ações conexas - Julgamento conjunto - Contrato de locação não residencial - Locador que não providenciou a regularização do imóvel junto à Prefeitura Municipal - Art. 22, I e III da Lei 8.245/91 - Impossibilidade de desenvolvimento da atividade comercial pela locatária regularmente - Multa corretamente aplicada - Obrigação de fazer, que, contudo, ficou prejudicada em razão do término do contrato pelo fim do prazo pactuado - Rescisão contratual que se impõe - Cobrança - Valores devidos como contraprestação pelo uso - Locatária que permaneceu no imóvel por 03 anos - Sem hipótese para aplicação da multa contratual em favor da locadora - Locadora que infringiu o pacto locatício. Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com pedido de cobrança movida por NOVAYA CONSULTORIA E PARTICIPAÇÃO LTDA., movida em face de ERICA LAGE GARDINALLI julgada parcialmente procedente pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Indaiatuba, Dr. Thiago Mendes Leite do Canto, para condenar a requerida ao pagamento dos alugueis vencidos de janeiro a abril de 2018, no valor de R$ 2.500,00, bem como aqueles que se venceram no curso da demanda, além do valor de R$ 2.273,31 referente aos encargos locatícios. Reconhecida a sucumbência recíproca, fixou os honorários advocatícios para a requerida em 10% sobre o valor da condenação e para a requerente em 10% da diferença entre o valor pretendido e o valor da condenação.

Sustenta a apelante NOVAYA CONSULTORIA E PARTICIPAÇÃO LTDA. (fls. 179/192) ser a sentença nula. Afirma o cerceamento de defesa. Igualmente, refere tratar-se de causas conexas cujo julgamento se deu de forma separada. Alega que a rescisão contratual se deu pelo inadimplemento da locatária. Refere a infração contratual e a necessidade de imposição de multa contratual. Pontua não ter sido demonstrada a necessidade de regularização da documentação do imóvel. Afirma a permanência da locatária no imóvel por mais de 03 anos. Alega o enriquecimento sem causa. Pontua a inexistência de pedido de regularização da situação do imóvel. Impugna a sucumbência. Postula o provimento do recurso.

Por sua vez, recorre a locatária ERICA LAGE GARDINALLI (fls. 214/226). Pretende o deferimento da gratuidade de justiça. Refere o reconheci-

Acesso ao Sumário

mento da irregularidade da situação do imóvel locado e a rescisão contratual por culpa da locadora. Destaca a locação para fins comerciais e a impossibilidade de uso para o fim contratado, dada a irregularidade de documentação. Pretende a fixação de aluguel em valor compatível. Postula o provimento do recurso.

Apresentadas contrarrazões.

Há ação de obrigação de fazer conexa a estes autos, Processo nº 1002705-59.2018.8.26.0248, a qual será julgada em conjunto com a presente ação.

É o relatório.

Recebo os recursos em seus regulares efeitos.

Não há arguição de intempestividade.

A locadora recolheu o preparo.

Defiro à locatária os benefícios da gratuidade de justiça tão somente para fins de conhecimento do presente recurso, como meio de viabilizar o amplo acesso à prestação jurisdicional. Oportunamente o pedido deverá ser analisado pelo magistrado de primeira instância, com mais elementos e mais próximo da realidade das partes.

Assim, presentes os pressupostos recursais, conheço dos recursos.

Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com pedido de cobrança movida pela locadora Novaya Consultoria em face da locatária Érica, em razão dos aluguéis vencidos a partir de janeiro de 2018.

A ação foi julgada parcialmente procedente pelo MM. Juízo 'a quo', para condenar a locatária ao pagamento dos aluguéis e encargos inadimplidos a partir de janeiro de 2018.

A Locadora afirma infração contratual por parte da locatária, que deixou de realizar o pagamento dos aluguéis e encargos oportunamente. Pretende o reconhecimento de sua culpa pela rescisão a imposição de multa por infração contratual.

A locatária, por sua vez, afirma que a rescisão se deu por culpa da locadora, por não ter regularizado a situação do imóvel perante os competentes órgãos, o que a impediu de obter o alvará para funcionamento do seu negócio. Pretende a redução do valor locatício devido por não poder usufruir do imóvel em sua totalidade.

Inicialmente, afasto o alegado cerceamento de defesa. Para a formação de convencimento, tem o julgador liberdade na apreciação das provas (artigo 371 do Código de Processo Civil), podendo indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias (artigo 370 do Código de Processo Civil).

Presentes nos autos elementos suficientes ao convencimento do magistrado, desnecessária a produção de todas as provas requeridas, sem qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa.

Acesso ao Sumário

Logo, adequado o julgamento do feito no estado em que se encontrava.

As partes celebraram o contrato de locação não residencial, reunido às fls. 19/23, com vigência entre 16/08/2017 a 16/08/2020, para o estabelecimento de uma casa de idosos, pela locatária.

No entanto, em razão da ausência de regularização do imóvel junto à Prefeitura Municipal e Registro de Imóveis, não conseguiu a locatária obter o alvará de permissão de funcionamento.

Conforme consta dos autos da ação de obrigação de fazer, o imóvel locado não possuía habite-se e, tampouco, a construção estava averbada na matrícula do imóvel, fatos que impediram a locatária de obter licença de funcionamento.

Conforme julgamento proferido no recurso de apelação daqueles autos, por esta C. Câmara:

> "*Conforme registrado pela magistrada, "O documento de fls. 24 emitido pelo Cartório de Registro de Imóveis indica a falta de averbação do prédio edificado no terreno da matrícula de número 4103, o que, por sinal, é confirmado pelo documento de fls. 67/70 juntado com a contestação. Ademais, exige-se para a regularização da matrícula a apresentação da via original ou cópia autenticada do habite-se expedido pela Prefeitura Municipal de Indaiatuba e certidão negativa de débito expedida pelo INSS, ambos referentes à edificação com valor estimativo da construção. Os réus, por seu turno, não se manifestaram sobre esses documentos e limitaram-se a afirmar que competia à locatária, para assegurar a utilidade do bem, diligenciar acerca da regularidade do imóvel que estava locado. Ora, ainda que caiba à locatária certificar-se das condições físicas e jurídicas e da possibilidade de instalação de atividade comercial no imóvel locado, o locador deve garantir a regularidade da documentação do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis para que ela possa providenciar e obter junto aos órgãos públicos o alvará e as licenças e, no caso, não foi o que se verificou. Como já apontado, falta averbação do prédio locado na matrícula do imóvel e, além disso, o locador não apresentou a planta e o habite-se".*
>
> *Registro, por oportuno, que o 'habite-se' é um documento expedido pelo órgão municipal competente atestando que determinado imóvel está em conformidade com o projeto de construção e está apto para ocupação conforme a sua finalidade (residencial, comercial, empresarial).*
>
> *Portanto, a ocupação do imóvel, sem que antes seja expedido o referido documento (habite-se), é irregular, de modo que a inércia da locadora na regularização da construção perante o órgão municipal seria motivo suficiente para rescisão do contrato de locação, pois a locatária pode sofrer sanções administrativas pelo exercício de sua atividade em-*

Acesso ao Sumário

presarial em construção ainda não regularizada perante a municipalidade.

Nos termos do art. 22, I e III, da Lei de Locações, é dever do locador 'entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina' e 'manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel'.

Igual disposição traz a cláusula 5.1. do contrato, não cumprida pela locadora. Razão pela qual, deve, de fato, ser imposta multa cominatória, prevista na cláusula 10 do contrato.

Assim, adequada seria a determinação da sentença de obrigação da locadora regularizar a situação do imóvel perante os competentes órgãos públicos e, impor multa cominatória prevista contratualmente, para o caso de infração contratual.

Contudo, no caso, houve o término do prazo contratual no dia 16/08/2020, e, conforme pedido realizado nos autos da ação de despejo, o imóvel foi devolvido à locadora no dia 20/04/21, tal como certificado pelo Sr. Oficial de Justiça, naqueles autos.

Logo, prejudicada está a condenação na obrigação de fazer, devendo, contudo, ser mantida a multa por infração contratual devida pela locadora, pela impossibilidade de utilização do imóvel para o destino que foi contratado".

Ou seja, foi reconhecida a infração contratual praticada pela locadora, como causa para a rescisão contratual. E, por tal razão, naqueles autos, foi imposta multa cominatória prevista contratualmente à locadora.

Nestas circunstâncias, reconhecida a responsabilidade da locadora pela rescisão, não há que se falar em infração contratual por parte da locatária que justifique a aplicação da multa pretendida.

No entanto, como também registrado no julgamento da ação de obrigação de fazer, o imóvel permaneceu na posse da locatária durante todos os anos que vigorou o contrato de locação, e, assim, para evitar o enriquecimento sem causa, e, devendo o locatário pagar pelo uso de coisa alheia, entendo que os valores locatícios durante a permanência no imóvel devem ser pagos como contraprestação.

Entendo, ainda, que os valores devidos devem ser os livremente pactuados entre as partes, eis que a locatária permaneceu no imóvel usufruindo de sua posse nos 3 anos em que durou o contrato.

A sucumbência recíproca foi adequada reconhecida, considerando terem ambas as partes decaído de parte de seu pedido.

Pelo exposto, nego provimento aos recursos. E, em aplicação ao disposto

Acesso ao Sumário

no artigo 85, §11º do Código de Processo Civil, majoro os honorários de sucumbência, tal como fixados, de 10% para 12%.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021789-44.2020.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes/apelados BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A e ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS E PREVIDÊNCIA S.A., são apelados/apelantes LUIS CLÁUDIO PANDINI, FLÁVIO ANTONIO PANDINI e ANA LUCIA PANDINI.

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 aos recursos, com observações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.192)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 5 de novembro de 2021.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Seguro de vida. É necessária a prévia comunicação do segurado, quanto ao cancelamento do seguro, por falta de pagamento do prêmio, mostrando-se abusiva disposição contratual em sentido contrário - Ausente indicação do valor do capital segurado vigente na data do sinistro, de utilizar-se o último valor demonstrado, corrigido desde então - A recusa de pagamento do capital segurado não configura dano moral indenizável - Desprovido o recurso, de majorar-se o valor dos honorários. Apelações desprovidas, com observação.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 284/291 julgou procedente, em parte, o pedido para condenar a seguradora ao pagamento de R$51.436,57, com correção monetária desde a emissão da última apólice (setembro de 2017) e incidência de juros moratórios, estes contados da citação, autorizando-se a compensação com os valores dos prêmios devidos desde dezembro de 2017, declarando-se recíproca

Acesso ao Sumário

a sucumbência. Apelam ambas as partes a fls. 294/302 e 306/311. Contrarrazões a fls. 314/323 e 329/335.

É o relatório.

É obrigatória a notificação do segurado sobre o inadimplemento do pagamento do prêmio, não podendo ser considerado cancelado o seguro sem prova da notificação, considerando-se abusiva cláusula, neste sentido, em contrato de adesão. Neste sentido, ver o que foi decidido por esta Câmara na Apelação n.º 0039514-21.2010.8.26.0224, julgada em 19 de outubro de 2011, por votação unânime, sob minha relatoria.

Sendo assim, faz a parte autora jus ao recebimento do capital segurado, tal como foi reconhecido na r. sentença. Ademais, já foi autorizada a compensação de valores, com o prêmio em aberto.

Não há prova do valor do capital segurado que estaria vigente na data da morte do segurado, razão pela qual, razoável a adoção do capital segurado vigente na data da emissão da última apólice (fl. 147), conforme ao documento apresentado pela própria ré. O valor deve, sim, ser atualizado nos termos da Súmula 632 do STJ, segundo a qual o pagamento do valor segurado deve ser calculado com a devida correção monetária, computada desde a data do contrato até a do efetivo pagamento.

É entendimento desta Câmara que a *recusa em efetuar o pagamento da cobertura do seguro não constitui ofensa à personalidade e não justifica condenação a título de danos morais, não se entrevendo, em semelhante procedimento, agressão à honra subjetiva, versando, a hipótese, apenas sobre descumprimento contratual*. (Apelação n.º 990.09.235039-0, julgada em 17.11.2010. Relator Desembargador Orlando Pistoresi).

Por conseguinte, nego provimento às apelações, com a observação de que a alíquota dos honorários advocatícios devidos pelas partes fica majorada para onze por cento (art. 85, parágrafo 11, do CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018114-24.2018.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante TOKIO MARINE SEGURADORA S/A, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria de votos, negaram provimento aos recursos,

vencido o Relator sorteado. Acórdão com o 3º Desembargador. Farão declaração de voto o Relator sorteado, 2º e 4º Desembargadores." **(Voto nº 30.381)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO RANGEL DESINANO, vencedor, WALTER FONSECA, vencido, GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), GIL COELHO e MARINO NETO.

São Paulo, 22 de outubro de 2021.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator Designado

Ementa: PRELIMINAR - Falta de interesse de agir - Descabimento - A formulação de requerimento de ressarcimento na esfera administrativa, conforme Resolução nº 414/2010 da ANEEL, não é imprescindível para configurar o interesse de agir - Ausência de esgotamento da via administrativa que não é capaz de obstar o acesso ao Judiciário - Inteligência do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal - PRELIMINAR AFASTADA.

AÇÃO REGRESSIVA - Seguro - Danos ocasionados por descargas elétricas e oscilações na rede de energia elétrica - Sentença de parcial procedência - Irresignação de ambas as partes - Descabimento - Paga a indenização pela seguradora, esta se sub-roga nos direitos dos consumidores - As normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao caso, de modo que a requerida responde objetivamente pelos danos causados - Autora que pretende o ressarcimento da indenização paga a 2 segurados - Hipótese em que a autora demonstrou os danos nos equipamentos e o nexo de causalidade entre os danos e a falha na rede elétrica da ré apenas em relação a um dos segurados - Ausência de excludentes de ilicitude - Eventos previsíveis e que fazem parte do risco da atividade desempenhada pela requerida, equiparando-se ao fortuito interno - Ré que não se desincumbiu do ônus de demonstrar que se preparou adequadamente no sentido de prevenir os prejuízos decorrentes dos eventos naturais ou de oscilações em sua rede elétrica - Dever de ressarcir constatado em parte - Sentença mantida - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em "*ação regressiva de ressarcimento de danos*" proposta por TOKIO MARINE SEGURADORA S/A contra CPFL PAULISTA - COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a pagar à autora o valor de R$ 3.210,00. A ré ainda foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (fls. 376/378).

Recorre a autora. Defende que os documentos técnicos acostados ao feito comprovam que a queima dos equipamentos dos seus segurados ocorreu em razão de variação de energia na rede elétrica. Pontua a necessidade do reconhecimento da responsabilidade objetiva da ré pela reparação dos danos descritos na petição inicial. Pugnou pela reforma da r. sentença, para julgar a ação procedente (fls. 381/422).

Também recorre a ré. Argui preliminar de falta de interesse de agir. No mérito, defende a ausência de solicitação administrativa para ressarcimento dos alegados danos elétricos, o que seria necessário conforme normas regulamentadoras da ANEEL. Aduz, ainda, inexistir prova de que os danos materiais ocorridos nos aparelhos eletro/eletrônicos dos segurados da apelada tenham decorrido de sobrecarga ou oscilação de energia ou falha na prestação dos seus serviços, sendo inconclusivos os laudos periciais que acompanham a petição inicial. Pugnou pelo provimento do recurso, para que a ação seja julgada improcedente (fls.460/480).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

A autora narrou, na petição inicial, que celebrou contrato de seguro com DAISE NEGRISOLI ABRAHÃO e MARCO ALUÍSIO R. DE ALMEIDA por meio do qual se obrigou a garantir os riscos contra danos elétricos no imóvel dos segurados.

Afirmou que os imóveis dos segurados foram afetados por variações de tensão elétrica na rede de distribuição de responsabilidade da ré. Aduziu que tal fato acarretou danos e, em cumprimento ao contrato celebrado, pagou aos segurados a indenização ajustada.

De saída, afasta-se a preliminar de falta de interesse de agir.

Com efeito, o esgotamento da via administrativa não é requisito para o ajuizamento de ação de regresso pela seguradora.

Nesse passo, cumpre salientar que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo certo que a Resolução nº 414/2010 da ANEEL não é capaz de obstar o acesso ao Judiciário.

Acesso ao Sumário

Superadas tais questões, tem-se que o caso deve ser examinado à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Realmente, "*a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como energia elétrica*" (AgRg no REsp 1421766/RS, Primeira Turma, Rel. Min. OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), j. 17/12/2015).

Ademais, é certo que, nos termos dos artigos 349 e 786 do Código Civil, a seguradora se sub-rogou nos direitos do consumidor, passando a ocupar a posição desta perante a concessionária ré. Por tal razão, não se verifica incompetência do juízo de primeiro grau.

A propósito:

"*AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA CONTRA EMPRESA FORNECEDORA DE ENERGIA ELÉTRICA - RELAÇÃO DE CONSUMO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 83/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.*

1.- Concluiu o Acórdão recorrido que a relação entre o segurado e a Agravante é de consumo. Assim, incide o Código de Defesa do Consumidor na relação estabelecida entre a Seguradora - que se sub-rogou nos direitos do segurado - e a Agravante. Precedentes. Incidência da Súmula 83 desta Corte.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 426.017/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013)

No mesmo sentido já se pronunciou este E. Tribunal de Justiça:

"***Ação regressiva de ressarcimento de danos patrimoniais. Fornecimento de energia elétrica***. *Prescrição não verificada. Inaplicabilidade da exigência de pedido administrativo previsto na Resolução nº 414/2010 da ANEEL. Sobrecarga na rede elétrica. Sub-rogação nos direitos do segurado em razão do pagamento de indenização decorrente de danos elétricos. Pedido administrativo que não constitui condição de procedibilidade para a ação de regresso.* ***Aplicação do Código de Defesa do Consumidor***. *Responsabilidade objetiva da concessionária por danos causados por oscilação na tensão de energia elétrica, ainda*

Acesso ao Sumário

que decorrente de descargas atmosféricas, que constituem fortuito interno e, portanto, estão dentro do risco da atividade desenvolvida pela prestadora do serviço público. Danos devidamente comprovados. Verba devida. Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação nº 1008696-43.2016.8.26.0100; Rel. Des. Ruy Coppola; 32ª Câmara de Direito Privado; j. em 15/12/2016 - grifos nossos)

"***Seguro. Ação de ressarcimento de danos ajuizada por Seguradora sub-rogada nos direitos do segurado. Oscilação de energia elétrica, que provocou danos em equipamentos da empreso segurado. Relação de consumo configurada***. *Responsabilidade objetiva da Concessionária de serviço público. Inteligência dos arts. 37, §6º, da CF, e 14, do CDC. Inobservância da Resolução 414/2010, da ANEEL. Irrelevância. Circunstância que não tem o condão de afastar a responsabilidade da prestadora de serviço público. Falta de interesse de agir. Inocorrência. Acesso ao Judiciário que não está condicionado ao requerimento administrativo. Concessionária que não se desincumbiu do ônus de provar alguma das causas excludentes de responsabilidade (art. 14, §3º, do CDC). Dever de indenizar da Concessionária reconhecido. Honorários advocatícios sucumbenciais fixados no patamar mínimo. Arbitramento que atende os parâmetros previstos nas alíneas 'a', 'b' e 'c', do §3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil. Redução descabida. Sentença mantida. Recurso improvido.*" (Apelação nº 1102786-77.2015.8.26.0100; Rel. Des. Bonilha Filho; 26ª Câmara de Direito Privado; j. em 01/12/2016 - grifos nossos)

Assim, nos termos do artigo 14 do Diploma Consumerista, para a responsabilização do fornecedor basta a demonstração do dano e do nexo causal.

Na hipótese, restou demonstrada a contratação de seguro entre a autora e seus segurados, bem assim o pagamento da respectiva indenização (fls. 47 e 66).

Não obstante, em relação ao segurado MARCO ALUÍSIO R. DE ALMEIDA, não restou comprovado o nexo causal entre o dano e a conduta da ré.

Realizada perícia judicial, o *expert* concluiu que os danos em questão "***não foram provocados por oscilações advindas diretamente da rede de energia da Concessionária CPFL***" e que "*Os Registros Meteorológicos do INMET atestam a incidência de* ***chuvas moderadas na data que ocorreu o evento, porém não há registros no IpMET de desastres naturais***. *Não há qualquer indício de que a rede da Concessionária de Energia tenha contribuído para os danos reclamados*".

Além disso, o laudo técnico juntado pela autora concluiu que as placas dos equipamentos entraram em curto-circuito "*em função, bem provável, de alta na tensão de alimentação*" (fls. 42).

Acesso ao Sumário

Diante disso, verifica-se que o laudo não foi conclusivo ao indicar a causa dos danos observados nos equipamentos avariados, ao passo que a perícia concluiu assertivamente que os danos não foram provocados por oscilações advindas da rede de energia elétrica da ré. Desta forma, não há como atribuir à requerida a responsabilidade pelo sinistro do segurado MARCO.

Quanto à segurada DAISE, tanto o laudo técnico juntado pela autora quanto o i. perito indicaram de forma conclusiva que a causa dos danos foi a sobrecarga oriunda da rede elétrica da requerida (fls. 64).

Conforme consta do laudo pericial, os equipamentos "***sofreram uma sobrecarga excessiva de energia elétrica, advinda da rede de energia da Concessionária CPFL***". Além disso, "*O Registro Meteorológico do INMET detectou áreas de instabilidade atmosférica que favoreceram a ocorrência de* ***chuvas fortes*** *(11,8mm) na cidade, vide pág.: 21, e há* ***sérios registros de desastres naturais*** *no banco de dados do IpMET*".

De outra parte, cumpre destacar que a ré, embora alegue que seu sistema não indicou falha no fornecimento de energia elétrica na unidade consumidora dos segurados da autora, não trouxe aos autos prova alguma nesse sentido, ônus que lhe incumbia. Destaca-se que as do sistema interno da concessionária não se prestam para demonstrar a inexistência de distúrbios elétricos ou que a parte ré se preparou adequadamente para evitar oscilações em sua rede.

Nesse contexto, é inequívoco o nexo de causalidade entre os danos alegados pelo segurado em seus aparelhos eletroeletrônicos e a falha na rede elétrica da requerida.

Em caso análogo, assim já decidiu essa C. 11ª Câmara de Direito Privado:

"***ENERGIA ELÉTRICA - Ação regressiva*** *- Sentença de procedência - Irresignação da ré - Cerceamento de defesa - Não acolhimento - Causa que estava madura para julgamento na oportunidade - Impossibilidade de realização de perícia técnica dos equipamentos danificados e desnecessidade da prova testemunhal almejada - Inteligência do art. 370, do Código de Processo Civil - Unilateralidade dos laudos técnicos, que é ínsita ao mérito da demanda - Falta de interesse de agir - O procedimento administrativo não é condição de procedibilidade ao ajuizamento da ação de regresso - Ilegitimidade passiva - Inocorrência - Alegação de ilegitimidade passiva que se entrelaça de modo inelutável com o mérito - Inépcia da inicial - Inocorrência - Documentação referente a cada segurado anexada à exordial - Ação proposta pela seguradora contra a distribuidora de energia elétrica - Oscilação de energia, decorrente de fenômeno natural, que danificou aparelhos dos segurados da apelada - Fortuito interno - Pagamento da cobertura securitária - Sub-rogação - Responsabilidade objetiva da distribuidora - Artigo 37, § 6º da Cons-*

tituição Federal - ***Laudos técnicos válidos, que foram elaborados por terceiros, que não denotam relação com a autora - Pagamento comprovado, por meio de documentos de instituições bancárias, devidamente autenticados*** - *Sucumbência - O defeito na prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica consistiu na causa da propositura da demanda, razão pela qual é de rigor sua responsabilidade pelo pagamento da verba sucumbencial - Sentença mantida - Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.*" (TJSP; Apelação Cível 1002604-74.2018.8.26.0360; Relator (a): Marco Fábio Morsello; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/03/2020; Data de Registro: 10/03/2020, grifos nossos)

É oportuno destacar que não socorre a ré o argumento de que, pelo fato de os danos causados aos segurados da autora decorrer de descarga elétrica, resta configurada a hipótese de força maior, excludente de responsabilidade.

Com efeito, embora, em regra, a queda de um raio configura força maior, na hipótese, levando em consideração que a atividade econômica desenvolvida pela requerida é o fornecimento de energia elétrica, conclui-se que eventos naturais desta espécie fazem parte dos riscos assumidos em sua consecução.

Assim sendo, o evento se equipara a fortuito interno, inerente aos riscos assumidos no exercício da prestação dos serviços, sendo necessária a demonstração, por parte da requerida, de que tenha se preparado adequadamente para o enfrentamento de tais eventos.

Registre-se que a requerida não apresentou elemento algum capaz de demonstrar quais medidas foram adotadas de modo a prevenir a ocorrência de danos pela queda de raios, ou mesmo o emprego de dispositivos de segurança para evitar oscilações no fornecimento, não se desincumbindo, assim, de seu ônus probatório.

Neste sentido:

"*REGRESSIVA. SEGURO. DANOS EM APARELHOS ELETRÔNICO DO SEGURADO, EM RAZÃO DE OSCILAÇÃO DE TENSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA FORNECIDA PELA RÉ.*

1. Os danos causados aos equipamentos do consumidor, em razão da oscilação da tensão, devem ser ressarcidos.

2. Via de regra, um acontecimento natural como a queda de um raio configura "força maior", excludente de responsabilidade.

3. No ramo explorado pela ré (fornecimento de energia elétrica), todavia, esse tipo de evento faz parte dos riscos a que está exposta a prestação de serviços.

4. Equipara-se, portanto, no nosso entender, ao fortuito interno (ou seja, fato inerente aos riscos assumidos no exercício da atividade a

Acesso ao Sumário

que se prestou).

5. Essa é a razão pela qual a ela caberia demonstrar que se preparou adequadamente e se muniu do aparato tecnológico necessário para o enfrentamento de problemas relacionados com intempéries e seus desdobramentos. Ônus do qual não se desincumbiu*.*

6. Recurso não provido." (Apelação nº 1042279-19.2016.8.26.0100, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Melo Colombi; j. 31/01/2017, grifos nossos)

"*Apelação - Prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica - Ação de reparação de danos proposta por seguradora sub-rogada - Sentença de acolhimento do pedido - Reforma ligeira, para que os juros de mora sejam contados a partir da citação.*

1. Interesse de agir - Desnecessidade de prévio pedido administrativo por parte do segurado - Concessionária dos serviços que nega veementemente o direito do segurado - Resolução Aneel, ademais, não se sobrepondo ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

2. Responsabilidade objetiva - Concessionária dos serviços públicos respondendo objetivamente pelos danos causados aos usuários (CF, art. 37, §6º) - Prova dos autos bem demonstrando os danos oriundos da prestação de serviços deficiente - Prestadora de serviços ré a quem tocava o ônus de demonstrar eventual causa excludente de responsabilidade - Descargas atmosféricas, de toda sorte, não caracterizando força maior nem fortuito - Eventos previsíveis, que se inserem no chamado risco da atividade - Precedentes.

3. Correção monetária - Correção monetária devendo ser computada desde o desembolso, por se tratar de mero artifício destinado a restaurar o poder aquisitivo do capital.

4. Juros de mora - Existência de relação contratual entre a ré e os segurados - Seguradora autora que se sub-rogou nos direitos de seus segurados - Termo inicial devendo se dar a partir da citação - Sentença alterada nessa passagem.

Dispositivo: Deram parcial provimento à apelação." (Apelação nº 1066011-29.2016.8.26.0100, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 05/12/2016, grifos nossos)

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos e majoro os honorários sucumbenciais devidos pela ré para R$ 1.500,00.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32791)

Ressalvando o posicionamento da douta maioria, tenho que o recurso da autora reclamava provimento e o da concessionária ré, desprovimento.

Trata-se de ação regressiva de ressarcimento de danos materiais, visando o recebimento de valores pagos aos segurados da autora, Marco Aluísio R. de Almeida e Daise Negrisoli Abrahão, em razão de danos ocorridos em aparelhos eletro/eletrônicos a eles pertencentes decorrentes de oscilação de energia elétrica.

Inicialmente, convém destacar que no caso incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A ré apelada é concessionária de serviço público, enquanto a autora apelante, por ter se sub-rogado nos direitos dos segurados, faz jus à tutela consumerista, nos termos do artigo 3º do mencionado diploma.

Na qualidade de concessionária de prestação de serviços públicos de energia elétrica, a responsabilidade da ré é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Não é outra, ademais, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"*O entendimento desta Corte Superior é de que a responsabilidade do fornecedor por danos causados aos consumidores por defeitos na prestação do serviço de energia elétrica é objetiva*" (AgRg no AREsp 318.307/PE, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 05/03/2014).

Assim, em consideração à especialidade e hierarquia superior do código de proteção ao consumidor em relação a portarias administrativas, não se admite a aplicação de dispositivos antinômicos da Resolução nº 414/2010 da ANEEL.

Exime-se de responsabilidade a concessionária, tão somente se comprovado que o defeito do serviço inexiste, ou se provada culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do artigo 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, ônus legal do qual não se desincumbiu.

De maneira mais específica, como preconizado pelo Parágrafo único do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, exsurge o dever indenizatório de tais prestadoras de serviços públicos nos casos de danos causados em decorrência do descumprimento parcial ou total das obrigações de adequação, eficiência, segurança e continuidade.

É justamente esta a situação evidenciada no caso concreto.

Às fls. 43 e 59 foram colacionadas cópias dos avisos dos sinistros, por meio dos quais os segurados noticiaram à apelante a ocorrência de oscilações de energia e de forte chuva com descargas elétricas, que ocasionaram avarias irreparáveis em aparelho de TV, aparelho de DVD, computadores, sensores, central de alarme e centrais de portão elétrico.

Acesso ao Sumário

Os equipamentos foram avaliados por empresas sem qualquer ligação com a seguradora autora, as quais emitiram laudos técnicos, confirmando a interdependência entre os danos e a alteração de tensão na rede elétrica (fls. 41, 42 e 64), caracterizando o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido pelos segurados e o serviço prestado pela concessionária ré.

Assim, mesmo não existindo automático dever de indenizar por parte da empresa ré, responde o prestador pelo risco da disponibilização do serviço no mercado, na hipótese dos autos, pela falha ocorrida nas redes de fornecimento de energia, que desencadearam sobrecargas elétricas, competindo à concessionária ré cabal demonstração de que os consumidores teriam dado causa aos prejuízos experimentados, o que não se observa nos autos.

Neste sentido já decidiu esta Colenda 11ª Câmara de Direito Privado:

AÇÃO REGRESSIVA - Seguro - Danos ocasionados por descargas elétricas e oscilações na rede de energia elétrica - Sentença de procedência dos pedidos da autora - Irresignação da ré - Descabimento - As normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao caso, de modo que a requerida responde objetivamente pelos danos causados - Hipótese em que a autora demonstrou os danos nos equipamentos de seus segurados, além do nexo de causalidade entre os danos e a falha na rede elétrica da ré - Ausência de excludente de ilicitude - Eventos previsíveis e que fazem parte do risco da atividade desempenhada pela requerida, equiparando-se ao fortuito interno - A ré não se desincumbiu do ônus de demonstrar que se preparou adequadamente à ocorrência dos eventos naturais ou de oscilações em sua rede elétrica - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP, Apelação Cível 1036958-59.2018.8.26.0576, 11ª Câmara de Direito privado, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 07/05/2019, negritos nossos).

Prestação de serviços - Ação indenizatória regressiva promovida por seguradora - Descarga e oscilação na corrente elétrica - Danos em aparelhos eletrônicos de segurados - Responsabilidade objetiva da concessionária - Descargas atmosféricas - Excludente de responsabilidade não verificada - Não demonstração de providências para a proteção da rede de distribuição dos efeitos das intempéries - *Risco da atividade - Nexo causal e danos comprovados – Procedência - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do E. TJSP - Apelação não provida e majorada a verba honorária.* (TJSP, Apelação Cível 1033461-07.2014.8.26.0114, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gil Coelho, j. 15/05/2019).

Outrossim, não deve subsistir a alegação da concessionária de energia apelada de existência de excludente de responsabilidade em razão de causa de força maior, advinda de eventos naturais, porquanto a ocorrência de tais fenômenos (raios, chuvas, etc.), considerando o ramo de atividade econômica ex-

Acesso ao Sumário

plorado, são plenamente possíveis e previsíveis, além de fazer parte dos riscos assumidos pela concessionária de energia elétrica em razão da atividade profissional que optou por desenvolver, cabendo à referida empresa a demonstração de ter tomado medidas necessárias para enfrentar esse tipo de evento, o que não se verificou na hipótese dos autos.

Desse modo, as provas técnicas ratificaram a narrativa da segurada da autora, ligando os danos verificados ao serviço prestado pela empresa ré, de modo que demonstrado o nexo de causalidade no caso concreto.

Anote-se, por fim, a prescindibilidade da obrigação da seguradora de preservar os aparelhos danificados, sob a justificativa de garantir o exame pela companhia de energia elétrica dos efetivos danos ou a elaboração de perícia judicial, se os danos sobre referidos objetos puderam ser demonstrados por meio de outras formas de prova, como ocorre no caso presente, tendo sido acostados pela apelante à sua inicial, como já dito acima, laudos elaborados por técnicos que não mantém relação com a seguradora.

Assim, **pelo meu voto, dava provimento ao recurso da autora, para julgar procedente a ação, com a condenação da concessionária ré ao pagamento em favor da autora do valor de R$ 4.364,90 (quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais e noventa centavos), corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP desde a data do desembolso e com a incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, e negava provimento ao recurso da ré, mas a douta maioria convenceu-se do contrário.**

WALTER FONSECA, Relator Sorteado

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 36550)

Pretensão de recebimento de quantia de dinheiro julgada procedente, em parte, adotado o relatório da r. sentença. Embargos de declaração rejeitados. Em apelação, a autora alegou que bens eletroeletrônicos de segurados foram danificados após distúrbios elétricos da rede da apelada, a qual não reparou sua rede com dispositivos de segurança; que foi julgada procedente, em parte, por ter o laudo afastado o nexo de causalidade pelos danos causados ao segurado Marco de Almeida; que a distribuidora deve registrar as ocorrências de perturbações na rede; que provou que os equipamentos foram danificados por pico de tensão da rede da apelada e esta apresentou telas sistêmicas que nada provam; que a apelada deve ser condenada a lhe ressarcir o que pagou ao segurado, dada a responsabilidade objetiva, não prosperando a alegação de problemas nas instalações internas do segurado; e que requer o total provimento a este recurso.

A ré também apelou, alegando a não comprovação do nexo causal entre o

Acesso ao Sumário

alegado dano e a sua prestação de serviço e que a responsabilidade objetiva não é responsabilidade absoluta. Disse que não se apurou dano na fonte dos aparelhos. Postulou pela improcedência da ação.

Conforme a inicial, a autora indenizou os segurados seus Marco de Almeida e Daise Abrahão, o primeiro no tocante a uma TV 40 e um DVD Philips e a segunda no que se refere a um sistema de proteção (alarmes, transformador, sirenas, sensores, centras do portão, CPU).

O documento de fls. 41 aponta curto circuito no DVD, por provável alta tensão de alimentação. O documento de fls. 42 é sobre a TV com mesma provável causa.

Os danos nos portões automáticos estão a fls. 58. Os danos, conforme fls. 61, seriam decorrentes de fortes chuvas, com oscilações de energia.

O laudo pericial tem conclusão sobre os equipamentos do segurado Marco no sentido de que não foram os danos provados por oscilação da rede de energia da Concessionária. Com relação à segurada Daise, a conclusão é de que os danos decorreram de sobrecarga excessiva de energia elétrica advinda da rede da Concessionária (fls. 318).

Em consequência do resultado da perícia, foi a ação julgada procedente, em parte, para condenar a ré a pagar R$3.210,00, relativamente aos danos de equipamentos da segurada Daise.

Com o maior respeito, a ação é improcedente. Nem mesmo o laudo pericial tem o condão de amparar o ressarcimento parcial posto na r. sentença. A sobrecarga de energia elétrica por si só não tem o condão de retratar a causa dos danos dos equipamentos relativos aos portões automáticos, pela simples consideração dos inúmeros prédios com sistema de proteção e automação semelhantes que não são danificados em razão de sobrecarga de energia advinda da rede de energia da concessionária.

Havia necessidade de exame do sistema então existente, para se saber se era dotado de proteções próprias contra as oscilações de energia. De notar que no laudo, o perito escreveu que os equipamentos danificados haviam sido descartados (fls. 315).

Nos termos do CC, arts. 349 e 786, a seguradora sub-roga-se nos direitos dos consumidores, passando a ocupar a posição deles em relação à ré.

Na forma da CF, art. 37, § 6º, e a teor do que dispõe o CDC, art. 14, a responsabilidade da concessionária de serviço público é objetiva quanto às falhas na prestação de seus serviços. Tal conclusão, todavia, não conduz à responsabilização civil automática da ré, como se fosse desnecessária a comprovação do nexo de causalidade entre os danos narrados e a conduta da prestadora de serviço.

Na relação entre seguradora e segurado, comprovado o sinistro, ou seja, o

Acesso ao Sumário

dano em equipamentos elétricos e ou eletrônicos, deve a seguradora indenizar o segurado. Para tanto, basta a comprovação do dano.

Todavia, para a pretensão de ressarcimento, em regresso, contra a concessionária de energia elétrica, há necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre o serviço de fornecimento de energia e o dano. Para tanto, além da comprovação dos bens danificados, de mister a comprovação da regularidade das instalações elétricas do prédio onde localizados os bens sinistrados e a prova de defeitos na rede elétrica da concessionária.

Não foi demonstrado o nexo de causalidade entre a prestação de servido de fornecimento de energia elétrica de responsabilidade da ré e o dano.

Quando se trata de ação judicial relativa a dano em equipamento elétrico ou eletrônico, deve-se cogitar que o dano verificado pode ser próprio do equipamento, como a apresentação de defeito na sua fonte de energia, sem esquecer que há equipamentos de tipos diferentes, com sensibilidades elétricas diversas, que não podem ser supridos por energia elétrica de forma igual, não tendo sentido, por exemplo, que um computador seja ligado diretamente na rede elétrica sem a utilização de protetor, como estabilizador ou filtro de linha, sendo que essa proteção a mais nem sempre será necessária no tocante, também por exemplo, a um fogão elétrico.

Cabe reiterar que a responsabilidade da concessionária de energia elétrica é objetiva, mas é necessária a prova do nexo de causalidade entre o defeito no fornecimento de energia elétrica e o dano para a responsabilização civil.

O dano pode decorrer de sobretensão ou oscilação elétrica, quer por falha na rede de distribuição, quer por ser defeituosa a fiação interna do imóvel, além de ser possível, ainda, que a tensão regular, normal, simplesmente nada tenha a ver com o dano em determinado bem ou equipamento, que já se encontrava com defeito próprio no seu controle interno de entrada de energia.

Há necessidade de comprovação do nexo de causalidade para se pensar na responsabilização da concessionária de energia elétrica. Nexo de causalidade diz respeito à causa. É absolutamente impróprio deduzir a causa pelo exame do bem ou equipamento danificado. O exame pelo bem ou equipamento danificado é exame do efeito e não da causa. Simples assim. Não tem sentido dizer, como causa, de defeito da rede de distribuição apenas por meio de exame do bem danificado. Um aparelho com sua parte elétrica danificada é um aparelho que tem sua parte elétrica danificada, não se concluindo de forma exclusiva e certa que o dano decorreu da energia fornecida pela concessionária.

Também não se pode esquecer que, se um imóvel não tem proteção própria, a queda de raio em suas proximidades poderá acarretar danos em bens no seu interior e também na sua parte externa, sem qualquer relação com a qualidade do serviço prestado pela concessionária de energia elétrica.

Acesso ao Sumário

A consideração do dano no equipamento como decorrente de oscilação ou sobretensão de energia elétrica, sem o atendimento a outros detalhes da ocorrência, não possibilita entender presente o nexo de causalidade, que, sem a sua comprovação efetiva, leva à inafastável improcedência da pretensão indenizatória de regresso. Em suma, é improcedente o pedido.

Arcará a autora com as custas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor corrigido da causa, já considerado o trabalho adicional nesta fase recursal.

Ante o exposto, com o maior respeito, meu voto é pelo provimento ao recurso da ré, para reforma da r. sentença e improcedência do pedido, negado provimento ao recurso da autora.

GIL COELHO, 2º Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 34790)

Com o devido respeito, ouso divergir parcialmente da solução assentada pela douta maioria, a quem rendo minhas homenagens.

Trata-se de apelação de sentença que julgou parcialmente procedente a ação regressiva de ressarcimento de danos proposta por TOKIO MARINE SEGURADORA S/A contra CPFL PAULISTA - COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, para condenar a ré a pagar à autora o valor de R$ 3.210,00, carreando-lhe, ainda, o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em mil reais (R$ 1.000,00).

As partes recorreram, a autora buscando a procedência integral da ação, enquanto que a ré luta pela improcedência, ambas reiterando os termos da inicial e da contestação, respectivamente.

Os recursos foram respondidos.

É o relatório.

No que tange à preliminar de falta de interesse de agir, acompanho o I. Desembargador designado, uma vez que, efetivamente, a busca da solução na esfera administrativa não é condição para o ajuizamento da demanda judicial.

No mérito, porém, nego provimento ao recurso da autora, provendo o da ré.

Tal qual venho decidindo em ações similares, embora a responsabilidade da ré seja objetiva por se tratar de concessionária de serviço público e também porque se está diante de relação de consumo, a indenização não decorre automaticamente, fazendo-se necessário demonstrar o nexo causal entre a conduta omissiva/comissiva da ré, ora apelante, e os danos causados no equipamento.

Acesso ao Sumário

Ao que consta dos autos, os sinistros ocorreram em 27.10.2017, em relação ao segurado Marco Aluísio e em 30.10.2017 quanto à segurada Daise, porém os avisos de sinistros somente foram abertos em 08.11.2017 e 06.11.2017, respectivamente, o que causa estranheza, em função do lapso temporal entre a ocorrência e a comunicação.

Como se não bastasse, a ré somente foi comunicada dos sinistros em 10 e 8 de agosto de 2018.

Nessa senda, ainda que a busca pela solução administrativa não impeça o ajuizamento da ação, consta da Resolução 414 da ANEEL, em seus artigos 203 e seguintes, normas a serem seguidas pelo consumidor, as quais também valem para o credor sub-rogado, encontrando-se, dentre referidas normas, o prazo de 90 dias para notificação da reclamação e a vedação ao conserto dos equipamentos antes do resultado da reclamação.

Feitas estas considerações, verifica-se que a prova está lastreada unicamente nos orçamentos fornecidos pelas empresas que vistoriaram os objetos segurados. No entanto, além da unilateralidade da referida prova, nelas não se encontra consignado, de forma expressa, em que teria consistido a queima dos objetos, nem tampouco como teriam chegado a tal conclusão.

Considere-se, ademais, que a ré não teve acesso aos aparelhos danificados.

Ora, com todo respeito, não há como aceitar referida conclusão, a título de prova do nexo causal.

Ainda que isso não bastasse, mesmo em se admitindo que os danos causados aos equipamentos teriam se dado em função de oscilação de energia ou de descarga elétrica, não há como se afirmar, diante da absoluta ausência de outras provas ou vistorias, que a alegada descarga elétrica teria ocorrido na rede que conduz a energia até a residência dos segurados, pois, obviamente, referida descarga ou defeito poderia ter ocorrido na rede interna dos imóveis, como, por exemplo, um curto-circuito.

Assim sendo, o fato de a responsabilidade ser objetiva não conduz à dispensa da prova do nexo causal.

Não existe nos autos prova produzida sob a égide do contraditório acerca da origem dos danos alegados, ônus que competia à autora.

Os documentos que instruíram a inicial não podem ser considerados isoladamente, pois são de produção unilateral, sem qualquer participação da ré, e não permitem concluir que os fatos tenham ocorrido na forma preconizada na inicial.

Cita-se, a propósito, a seguinte ementa de julgado desta Corte:

"Civil e processual. Ação regressiva de ressarcimento de danos

Acesso ao Sumário

julgada improcedente. Pretensão à reforma integral ou parcial manifestada pela autora. A empresa de energia elétrica é responsável pelos danos causados a aparelhos elétricos em decorrência de falha na prestação de serviços. Incidência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Se esses danos são ressarcidos por seguradora, esta tem o direito de requerer o reembolso, por força do artigo 786 do Código Civil. No caso concreto, todavia, não foi cabalmente demonstrado o nexo causal entre o dano sofrido pelo segurado e eventual falha no serviço de fornecimento de energia elétrica. Verba honorária de sucumbência que não pode ser reduzida, sob pena de resultar em remuneração aviltante. Arbitramento que deve ser feito por equidade, nos termos do § 8º, do artigo 85, do Código de Processo Civil de 2015. RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; Apelação 1004316-36.2017.8.26.0554; Relator (a): Mourão Neto; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/04/2018; Data de Registro: 27/04/2018).

Dessa forma, a posição da autora é demasiadamente cômoda: recebe o comunicado do sinistro, elabora unilateralmente seus laudos, avalia e aceita os valores indicados pelo segurado e indeniza, sabedora de que será ressarcida, sem sofrer qualquer prejuízo, eis que ainda se beneficia da franquia.

Ora, tal comodidade, acaba por onerar os demais consumidores de energia, uma vez que o prejuízo sofrido pela ré ao pagar a indenização, sem dúvida, de alguma maneira, será repassado nas contas de consumo.

Resumindo: a apelada vende seu produto (seguro), recebe por ele e se não ocorrer sinistro, seu lucro é integral, o mesmo acontecendo em caso de sinistro, pois apesar de indenizar o segurado, recebe o valor de volta em ação regressiva, jamais arcando com prejuízo algum.

Ora, é bom frisar que o mesmo entendimento, em relação à teoria do risco, aplica-se tanto à apelante quanto à apelada, porquanto ambas as atividades se acham inseridas nesse contexto, o que significa dizer que para propor a ação regressiva, deve a seguradora fazer prova constitutiva do seu direito, demonstrando a existência de nexo causal entre o dano e o ato ilícito do qual se originou, não bastando a realização de provas unilaterais, das quais a ré não participou na formação.

Nessa conformidade, a improcedência da ação era de rigor.

Posto isso, pelo meu voto, negava provimento ao recurso da autora e provia o da ré para reformar a sentença e julgar a ação improcedente, invertendo o ônus da sucumbência.

MARINO NETO, 4º Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004899-15.2020.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante JADSON COELHO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MRV PRIME IX INCORPORAÇÕES SPE LTDA.

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 30668)**

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

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Instalação de caixas de sistemas elétricos em área privativa de imóvel (quintal) - Necessidade de ingresso na área privativa do apartamento, para manutenção das caixas, afrontando a intimidade e privacidade do adquirente - Danos materiais não comprovados - Danos morais caracterizados - Indenização que deve ser fixada com razoabilidade e proporcionalidade - Decadência inocorrente - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Apelação interposta em face de r. sentença de fls. 493/495, relatório adotado, que, em ação indenizatória, julgou improcedente o pedido, condenando o autor às custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade.

Alega o apelante a ausência de informação acerca da instalação de caixa de sistemas elétricos em sua unidade autônoma, o que acarreta a desvalorização do imóvel, além de risco de curto circuito e necessidade de ingresso em seu imóvel para manutenção. Sustenta a caracterização de dano moral, ensejando o dever de indenizar. Assevera que perícia realizada em caso análogo reconheceu a irregularidade da instalação da referida caixa (fls. 498/511).

Recurso processado, isento de preparo.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 565/586, com prejudicial de decadência.

É o relatório.

A prejudicial de decadência da pretensão não prospera. O presente caso não se trata de vício de produto, mas de fato do imóvel, uma vez que a instalação de caixas de passagem de rede elétrica comum na unidade do autor acarreta prejuízos à regular utilização do imóvel, além de provocar a desvalorização do bem.

Desta forma, tratando-se de vício aparente, aplica-se o prazo prescricional de 5 anos, nos termos do art. 27 do CDC, contados do conhecimento do dano e de sua autoria, no caso dos autos, da data da entrega das chaves, que ocorreu em 2015.

Superada a prejudicial, extrai-se dos autos que o autor adquiriu unidade imobiliária no pavimento térreo, tendo sido surpreendido com a instalação de caixa de eletricidade em sua unidade autônoma, a qual estaria irregular.

Certo que a prova pericial constatou a existência da aludida caixa de sistemas elétricos na área privativa do imóvel do autor. Contudo, não restou constatado que ela tenha sido realizada de maneira equivocada, ou em detrimento de normas administrativas (fls. 356/373).

Não obstante, nada, absolutamente nada, indica tenha o autor recebido qualquer informação a respeito da existência da caixa, em área privativa que era destinada ao lazer dos moradores do imóvel.

O contrato celebrado entre as partes é regido pelo Código de Defesa do Consumidor, e era ônus da ré comprovar que o autor estava plenamente informado de que, em área privativa e destinada à utilização pelos ocupantes, estava instalada uma caixa de eletricidade e uma grelha para escoamento de águas pluviais e lavagem de ambiente que, conforme indicação do perito, o ideal seria a inexistência de quaisquer caixas de passagem em área privativa (fls. 364).

A despeito do alegado pela ré, a existência de tal caixa no imóvel, constitui transtorno que ultrapassa o mero aborrecimento. Embora o perito tenha verificado que a manutenção da caixa não é comum, esclareceu que quando houver necessidade de troca das fiações ou modificação no sistema (fls. 369), é preciso adentrar nas dependências da unidade do autor, a fim de que se realize o reparo *in loco* (fls. 365/366).

Assim, em que pese não ter sido constatada desvalorização do imóvel a ensejar reparação por danos materiais, o dano moral é evidente.

Ressalte-se que, em casos semelhantes, sua ocorrência já foi reconhecido por este Tribunal:

> "AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - Aquisição de unidade imobiliária - Existência de caixa de passagem elétrica em área privativa - Imóvel dotado de quintal privativo, destinado a lazer - Prova pericial que consta-

Acesso ao Sumário

tou a desvalorização do imóvel - Necessidade eventual de manutenção da caixa que justificará a entrada de estranhos, trazendo transtornos à família - Ausência de comprovação de que o autor tivesse sido cientificado da existência da caixa - Dano moral configurado - Fixação do valor em R$ 10.000,00 - Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1029649-55.2016.8.26.0576; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/03/2019; Data de Registro: 22/03/2019).

"Ação de indenização por danos materiais e morais - Inocorrência de prescrição ou decadência - Artigo 618 do Código Civil que indica prazo de garantia nas unidades de construção civil - Ação indenizatória que não se confunde com pretensão de desfazimento do negócio ou abatimento do preço - Constatação após a entrega do bem da existência de caixa de passagem elétrica na área privativa do apartamento adquirido pelo autor - Área denominada 'quintal' e que deveria servir para lazer da família - Necessidade de ingresso de estranhos no apartamento para a realização de manutenção - Transtorno que extrapola o mero aborrecimento caracterizando danos morais indenizáveis - Fixação do valor de indenização que deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Redução para R$10.000,00 - Recurso provido em parte. Dá-se provimento em parte ao recurso." (TJSP; Apelação Cível 1014778-12.2016.8.26.0320; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2019; Data de Registro: 26/02/2019).

"COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Ação de indenização por danos morais, ajuizada por adquirente de imóvel - Sentença de procedência - Inconformismo exclusivo da construtora ré, buscando a reforma da decisão e o afastamento do pedido inicial - Inadimplemento contratual constatado - Inexistência de prévia informação sobre a instalação de caixas de passagem de eletricidade no imóvel do comprador - Dano moral verificado - Prejuízo à utilização da área externa - Descumprimento de norma técnica - Necessidade de entrar no imóvel periodicamente para manutenção das caixas - Violação de direitos da personalidade - Dever de indenizar reconhecido - Manutenção do édito condenatório em reparação moral - Montante fixado de R$15.000,00, que não se mostra exacerbado ante as circunstâncias do caso - Sentença mantida - Apelo desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1008240-02.2018.8.26.0625; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2018; Data de Registro: 11/12/2018).

"CONTRATO - Compra e venda de imóvel em construção - Publicidade enganosa por omissão - Danos materiais e morais - Falta de informação clara, precisa e ostensiva acerca das qualidades essenciais da unidade adquirida pela autora - Decadência afastada - Pretensão condena-

Acesso ao Sumário

tória que se sujeita ao prazo prescricional geral de dez anos - Teoria do Diálogo das Fontes - Caixa de passagem elétrica do empreendimento construída em área privativa - Frustração de legítimas expectativas da autora - Rés que não cumpriram adequadamente o dever de informação - Laudo pericial que concluiu que a existência da caixa de passagem em área privativa desvaloriza o imóvel - Necessidade de manutenção preventiva - Instalação da caixa em área privativa da unidade que poderia ter sido evitada - Indenização por dano material devida - Valor de desvalorização apurado em perícia - Dano moral configurado - Publicidade enganosa - Valor arbitrado de forma razoável e proporcional - Sentença mantida - Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1008366-31.2017.8.26.0320; Relator (a): Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/10/2018; Data de Registro: 15/10/2018).

Nesse contexto, irrefutável o dano moral, que decorre do desconforto extraordinário de ter em seu quintal privativo uma caixa de sistema elétrico que pode ferir a privacidade da família, circunstância não informada corretamente quando da aquisição e que ultrapassa o mero incômodo.

No tocante ao *quantum* indenizatório, é cediço que a fixação do valor do dano moral deve levar em consideração as funções ressarcitória e punitiva da indenização. Da confluência destas duas funções extrai-se o valor da reparação.

Nesta senda, considerando-se a extensão do dano, bem como a capacidade econômica das partes, entende-se que R$3.000,00 (três mil reais) é quantia que se mostra adequada para indenizar o autor pelos prejuízos sofridos, sem acarretar enriquecimento sem causa.

Tal montante deverá ser atualizado pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal desde a data do acórdão e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Reformada a r. sentença e, diante da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com metade das custas e despesas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da parte adversa de 15% sobre o valor da condenação, observada a gratuidade em relação ao autor.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007461-89.2021.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante NELSON SAVIO VELOSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG S/A.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.756)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO GOSSON (Presidente) e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 5 de novembro de 2021.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. OPÇÃO DE SAQUE NO CARTÃO DE CRÉDITO COM CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO (RMC). ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE FALSIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS APOSTAS NOS CONTRATOS. PERÍCIA GRAFOTÉCNICA INVIABILIZADA POR DESINTERESSE DO RÉU, QUE DEIXOU DE EFETUAR O PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. PRECLUSÃO DA PROVA TÉCNICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. ORIENTAÇÃO FIRMADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS. SÚMULA 479 DO E. STJ. PEDIDOS INICIAIS ACOLHIDOS. DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE DEDUZIDOS DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO AUTOR, DE FORMA SIMPLES, E REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS CAUSADOS. INDENIZAÇÃO ORA ARBITRADA EM R$ 5.000,00, AUTORIZADA A COMPENSAÇÃO COM O CRÉDITO PROMOVIDO AO AUTOR. INVERSÃO DA DISCIPLINA SUCUMBENCIAL. - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Trata-se de tempestivo recurso de apelação (fls. 278/296), dispensado do recolhimento do preparo, interposto contra a r. sentença de fls. 258/264, não

declarada (fls. 275), que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observados os efeitos da gratuidade de justiça deferida.

Inconformado, recorre o autor. Alega que não solicitou o cartão de crédito, nem tampouco autorizou o banco/réu a promover descontos mensais em seu benefício previdenciário. Sustenta que incumbe ao réu provar a contratação válida e regular, ônus do qual não se desincumbiu ao deixar de recolher o valor correspondente aos honorários periciais, o que inviabilizou a realização da perícia grafotécnica. Afirma que, não sendo provada a existência de contrato válido entre as partes, como ocorreu no caso concreto, a operação deve ser considerada irregular e declarada inexigível, devendo a instituição financeira devolver em dobro, os valores indevidamente descontados. Argumenta que, embora semelhantes, as assinaturas são divergentes e incongruentes em diversos aspectos, os quais foram apontados no parecer técnico juntado com a inicial. Aduz nunca ter realizado saques ou compras com o cartão de crédito. Assevera que os danos morais sofridos foram devidamente comprovados. Por tais motivos, pugna pelo provimento do apelo, a fim de que a ação seja julgada procedente, ou, alternativamente, seja declarada a nulidade da sentença, com determinação de produção da prova grafotécnica pleiteada.

Contrarrazões a fls. 307/320 e memoriais a fls. 324/325.

É o relatório.

2) Admito o recurso, reconhecida sua regularidade formal, atendidos os requisitos do art. 1.010 do CPC.

Anoto que não se justifica a procrastinação do julgamento, para se aguardar a volta à rotina das sessões presenciais semanais ou por videoconferência.

Nessa conformidade, cabe desde logo promover o julgamento em sessão virtual e permanente, não se verificando qualquer prejuízo às partes, que ofertaram suas razões e contrarrazões recursais.

3) Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais e repetição de indébito ajuizada por **NELSON SAVIO VELOSO** contra **BANCO BGM S/A**, impugnando os descontos levados a efeito em seu benefício de aposentadoria, mediante comprometimento da reserva de margem consignável, para pagamento das faturas de cartão de crédito que não reconhece.

Citado, o réu apresentou contestação (fls. 70/87) e defendeu a licitude do negócio, que teria contado com regular anuência do autor às condições expressamente previstas no instrumento por ele subscrito, com a liberação dos saques realizados com uso do cartão de crédito em conta corrente de titularidade do mutuário (cópia do contrato juntada a fls. 88/101).

Acesso ao Sumário

As partes foram instadas a especificar provas, ocasião em que o réu afirmou não ter provas a produzir (fls. 239/240), e o autor insistiu na falsidade das assinaturas lançadas e pleiteou a produção de prova pericial grafotécnica (fls. 236/238).

Por decisão de fls. 241/242, foi determinada a produção de prova pericial grafotécnica e intimado o banco/réu para efetuar o depósito dos honorários periciais, sob pena de preclusão da prova. Ocorre, no entanto, que a perícia técnica não foi realizada, pois o pagamento dos honorários periciais não foi providenciado pela instituição financeira, apesar de novamente intimada para fazê-lo a fls. 253/254 (vide certidão de fls. 257).

Em seguida, foi proferida a r. sentença de improcedência (fls. 258/264).

4) Respeitado o entendimento em sentido contrário do Juízo *a quo*, o recurso do autor comporta provimento.

Na petição inicial, o autor afirmou que nunca realizara a celebração de contrato de cartão de crédito com o banco/réu (fls. 01/24); por ocasião do oferecimento de réplica à contestação, por sua vez, arguiu a falsidade das assinaturas lançadas nos contratos juntados aos autos pelo requerido e insistiu nos argumentos oferecidos na inicial (fls. 211/228).

De fato, as assinaturas constantes nos contratos juntados pelo réu (fls. 88/91 e 95/98), embora, em uma análise superficial, apresentem semelhanças com as firmas que se verificam na procuração (fls. 25) e na CNH do autor (fls. 27), diferem quando confrontados alguns padrões, como se verifica no parecer técnico juntado pelo autor com a inicial, fls. 34/43.

Por outro lado, o correspondente bancário indicado nos contratos está sediado no bairro da Mooca, na cidade de São Paulo (fls. 88 e 96), mas o autor reside na cidade de São José do Rio Preto.

Diante das peculiaridades do caso concreto, portanto, a solução da causa demandava a produção de prova pericial grafotécnica, realizada por *expert* de confiança do Juízo, para se verificar se os autógrafos constantes dos contratos efetivamente emanaram ou não do punho do autor. Tratou-se, inclusive, de ponto controvertido fixado em decisão saneadora, oportunidade em que foi deferida a produção da prova pericial (fls. 241/242) e especificado que a sua não realização ensejaria a preclusão da prova técnica em detrimento do réu, a quem incumbia provar a autenticidade das assinaturas (fls. 253/254).

No entanto, a produção da prova ficou prejudicada por desinteresse do réu, que, intimado a efetuar o pagamento dos honorários periciais, quedou-se inerte (fls. 257).

Diante desse cenário, imperioso reconhecer que houve preclusão da prova técnica em desfavor do banco/réu, e, à mingua de comprovação da existência do negócio jurídico e da veracidade das assinaturas constantes dos contratos, ônus

Acesso ao Sumário

que lhe cabia, configura-se o fortuito interno no caso, incidindo a Súmula 479 do e. STJ: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

Destarte, não é válido o contrato juntado pelo réu, que não contou com a manifestação de vontade do autor e, consequentemente, são indevidas as cobranças nele fundamentadas, com a responsabilização do apelante quanto aos danos causados, incluindo-se a devolução das quantias deduzidas do benefício previdenciário do autor, pois inexistente base fática para tanto, além da indenização pelos danos extrapatrimoniais causados.

Assim, não demonstrada a efetiva contratação, de rigor a declaração de inexistência do negócio jurídico discutido na demanda (cartão de crédito consignado), com a consequente devolução dos valores deduzidos do benefício previdenciário do autor, de forma simples, acrescidos de juros de 1% ao mês a contar da citação (CC, art. 405) e correção monetária desde cada desembolso.

Nesse sentido, já decidiu este e. Tribunal de Justiça bandeirante:

"*DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. Contrato de empréstimo consignado não reconhecido pela autora. Impugnação da assinatura. Autenticidade da firma não provada pelo réu, ônus que lhe cabia. Inteligência do art. 429, II, do NCPC. Higidez da contratação não demonstrada. Negócio inexistente. Restituição dos valores indevidamente retidos do benefício previdenciário da autora. Dano moral. Ocorrência. Inscrição indevida do nome da autora no rol de inadimplentes. Dever de reparar. Quantum fixado em dez salários mínimos. Razoabilidade e proporcionalidade. Conversão para reais. Necessidade. Inteligência do art. 7º, IV, da CF. Precedentes do STJ. Sentença mantida.*" (Apelação nº 1006623-06.2016.8.26.0066, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 24.11.2017).

5) Quanto aos alegados danos morais, não há como deixar de se reconhecer que o apelado sofreu aborrecimentos que extrapolam a esfera do mero dissabor, visto que teve seu benefício previdenciário diminuído, com efetivo prejuízo da própria manutenção.

Em relação ao *quantum* da indenização, cumpre lembrar que a mensuração do dano moral deve contemplar, precipuamente, as funções ressarcitória e punitiva, levando-se em conta, respectivamente, a repercussão dos transtornos sofridos pelo autor e, de outra parte, sob a ótica do desestímulo, a reprovabilidade da conduta do banco/réu. Deve-se ter em conta, também, as condições econômicas tanto do ofensor quanto do ofendido, o princípio de que a ofensa não pode servir de fonte de lucro e os precedentes jurisprudenciais em causas da mesma natureza.

Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente a reper-

Acesso ao Sumário

cussão do evento danoso, o grau de culpa do agente e a atual situação econômica das partes, entendo razoável arbitrar a indenização em **R$ 5.000,00** (cinco mil reais), valor moderado, que se mostra em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade adequados para se assegurar à parte lesada a justa reparação.

Tal valor deverá ser acrescido de correção monetária desde a data da publicação deste acórdão, mais juros de mora legais desde a citação, em consonância com o verbete 362 da súmula do e. STJ e o disposto no art. 405 do Código Civil, por envolver a hipótese responsabilidade contratual.

Vale lembrar, por fim, que na ação de reparação de danos morais, em que o pedido feito na petição inicial é meramente estimativo ou sugerido, a condenação do réu em quantia inferior à pretendida pelo autor não configura sucumbência recíproca, o que impede a aplicação do art. 86, *caput* do CPC. Nesse sentido: "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*" (STJ, Súmula 326).

O crédito promovido ao autor será compensado (depósito de R$ 4.449,88, em dezembro de 2015, corrigido desde então).

Dessa forma, julgo procedentes os pedidos iniciais, para: **a)** anular o contrato objeto da ação; **b)** determinar o término dos descontos no benefício previdenciário do autor, que tenham origem no referido contrato de cartão de crédito consignado, no prazo de trinta dias, contados da intimação do réu, sob pena de multa diária a ser fixada na fase de cumprimento de sentença; **c)** condenar o réu ao pagamento dos valores descontados indevidamente, na forma simples, acrescidos de correção monetária desde cada desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; **d)** condenar o réu a pagar R$ 5.000,00 ao autor, a título de reparação do dano moral, com correção monetária a contar da publicação deste Acórdão data (Súmula 362/STJ) e de juros de mora de 1% ao mês desde a citação; **e)** autorizar a compensação com o crédito promovido ao autor; **f)** condenar o réu ao pagamento da integralidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ora arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da soma das condenações (letras "c" e "d").

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso**, para os fins mencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002254-68.2019.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que é apelante NATALIA GOMES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MAGAZINE LUIZA

Acesso ao Sumário

S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 277/2021)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente sem voto), ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO e ALFREDO ATTIÉ.

São Paulo, 8 de novembro de 2021.

LUÍS ROBERTO REUTER TORRO, Relator

Ementa: Compra e venda on-line por intermédio de sítio eletrônico. Ação de indenização por danos materiais e morais. Não ocorreu tradição do bem adquirido e nem o reembolso do valor pago. Ação julgada parcialmente procedente. Danos morais afastados. Apelação da autora. Pretensão à condenação do réu em danos morais pelo não cumprimento do contrato, não devolvendo o valor pago e obrigando a autora a acionar o judiciário. Descabimento. Circunstâncias que não geram dano moral indenizável. Frustração que não extrapola a esfera de meros aborrecimentos. Majoração dos honorários sucumbenciais previstos no artigo 85 do CPC indevida. Não acolhimento. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais movida por Natalia Gomes da Silva (Justiça Gratuita) em face de Magazine Luiza S/A, julgada parcialmente pela r. sentença de fls. 82/85, condenada a ré a restituir à autora o valor de R$ 447,07 (quatrocentos e quarenta e sete reais e sete centavos), nos termos da fundamentação, com atualização monetária desde a data da distribuição desta e juros de mora de 12% ao ano desde a citação.

Em razão sucumbência, a requerida arcará com as despesas do processo, fixada a verba honorária em 10% do valor da condenação em favor da autora, observada a gratuidade da justiça concedida à parte autora.

Inconformada, a autora recorre.

Em suas razões recursais, fls. 88/93, sustenta, quanto ao reconhecimento da indenização por danos morais, tendo em vista todo o transtorno e frustação

Acesso ao Sumário

de ter que acionar o judiciário por meio de seu advogado, o que ultrapassa o mero aborrecimento. Diz que: "É inequívoco que a Recorrente foi submetida à verdadeiro calvário para obter a solução de problemas simples, relacionados à não entrega de produto ou ainda à restituição do valor pago pelo produto não entregue, fato que constituem práticas desleais e abusivas, desrespeitando direitos básicos do consumidor (Lei 8.078/90, artigo 6º, inciso IV), gerando sérios transtornos, constituindo dano moral indenizável (Lei 8.078/90, artigo 6º, inciso IV)" Cfr. 91. Desse modo requer a condenação da ré por danos morais pelo descaso, frustração e desrespeito com o consumidor. Postulam a reforma da r. sentença com a procedência da ação e a majoração dos honorários advocatícios para o patamar de 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões da ré a fls. 102/123.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do necessário.

O recurso não comporta provimento, respeitado entendimento em sentido diverso.

No presente caso, a discussão versa sobre pedido de indenização por danos morais, tendo em vista a não entrega do produto e não ressarcimento dos valores, cuja venda foi intermediada em endereço eletrônico da ré.

Em que pese o inconformismo da autora, como decidido, não vislumbro a ocorrência de danos morais.

As situações elencadas nos julgados abaixo refletem esse sentimento de não ter havido danos morais, a se conferir:

"*O puro e simples descumprimento de deveres contratuais não autoriza, automaticamente, o reconhecimento de dano moral, resolvendo-se as situações e os eventos no âmbito exclusivamente patrimonial*". *(STJ, REsp 151.322-RS, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 02.12.02, p.303)*;

"*O mero inadimplemento contratual não enseja, por si só, indenização por dano moral. 'Salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana'. (REsp n. 1.129.881/RJ, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, 3ª Turma, unânime, DJe 19.12.2011)*". (*AgRg no AgRg no Ag 546.608, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 3.5.2012*).

Na doutrina não há dissenso.

Para caracterizar o dano moral não basta a existência de qualquer contrariedade, dissabor ou incômodo, mas sim, a presença de dano grave a justificar a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao "ofendido", como prele-

Acesso ao Sumário

ciona Sérgio Cavalieri Filho:

"*Nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos*". (*in "Programa de Responsabilidade Civil", 9ª ed., Editora Atlas, 2010, p. 87*).

Neste sentido, a jurisprudência:

"Bem móvel - Compra e venda - Ação de indenização - Produto não entregue - Rescisão contratual com a devolução da quantia paga em dobro em ação anterior - Danos morais - Inocorrência - Mero aborrecimento que não configura prejuízo passível de indenização - Improvimento do recurso." (Ap. nº 0161706-76.2001.8.26.0577, 26ª Câm. Dir. Priv., Relator: Vianna Cotrin, j. 29.9.2016).

"INDENIZAÇÃO - Danos materiais e morais - Compra pela internet - Hipótese em a mercadoria não foi entregue, não obstante o pagamento - Inadimplemento contratual que impõe a devolução do valor desembolsado, com os acréscimos legais, desde o desembolso, mas que não implica em dano moral - Mero aborrecimento que não permite a condenação em verba indenizatória - Sucumbência recíproca - Sentença de parcial provimento mantida - Recurso não provido, com observação" (Apelação nº 1022649- 96.2015.8.26.0007, Comarca: São Paulo 13º Vara Cível, Relator: Heraldo de Oliveira, j. 12.8.2016).

Dessa forma, os autores não demonstraram que o fato ocorrido causara incômodo ou perturbação capaz de extrapolar a esfera do mero aborrecimento, alcançando nível de anormalidade incomum.

Ademais, o patamar de honorários sucumbenciais fixado pelo d. juízo está de acordo com o artigo 85, § 2º do CPC, portanto não há o que se falar em sua elevação.

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença atacada, tal como lançada.

Por fim, tendo em vista o disposto no artigo 85, § 2º do CPC, fixo a verba honorária em favor da ré em 10% do valor da condenação.

Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da autora, nos termos acima alinhavados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação Cível nº 1004941-90.2021.8.26.0114, da Comarca Campinas, em que é apelante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, são apelados G.J.B. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e KARINA JARDINE (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

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 29.916)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2021

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Autor que é portador de "Síndrome Di George" (CID10 - D82.1). Negativa de cobertura para seu tratamento. Ré que alega ausência de previsão no rol da ANS e exclusão contratual. Abusividade reconhecida. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula 102 deste Tribunal de Justiça. Observância à RN 469/2021 da ANS, utilizada por analogia, ao caso em tela. Sentença de procedência mantida. Honorários sucumbenciais majorados para 13% do valor da causa (art. 85, § 11, do CPC). Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, julgada procedente pela r. sentença de págs. 297/299, cujo relatório adoto, para confirmar a tutela de urgência e condenar a Ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 12% do valor atualizado da causa.

Apela a Ré (págs. 306/323) para alegar, em síntese, que o plano de saúde não é obrigado a fornecer tratamento fora do rol da ANS. Enuncia não ser razoável impor à operadora a obrigação de cobertura irrestrita, por métodos alternativos não contemplados na ANS, na medida em que acaba por desqualificar o contato e o caráter regulatório da ANS, dando ao médico solicitante aval para atuar

livre de questionamentos. Esclarece que a cobertura de tratamentos previstos pela ANS, na verdade, é forma segura de conferir às partes equilíbrio contratual. Afirma que, na hipótese, não parece razoável impor-lhe método de tratamento alternativo, ainda não reconhecido pela ANS. Colaciona alguns julgados acerca de seu entendimento. Alega que o rol da ANS é taxativo. Cita parecer recente da ANS acerca da não obrigatoriedade de fornecimento de tratamentos fora do rol. Reitera que os tratamentos pleiteados na inicial não possuem cobertura contratual, pelo fato de não constarem no rol da ANS, considerado que a própria autarquia, reguladora de sua atividade, é quem determina o que deve ou não ser coberto pelos planos de saúde. Informa que as coberturas obrigatórias dos planos de saúde regulamentados são determinadas pela ANS, não se tratando de liberalidade, consoante disposição da Lei nº 9.656/98. Afirma que tem o dever de fornecer ao Apelado os tratamentos pelos métodos que tem cobertura contratual, previstos no rol da ANS, e não aqueles que pleiteia na exordial. Enuncia que o próprio NAT-JUS do E. TJSP, por meio da Nota Técnica 28/2020, já confirmou que não existem evidências científicas de superioridade do método alternativo, frente aos tratamentos tradicionais fornecidos. Reitera que a cobertura contratual não deve se dar em conformidade com a vontade da beneficiária, mas sim de acordo com as determinações editadas pela ANS. Ressalta que não há comprovação de que as técnicas alternativas prescritas são superiores ou mais eficazes que aquelas convencionais oferecidas pelo plano de saúde.

Recurso recebido e processado (pág. 326). Preparo anotado (págs. 324/325). Contrarrazões ofertadas (págs. 328/345).

O Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido do não provimento do recurso (págs. 353/362).

É o relatório.

A r. sentença de págs. 297/299 não comporta reparos, como também entende a d. Procuradoria Geral de Justiça.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, na qual argumenta o Autor ser beneficiário do plano de saúde operado pela Ré. Afirma ter sido diagnosticado com "Síndrome Di George" (CID 10 - D82.1). Em razão de tais fatos, os médicos que o acompanham prescreveram a necessidade de tratamento multidisciplinar integral e ininterrupto, com: 1) Fonoaudióloga com experiência no método neuroevolutivo Bobath; 2) Terapeuta ocupacional com experiência no método neuroevolutivo Bobath; 3) Psicóloga com experiência em atendimento infantil e aplicações de ABA. Defende que a ausência dos aludidos tratamentos poderá acarretar atrasos irreversíveis no seu desenvolvimento contínuo e em sua saúde. Ressalta ter o plano de saúde negado a cobertura do tratamento, nos termos prescritos pelos médicos assistentes, sob o argumento de não constar do rol da ANS (pág. 49). Requereu fosse a Ré condenada a liberar e disponibilizar em sua rede

Acesso ao Sumário

credenciada o tratamento multidisciplinar especializado, como prescrito pelo médico, até alta médica, sob pena de multa diária.

Concedeu-se a pretendida tutela de urgência de natureza antecipada (págs. 40/41).

Assim apresentada a ação, de início ressalte-se que são aplicáveis ao caso em questão as normas do Código de Defesa do Consumidor. Nem se discute mais a aplicação deste aos contratos de plano de saúde, uma vez que o assunto já está até sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 608: *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão*).

A Ré defendeu que o procedimento informado é desvinculado da área médica convencional e que não consta do rol de procedimentos da ANS, portanto não pode ser obrigada ao custeio do tratamento.

Além da aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que a proteção contra o desequilíbrio contratual encontra guarida igualmente no Código Civil, em razão da função social do contrato, enunciado em seu artigo 421, e a observância ao princípio da boa-fé, enunciado em seu artigo 422. Ademais, necessário dizer que, em relação aos contratos de adesão, o Código Civil estabelece que se adote a interpretação mais favorável ao aderente (artigo 423).

A finalidade do contrato em questão e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, com sustento no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 422 do Código Civil, permitem o reconhecimento de que a recusa foi injusta e a cláusula contratual redigida de forma genérica não pode ser considerada válida para afastar a cobertura de tratamento, procedimento ou realização de exames, uma vez que a natureza do contrato autoriza a aplicação da legislação consumerista.

No que concerne ao diagnóstico indicado na inicial não existe controvérsia. Enuncia o relatório médico que o paciente é portador de CID10: D82.1 (pág. 30).

Acesso ao Sumário

É incontroverso ainda que a Ré negou cobertura ao tratamento, sob o argumento de que o plano de saúde ao qual o Autor aderiu garante apenas os procedimentos listados no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. No entanto, a negativa de cobertura da Ré afigura-se abusiva, em razão da aplicação da Súmula 102 deste Tribunal de Justiça que enuncia: "*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS*".

Ainda sob esse aspecto, não se ignora o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.733.013/PR, mas

é importante assinalar que não se trata de pronunciamento de efeito vinculante. Sem prejuízo, também não se pode interpretar o referido precedente de maneira literal, como pretendido pela Operadora, até porque a mesma Corte Superior, em julgamentos posteriores, manifesta entendimento a respeito do caráter apenas exemplificativo do rol da ANS:

> "*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ÓRTESE CRANIANA. ROL DA ANS. EXEMPLIFICATIVO. CUSTEIO DE PROCEDIMENTO/MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE ENFERMIDADE COBERTA. DEVER DA OPERADORA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Esta Terceira Turma tem reiterado o entendimento de que o rol de procedimentos da ANS tem caráter exemplificativo, de modo que a ausência de previsão no referido rol não afasta do plano de saúde a obrigação de custear procedimento/medicamente necessário ao tratamento de moléstia contratualmente coberta. 3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 4. Agravo interno não provido*" (AgInt no REsp 1887019/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 11/11/2020, DJe 16/11/2020 - nossos os sublinhados);

> "*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. RECUSA DE COBERTURA A PROCEDIMENTO PRESCRITO PELA EQUIPE MÉDICA. ABUSIVIDADE. ALEGAÇÃO DE PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO NO ROL DA ANS. IRRELEVANTE. ENUMERAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. PRECEDENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. REVISÃO SÚMULA 7/STJ. 1. Descabida a negativa de cobertura de procedimento indicado pelo médico como necessário para preservar a saúde e a vida do usuário do plano de saúde. 2. O fato de o procedimento não constar no rol da ANS não significa que não possa ser exigido pelo usuário, uma vez que se trata de rol exemplificativo. 3. Verificado pela Corte de origem, com suporte nos elementos probatórios dos autos, que a recusa da operadora do plano de saúde em custear o tratamento para o câncer em estado avançado ocasionou danos morais. 4. O acolhimento do recurso,*

Acesso ao Sumário

quanto à inexistência de dano moral, demandaria o vedado revolvimento do substrato fático-probatório constante dos autos, a teor da Súmula 7/ STJ. 5. Agravo interno não provido" (AgInt no AREsp 1442296/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 23/03/2020, DJe 25/03/2020 - nossos os sublinhados).

Nesse passo, irrelevante se mostra o argumento da Ré de que o contrato garante apenas os procedimentos listados no rol da ANS, uma vez que a lista de procedimentos possui natureza de diretriz e constitui referência básica aos operadores de planos de saúde na prestação dos serviços a que se propuseram e, portanto, não tem força para limitar direitos estipulados contratualmente, de modo que não prospera a insurgência em análise.

O C. Superior Tribunal de Justiça também já enunciou que não cabe à Operadora do plano de saúde a indicação do melhor tratamento ao paciente: "*Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor*" (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010).

No caso em tela, deve ser considerada ainda a recente Resolução Normativa da ANS, de nº 469, de 09.07.2021, que alterou a Resolução Normativa de nº 465, de 24 de fevereiro de 2021, e dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória de sessões com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos, para o tratamento/manejo do Transtorno do Espectro Autista (TEA), utilizado por analogia ao caso em tela.

Nem mesmo a alegação de desrespeito ao equilíbrio contratual pode justificar a aplicação da cláusula de exclusão de tratamento adequado à doença cuja cobertura é expressamente prevista, pois, ao conceder cobertura à doença, impossível o afastamento do tratamento necessário, e aqui a doença se encontra satisfatoriamente demonstrada. O quadro clínico do Autor permite concluir que os tratamentos terapêuticos indicados pelo médico especialista visam proporcionar melhor qualidade de vida a ele, com menos limitações e dependência de terceiros.

Sobre o assunto, ainda, colacionam-se julgados deste Tribunal de Justiça, em casos análogos:

"*APELAÇÃO* CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. Negativa dos procedimentos e tratamentos de 'Fisioterapia motora tradicional, Fisioterapia intensiva e manutenção com o Método

Acesso ao Sumário

Therasuit, Equoterapia, Hidroterapia, Terapia Ocupacional pelo Método Bobath, Fonoaudiologia e Musicoterapia'. Alegação de que os procedimentos não estão autorizados pela Agência Nacional de Saúde - ANS. Os fundamentos utilizados pela requerida são contrários as Súmulas 96 e 102 desta Corte. Aplicação do artigo 932, inciso IV, alínea 'a', do Código de Processo Civil. RECURSO IMPROVIDO". (Apelação 1001436-06.2015.8.26.0663; Relator (a): ANA MARIA BALDY; 6ª Câmara de Direito Privado - Data do Julgamento: 06/04/2017);

"*PLANO DE SAÚDE - Negativa, pela ré, de cobertura para as terapias de que necessita o autor, portador de 'transtorno do espectro autista' - Recusa à utilização de técnicas diferenciadas de psicoterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional - Descabimento - Sentença que condenou a requerida ao fornecimento direto das terapias recomendadas ao demandante, ou então ao reembolso das despesas com profissionais fora da rede credenciada, nos limites do que pagaria aos seus cooperados - Insurgência do autor contra o último comando do decisum que merece prosperar - Dever da ré de reembolso integral das despesas do autor com terapias feitas fora da rede referenciada, à míngua de profissionais especializados em seus quadros - Recurso provido*". (Apelação 1028363-36.2017.8.26.0114; Relator: FRANCISCO LOUREIRO - 1ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 20/04/2018);

"*PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Tutela provisória deferida em parte para impor à ré a disponibilização de clínica credenciada para o tratamento indicado ao autor, portador de autismo, ou o reembolso das terapias indicadas, nos termos do contrato. Pedido de extensão da ordem para que o reembolso das despesas com clínica particular seja integral. Cabimento. Alegação de ausência de clínicas credenciadas especializadas para o tratamento. Limitação imposta que excluiria o tratamento que foi prescrito como meio adequado e indispensável à tentativa de recuperação da higidez física do paciente, negando, pois, o próprio objetivo do contrato, o que não pode ser admitido. Medida que garante o custeio integral do tratamento. Recurso provido*". (Agravo de Instrumento nº 2048157-43.2018.8.26.0000, Rel. Des. GALDINO TOLEDO, JÚNIOR, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 10.04.2018).

No mesmo sentido, desta 3ª Câmara de Direito Privado, desde há muito já conta com entendimento nesse sentido:

"*APELAÇÃO - Plano de Saúde - Obrigação de fazer c/c cobrança - Reembolso de despesas com hospital - Empresa ré que insiste no reembolso parcial com base em tabela própria, mas não nega que o hospital seja conveniado para atendimento da autora - Cobertura do tratamento que se impõe - Reembolso que deve ser integral - Sentença que, por equí-*

Acesso ao Sumário

voco, não computou valores apresentados pela autora - Necessidade de correção dos valores que devem ser reembolsados - Limitação do número de sessões de fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional por ano - Abusividade da cláusula reconhecida - Aplicação do art. 51, IV e §1º, II, do CDC e da Súmula nº. 102 do TJ/SP - Cobertura devida. Recurso da empresa ré Improvido, com Parcial Provimento do recurso da autora". (Apelação 1049464-16.2013.8.26.0100; Relator: EGÍDIO GIACOIA; Julgamento: 16/06/2015);

Desse modo, a Ré deverá fornecer o tratamento indicado ao Autor, sem limites de sessões, na duração e quantidade determinada pelo médico especialista, e, na impossibilidade de fazê-lo, deverá realizar o reembolso integral da quantia paga, em razão da impossibilidade em fornecer o tratamento em sua rede credenciada.

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

Diante da manutenção do julgado, majoro os honorários de sucumbência então arbitrados para o equivalente a 13% do valor atualizado da causa (R$ 50.000,00), considerado que não há condenação em valor na r. sentença (art. 85, § 11, do CPC).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013020-43.2020.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARICELIO SOARES FELINTO, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO MONTE CARLO.

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 44.230)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI (Presidente sem voto), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 9 de novembro de 2021.

Acesso ao Sumário

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Condomínio - Pretensão indenizatória julgada procedente - Prova que demonstra o vazamento de água proveniente da unidade superior, afetando o elevador social e unidades inferiores - Entupimento na área externa da unidade da cobertura, que estava vazia á época dos fatos, sem comprovação da participação do condomínio ou concorrência de outro fato que eximisse o condômino da responsabilidade pelo ocorrido - Falta de manutenção periódica e adequada da unidade condominial - Dano material reconhecido e corretamente dimensionado - Apelação não provida.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de procedência da pretensão indenizatória, condenado o réu a pagar ao autor a quantia de R$ 11.468,85, a título de reparação dos danos no elevador social do edifício, corrigida desde o desembolso, acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, mais despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% da condenação.

Inconformado, o réu sustenta que a solução adotada na sentença destoa do contexto fático, jurídico e probatório presentes nos autos. Argumenta que não é responsável pelos danos no elevador social do edifício verificados na data de 9.2.2020 e que supostamente foram causados por água proveniente da sua unidade, na cobertura do prédio. Aponta contradição nas provas juntadas pelo autor, pois a notificação de fl. 96, de 12.2.2020, faz menção a agua escorrendo da unidade em direção ao elevador social quando lavada por sua auxiliar, mas o relatório de fls. 331/345 mostra que não houve entrada de pessoas na sua unidade nesse período. Destaca que as fotos juntadas não demonstram sujeira nos ralos, nem no interior do apartamento, até porque Zildeli, que trabalhou no local, confirmou em juízo que havia limpeza rotineira da unidade, bem assim a ineficiência dos ralos para escoamento da água. Salienta que as testemunhas do autor, ouvidas na condição de informantes, foram claudicantes nos relatos, sem confirmar o que foi apontado na petição inicial. Afirma que à época dos fatos choveu acima da média histórica do período, devastando vários imóveis, fenômeno da natureza que o exime de culpa pelo evento. Sustenta que somente a prova pericial poderia esclarecer os fatos, a qual não foi realizada, concluindo que foi punido pelos defeitos construtivos do prédio antigo. Em suma, insiste em que a culpa pelo evento é do autor, pois os ralos da unidade não estavam

Acesso ao Sumário

entupidos, contudo, não há vazão eficiente de água, realidade que não se alterou. Quando muito, admite a culpa concorrente, com redução da condenação pela metade, ou então o rateio entre todos os condôminos. Pede o provimento do recurso para os fins explicitados.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

A pretensão recursal não merece acolhida.

Com efeito, do estudo dos autos extrai-se o convencimento de que a água proveniente da unidade condominial do apelante atingiu o elevador social do edifício, causando os danos indicados a fls. 7/11.

Restringe-se a discussão à comprovação de excludente de responsabilidade do apelante e de culpa exclusiva do apelado pelos alegados vícios construtivos do prédio e falta de limpeza das calhas de sua responsabilidade, ou ocorrência de força maior, assim entendida a precipitação de chuvas em excesso à época dos fatos.

Sem razão o apelante, entretanto.

Não há contradição nos documentos em torno da entrada de pessoas na unidade do apelante e correlação com os eventos de extravasamento de água, com maior gravidade no dia 9.2.2020, quando escoou para o fosso do elevador, data em que a unidade estava desocupada.

As fotos, vídeos e depoimentos confirmam esse fato, restando isolada a alegação do apelante de ineficiência da rede coletora de responsabilidade do apelado, pois não se interessou pela produção da prova pericial a fim de demonstrar o alegado (fls. 266/267), nada indicando que haja problema crônico do condomínio com relação ao escoamento de água, circunscrito à unidade do apelante situada na cobertura.

O fato de se cuidar de prédio antigo, como relatado pelo próprio apelante, exige cuidado na manutenção permanente pelos condôminos, especialmente do apelante, pois é proprietário da unidade situada na cobertura, com piscina e área de lazer com parte exposta às intempéries, exigente, por isso, de manutenção e limpeza constantes.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, em que pesa a limpeza da unidade, esporádica ou não, restou incontroverso que estava desocupada à época dos fatos e, como relatou a ex-funcionária do apelante, o problema do extravasamento da água era recorrente, a despeito do que não cuidou ele de comunicar o fato ao condomínio ou contratar empresa especializada a fim de resolvê-lo.

Em suma, correta a solução adotada na r. sentença que deve ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Confira-se:

Incontroversos nos autos o alagamento da unidade do réu no dia 9.2.2020, bem como o vazamento de águas de seu apartamento ao hall

comum do elevador social, com a danificação dos equipamentos e necessidade de reparos (fl. 7/13). Os informantes e a testemunhas ouvidas nas audiências confirmaram o entupimento nos ralos externos da unidade do réu, o que dificultou o escoamento das águas no dia do evento danoso, sendo certo que as fotos e vídeos da mídia de fl. 274 corroboram a prova oral. A testemunha Zildeli Souza da Silva, que atualmente reside no apartamento, informou que o ralo não tinha vazão, desde a época em que trabalhava na residência como empregada doméstica. A prova oral produzida, bem como as fotografias e vídeos acostados aos autos dão conta de que a causa do escoamento das águas foi o entupimento dos ralos externos da unidade do réu. A causa do sinistro não pode ser atrelada ao excesso de chuvas, como sustenta o réu. Em primeiro lugar porque, a despeito de o mês de fevereiro ser sabidamente um período chuvoso na Capital, caso a chuva no dia dos fatos tivesse sido realmente excepcional, a ponto de ser considerada caso fortuito apto a afastar a responsabilidade do réu, outras unidades teriam sido alagadas, o que não ocorreu. E, segundo, não há provas nos autos de eventual falha na limpeza das calhas pelo condomínio autor, deixando o réu de requerer a produção de prova pericial para melhor averiguação dos fatos. (...) Assim, forçoso concluir que a causa efetiva do vazamento está na má conservação dos ralos da unidade do réu, os quais não apresentaram a vazão esperada. Não há demonstração de reparos periódicos para evitar o vazamento, e o imóvel encontrava-se vazio no momento do ocorrido, o que foi reforçado pelos depoimentos, bem como pelo relatório de entrada e saída da unidade apresentado às fls. 333/345. Ressalto que não houve reembolso obtido através da seguradora (fl. 346), pois não há amparo securitário para danos elétricos causados por água, qualquer que seja a sua origem, conforme previsto no contrato firmado entre o autor e a seguradora (fl. 117). Dessa maneira, está comprovado o nexo de causalidade das despesas assumidas pelo autor em razão de evento ocorrido no interior do imóvel do réu.

Por fim, não vinga o pedido de reconhecimento da culpa concorrente, pois além de constituir manifesta inovação recursal, nada indica contribuição do apelado para o dano, sobretudo porque não houve comunicação do apelante sobre eventual insuficiência do ralo existente na área externa da cobertura para escoamento da água, de modo a caracterizar omissão por parte do apelado.

Por último, em razão da instauração desta etapa recursal, da qual o apelante sai vencido, de rigor majorar os honorários devidos aos advogados do apelado para 15% da condenação, nos termos do disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Isto posto, voto pelo não provimento da apelação, majorados para 15% da condenação os honorários devidos aos advogados do apelado, nos termos acima explicitados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000029-09.2021.8.26.0257, da Comarca de Ipuã, em que é apelante DEBORA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MAGAZINE LUIZA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.156)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente sem voto), FELIPE FERREIRA e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 9 de novembro de 2021.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Compra e venda de bem móvel - Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos materiais e morais - Danos morais - Falha na entrega do produto, que gerou frustração à autora - Situação que impediu a demandante de usufruir em sua plenitude a data especial - Aborrecimentos que ultrapassam o limite do razoável - Indenização cabível - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra r. sentença de fls. 107/114, que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos materiais e morais relativa a compra e venda de bem móvel.

Apela a autora a fls. 116/123 buscando a condenação da parte apelada ao pagamento de indenização por danos morais, dado o desgaste sofrido por não ter conseguido presentear o filho no natal com o produto adquirido e que não foi entregue pela ré. Fala que houve desrespeito e descaso aos direitos, sentimentos e frustrações causados à consumidora. Requer o provimento do apelo.

Processado o recurso, com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória por danos materiais e morais relativa a compra e venda de bem móvel.

Infere-se dos autos que a autora adquiriu pelo site da empresa ré uma moto-elétrica em 06/12/2020 pelo valor de R$ 639,00 (seiscentos e trinta e nove

Acesso ao Sumário

reais) e que o produto foi adquirido para presentear o filho de 02 anos no Natal. Aduz que o produto foi entregue no dia 07/12/2020, mas ao testá-lo constatou problemas de funcionamento e por tal motivo no dia 09/12/2020 contatou a ré e solicitou a troca do produto, o que foi prontamente autorizado, com previsão de coleta da mercadoria no dia 17/12/2020.

Contudo afirma que a coleta do produto não foi realizada na data mencionada, motivo pelo qual solicitou o cancelamento da compra, porém o cancelamento e a troca não foram efetuados em tempo hábil, tendo sido o estorno realizado no cartão apenas no fim de janeiro do ano seguinte.

O caso não pode ser tido como mero aborrecimento, observando-se que, conforme se depreende da situação fática, a consumidora passou por um verdadeiro desgaste para ter sua situação resolvida. Ademais, em se tratando de presente comprado para o "natal", o tempo perdido pela recorrente diante da negligência, informações lacônicas e descaso das apeladas é mais que suficiente para configurar o dano moral, impedindo-a de desfrutar plenamente de data especial.

Nesse sentido, tem decidido esta Corte:

"APELAÇÃO - BEM MÓVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. Relação de consumo. Bem móvel. Falha dos serviços evidenciada. Ofensa ao dever de informação. Danos morais caracterizados. Situação que impediu a demandante de usufruir em sua plenitude a data especial. Fixação do patamar indenizatório consoante os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1023247-78.2019.8.26.0405; Relator (a): Antonio Nascimento; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2021; Data de Registro: 16/03/2021)

"COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL (APARELHO CELULAR) - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRODUTO ADQUIRIDO, VIA INTERNET, NÃO ENTREGUE - DIVERSAS RECLAMAÇÕES FORMULADAS - AUTOR QUE SE VIU OBRIGADO A INGRESSAR EM JUÍZO PARA RECEBER A MERCADORIA - REPARAÇÃO MORAL DEVIDA - TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR - TRANSTORNO QUE ULTRAPASSA O MERO ABORRECIMENTO - RECURSO DO DEMANDANTE ACOLHIDO, PARCIALMENTE - PROVIDO O APELO DA RÉ. Os danos morais estão caracterizados na hipótese em que o consumidor se vê obrigado a empreender inúmeras diligências visando solucionar problema a que não deu causa, ocorrendo a perda de seu tempo útil (Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor)". (TJSP; Apelação Cível 1006409-08.2017.8.26.0348; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/02/2020; Data de Registro: 10/02/2020)

Acesso ao Sumário

Portanto, a ocorrência de danos morais deve ser reconhecida e indenizada. Passo ao exame do montante da respectiva indenização.

A dosimetria deve adequar-se à frustração experimentada, levando em conta as condições pessoais dos litigantes e o caráter pedagógico da reprimenda, de maneira a evitar novos abusos, sem, contudo, atingir patamar exagerado, configurando enriquecimento sem causa do beneficiário.

No dizer de Rui Stoco:

> "Segundo nosso entendimento, a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.
>
> Evidentemente, não haverá de ser tão alta e despropositada que atue como fonte de enriquecimento injustificado da vítima ou causa de ruína do ofensor, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena, de modo a desestimular o autor da ofensa e impedir que ele volte a lesar outras pessoas. Deve-se sempre levar em consideração a máxima "indenizar ou compensar sem enriquecer" ("in" Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência - Editora RT, 8ª edição, pág. 1927).

Diante das circunstâncias que envolveram o episódio, não se distanciando também do caráter punitivo da indenização, mas aferidas as circunstâncias do fato, da autora e da ré, cabível a fixação do quantum em R$ 8.000,00 (oito mil reais) como apto a reparar os danos morais suportados, incidente correção monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça a partir desta decisão, consoante o disposto na Súmula 362 do STJ, e juros moratórios de 1% ao mês, a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Acesso ao Sumário

Por fim, invertidos os ônus da sucumbência, observando-se que o estorno foi realizado após a propositura da ação, ainda que antes da citação, os honorários advocatícios devem ser arbitrados nos termos do artigo 85, §2º do CPC. Assim, fixo os honorários advocatícios devidos pela ré para o patrono da autora em 15% da condenação.

Pelo exposto, por esses fundamentos, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005875-86.2019.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante CLAUDIO LUIZ PANTANO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SOMPO SEGUROS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5461)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente sem voto), ALFREDO ATTIÉ e ANGELA LOPES.

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Seguro. Ação indenizatória. Sentença de improcedência. Manutenção. Declaração constante no formulário de avaliação de risco que constou que o veículo não era utilizado para fins de deslocamento para universidade e que condutor entre 18 a 24 anos era apenas eventual. Aviso de sinistro em que o filho do apelante informou que se utilizava do bem por três dias na semana para ir à universidade. Risco não acobertado pela apólice contratada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 407/413, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido inicial, bem como condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários fixados em 10% sobre o valor da causa.

A parte autora, ora apelante, sustenta que o filho estava em período de recesso da faculdade quando do acidente e que, portanto, não houve agravamento do risco. Alega que a condutora principal era sua esposa e que seu filho era apenas um condutor eventual do veículo. Afirma que no dia dos fatos inexistia período letivo em curso e que seu filho não se encontrava trabalhando, como comprova CTPS. Afirma que a prova dos autos é no sentido de que sua esposa que se utilizava do veículo como condutora principal para ir e voltar do traba-

Acesso ao Sumário

lho. Sustenta que a fl. 55 é possível extrair sua boa-fé ao estender cobertura para condutores eventuais entre 18 e 24 anos. Requereu o provimento do recurso.

Recurso regularmente processado, isento de preparo (fls. 115), contrarrazões (fls. 436/458).

Sem oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal.

É o relatório, adotado no mais, o da **r. sentença.**

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais ajuizada pelo apelante em face da seguradora apelada, sob o fundamento de que 'contratou com a ré, em 02/08/2018, apólice de seguro auto para garantir o pagamento por eventuais danos em seu veículo Ford Fiesta Sedan 1.6 8v Flex, placa EEK-2829 e, segundo constou da apólice, o veículo acima era utilizado principalmente por sua esposa, Rosane, para ida e vinda de seu trabalho. Narra que, em virtude de situação eventual e específica, seu filho, Gustavo, em 18/02/2019, utilizou o veículo e colidiu na parte traseira de uma caçamba em razão de óleo na pista, gerando a perda total do bem. Pontua que não houve vítimas ou danos ao patrimônio de terceiros, de forma que não foi lavrado boletim de ocorrência na data dos fatos. Afirma que, em razão do acidente, em 27/02/2019, Gustavo enviou questionário de risco para a seguradora ré, oportunidade em que, por dificuldade na compreensão das perguntas e imaturidade quanto à seriedade do ato, prestou esclarecimentos equivocados quanto à rotina de utilização do veículo. Alega que acreditou que seu filho havia prestado as informações necessárias para abertura do sinistro e, para sua surpresa, em 01/04/2019, a resposta da seguradora foi negativa, sob a justificativa de que no ato da contratação o condutor principal seria Rosane e na informação do sinistro teria constado Gustavo e, como tal, teria aumentado seu risco, tornando lícita a recusa da indenização. Consigna que, tão logo percebeu o equívoco cometido por seu filho, elaborou carta de próprio punho para a seguradora esclarecendo os fatos, mas que, de forma ilegal e arbitrária, a ré reafirmou e negativa quanto ao pagamento da indenização, já que a utilização por Gustavo teria ultrapassado o limite permitido contratualmente'.

Acesso ao Sumário

Extrai-se dos autos que a apólice de seguro contratada (fls. 53/56) constou como condutora principal a esposa do requerente, Rosane Cristina Teixeira Pantano, (85% do tempo da semana), para ida e volta ao trabalho, negando a utilização do veículo por estudante para ida e volta à escola, mas estendida a cobertura para condutores eventuais entre 18/24 anos do sexo masculino (fls. 55).

No questionário de avaliação de risco é possível constatar que foi declarado que o mesmo não era utilizado para ida e volta de escola/faculdade (fls. 55).

Contudo, quando do aviso do sinistro, o filho do apelante reconheceu que se utilizava do bem para ida à faculdade com habitualidade, três vezes por

semana (fls. 60).

Como bem ponderado pela i. sentenciante, "*quando do preenchimento do questionário acerca dos dados do sinistro (fl. 60), o filho do requerente, Gustavo Teixeira Pantano, condutor do veículo no momento do acidente, em resposta à pergunta 'o condutor do momento do acidente utiliza o veículo em quantos dias na semana, independentemente do tempo de uso?', informou que o utilizaria 'todos os dias'. Mais adiante, prestando informações referentes à utilização e à guarda do veículo, em resposta à pergunta se era 'veículo utilizado para ida e volta ao trabalho', preencheu que 'sim', 'todos os dias'. Em seguida, questionado se se trata de 'veículo utilizado por estudante para ida e volta ao colégio/faculdade/universidade', informa que 'sim', na quantidade de '3 dias'*" (fls. 410).

Logo, há que se reconhecer que o sinistro se deu fora dos riscos cobertos pelo seguro contratado, uma vez que o filho do apelante era condutor com habitualidade para fins de deslocamento para universidade por três vezes na semana.

Reitere-se, por oportuno, que o fato de ter demonstrado que a sua esposa se utilizava do bem para deslocamento ao trabalho não elimina a hipótese de utilização concomitante por seu filho para ida e volta à faculdade, já que estudava em período noturno.

Assim, fica mantida a r. sentença.

Para fins de incidência do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que há requisitos cumulativos sem os quais não deve ensejar a respectiva majoração. São eles: decisão recorrida proferida na vigência do Código de Processo Civil atual, o recurso não ser conhecido integralmente ou desprovido em decisão monocrática ou colegiado e preexistir condenação ao pagamento de honorários desde o Juízo de origem:

> "*3. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. (AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 19/10/2017).*" (AgInt no REsp 1731129/SP, 4ª Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.12.2019).
>
> "*3. Não estão presentes os requisitos cumulativos necessários para a majoração dos honorários sucumbenciais prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015 (cf. AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 9/8/2017, DJe 19/10/2017).*" (AgInt no REsp 1824326/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.2.2020).

Acesso ao Sumário

Ante o resultado do julgamento do recurso, os honorários devidos pela parte apelante ficam majorados em 3% sobre a mesma base de cálculo fixada em sentença, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade concedida.

Registre-se que eventual oposição de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório está sujeito à pena prevista no artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil.

Considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos de declaração para este fim (Súmulas nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e nº 282 do Supremo Tribunal Federal).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0026874-85.2010.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante IVONE UZELOTO FERNANDES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados HDI SEGUROS S/A e EMPRESA DE TRANSPORTES ANDORINHA 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 24056)**

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

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - Acidente em coletivo - Colisão do ônibus na traseira de um caminhão. Prova dos autos demonstrou a presença dos requisitos da responsabilidade civil - Autora que sofreu lesões necessitando de cirurgia e desenvolveu síndrome do pânico em virtude da colisão. Dano estético de grau mínimo. Indenização fixada em R$ 30.000,00. Precedentes desta Câmara. Pensão vitalícia afastada, pois não demonstrado que a autora possuísse lesões incapacitantes para o trabalho. Denunciação da lide

procedente. Sentença reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- A sentença de fls. 544/547, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a presente ação indenizatória. Condenação da autora no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em R$ 10.000,00 na lide principal e no mesmo valor na lide acessória.

Apela a autora (fls. 550/585), esclarecendo que na data de 07.05.1991 ocupava a poltrona 03 do ônibus de propriedade da empresa demandada e que realizava o percurso Presidente Prudente-Capital, ocasião na qual acabou por se verificar acidente próximo ao município de Tatuí. Declinou que a colisão em tela decorreu de conduta do motorista do ônibus (preposto da demandada), conforme os documentos carreados na petição inicial. Asseverou que a colisão acabou por lhe ocasionar ferimentos de considerável extensão, que perduram até então e lhe ocasionam dor e sofrimento, além de alteração da sua aparência. Diante de tal quadro, entende ser de rigor a reforma da sentença a fim de se condenar as rés no pagamento de indenização por danos morais e estéticos, indenização por danos materiais correspondente ao valor do tratamento médico e indenização em virtude da redução de sua capacidade laborativa, em valor mensal durante determinado período a ser definido em sede de perícia médica.

Recurso tempestivo, sem preparo, pois a autora é beneficiária da gratuidade e com apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

2.- Passo a analisar a lide principal.

Razão parcial assiste à apelante.

Aplica-se ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, já em vigor na data dos fatos, tendo em vista que as partes se inserem nos conceitos de destinatário final (autora) e prestador de serviço (ré Andorinha).

O defeito na prestação do serviço é evidente.

Ao contrário do que afirmou o Juízo a quo, não há que se perquirir de culpa do preposto da ré, por se tratar de responsabilidade objetiva.

O contrato de transporte traz ínsita a cláusula de incolumidade, sendo obrigação do transportador não só conduzir o passageiro até seu destino final, mas conduzi-lo de modo a manter sua integridade física.

Ainda que assim não fosse, milita em favor da autora o fato de que a colisão se deu na traseira de um caminhão (fls. 44/47), quando o ônibus tentava ultrapassá-lo, incidindo a máxima de que se presume culpa de quem colide na traseira. Frise-se que não havia marcas de frenagem na pista e o ônibus estava

Acesso ao Sumário

com o tacógrafo desligado, não sendo possível aferir-se sua velocidade, conforme o laudo de fls. 44/47, acima mencionado.

Diante de tal contexto, incumbia à transportadora o ônus de demonstrar que o acidente foi causado por força maior ou de terceiros, prova que não veio aos autos, sendo patente o defeito na prestação do serviço, bem como o nexo de causalidade entre o defeito e o dano sofrido.

Nessa toada, o dano restou bem caracterizado.

A prova pericial demonstrou que há nexo causal entre as lesões sofridas e o acidente, concluindo que a autora sofreu fratura do úmero direito, possui cicatrizes mínimas em virtude da cirurgia, com dano estético de magnitude mínima e com possibilidade de minimização através de correção cirúrgica. Concluiu, outrossim, que a autora desenvolveu síndrome do pânico (fls. 345/358).

Assim, presentes os pressupostos da responsabilidade civil, basta quantificar o valor das indenizações.

Quanto à indenização por danos materiais, a ré arcará com as despesas com tratamento médico ao qual a autora foi submetida, inclusive com tratamento futuro, desde que decorrente do acidente em questão. Tais valores serão aferidos em liquidação de sentença. O pedido de pensão vitalícia não pode ser atendido, pois a prova pericial demonstrou que a autora não possui impedimento algum para exercer suas atividades (fls. 345/358).

O dano moral, englobado o dano estético (que foi de grau mínimo), está presente, pois a autora sofreu grande trauma com o acidente, enfrentando dor, necessitando de cirurgia e desenvolvendo síndrome do pânico que, conforme constatou a perícia, pode ter origem no acidente (fls. 345/358).

Tal contexto autoriza a fixação da indenização em R$ 30.000,00, valor que reflete as características do caso em tela e que encontra abrigo na jurisprudência desta Câmara:

"RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - CONTRATO DE TRANSPORTE - COLETIVO - Alegação de prescrição - Descabimento - Incidência do prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor - Precedentes - Prescrição não consumada - Recurso da Ré não provido. RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO DE TRANSPORTE - COLETIVO - Evento que ocasionou lesões à Autora - Responsabilidade objetiva do transportador - Não demonstração de qualquer excludente - Artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor - Danos morais configurados - Recurso da Requerida não provido. RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO DE TRANSPORTE - COLETIVO - Responsabilidade objetiva do transportador - Não demonstração de qualquer excludente - Danos morais configurados - Ele-

vação do montante indenizatório para R$ 30.000,00 - Danos estéticos não comprovados - Recurso da Autora parcialmente provido."[1]

"APELAÇÃO - Ação indenizatória. Transporte coletivo. Acidente. Lesões físicas. Decisão de procedência parcial. RECURSO DO AUTOR - Majoração da verba indenizatória por dano moral de R$ 50.000,00 para R$ 80.000,00. Descabimento. Juros de mora desde a citação. Provimento. Correção monetária a partir do evento danoso. Desprovimento. Majoração dos honorários para 25% do valor da condenação. Descabimento. RECURSO DA RÉ - O contrato de transporte é de resultado, com dever de transportar a pessoa até seu destino no estado em que ingressou. Obrigação de garantia e resultado. Relação de consumo. Quebra de contrato. Responsabilidade objetiva. Dano moral indenizável. Desprovimento. Sentença modificada apenas para reduzir o montante fixado de R$ 50.000,00 para R$ 30.000,00. Provimento. Dano material. Comprovação. Manutenção. Desprovimento. Ônus sucumbencial. Reciprocidade indevida. Proporção razoável. Desprovimento. RECURSO DA LITISDENUNCIADA - Redução da verba indenizatória. Provido. Recursos do autor e da ré parcialmente providos e da litisdenunciada provido."[2]

Assim, fixa-se o valor da indenização por danos morais no montante de R$ 30.000,00, a ser corrigido a partir da publicação deste acórdão, com base na Tabela Prática desta Corte; e acrescido de juros de mora de 1% a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual. Eventual valor recebido a título de seguro DPVAT será abatido.

Por fim, julgo procedente a denunciação da lide, condenando a seguradora ré a ressarcir o prejuízo de sua contratante, observados os valores da apólice. Frise-se, nesse passo, que, ao contrário do que afirma a denunciada, não há, na apólice em análise, qualquer exclusão de cobertura referente ao evento discutido nos autos (fls. 138/145).

Finalmente, tendo em vista a sucumbência recíproca na ação principal, as partes dividirão as custas e despesas processuais. Fixo honorários de sucumbência no valor de 20% do valor da condenação devida por cada um dos litigantes à parte contrária, com a ressalva de que a autora é beneficiária da gratuidade. Na lide acessória, a litisdenunciada responderá pelas custas, despesas processuais e honorários advocatícios no mesmo valor acima.

Para fins de acesso às instâncias superiores, ficam expressamente prequestionados todos os dispositivos legais invocados.

Advirtam-se que eventual recurso a este acórdão estará sujeito ao dispos-

1 TJSP; Apelação Cível 1043417-66.2018.8.26.0224; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/11/2020; Data de Registro: 20/11/2020.

2 TJSP; Apelação Cível 0014061-11.2010.8.26.0099; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bragança Paulista - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2017; Data de Registro: 24/02/2017.

Acesso ao Sumário

to nos parágrafos 2º e 4º do art. 1.026[3] do Código de Processo Civil.

3.- Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026434-68.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., é apelado ISAIAS FERNANDES BITTENCOURT (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Redigirá o acórdão o 2º desembargador. Fará declaração de voto a relatora sorteada." **(Voto nº 14.241)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores L. G. COSTA WAGNER, vencedor, LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, vencida, CRISTINA ZUCCHI (Presidente), GOMES VARJÃO e DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 11 de novembro de 2021.

L. G. COSTA WAGNER, Relator Designado

Ementa: Apelação. Indenização. Exclusão imotivada de motorista da plataforma UBER. Alegação genérica da empresa de que o Autor teria descumprido os termos e condições do contrato, sem, contudo, indicar ou comprovar qualquer infração. Descredenciamento que, de forma imotivada, pode se verificar, porém com a atenção aos termos contratados. Danos morais bem reconhecidos na sentença que deve ser mantida por seus próprios fundamentos. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

3 Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. (...) § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

VOTO

Após a detida análise dos autos, com a devida vênia da eminente relatora sorteada, ouso divergir de seu entendimento para manter a sentença atacada, adotando o relatório de seu voto 42.790.

O autor, ora apelado, alegou que foi indevidamente excluído da plataforma Apelante, requerendo a reativação de sua conta como motorista, pagamento de lucros cessantes e danos morais.

As mensagens trocadas entre o motorista Apelado e Apelante foram acostadas às fls. 63/66. Observa-se que o Apelado relatou que não conseguia acessar a sua conta e tentou a reativação, recebendo da Apelante respostas genéricas, como "*observamos uma violação aos nossos Termos e Condições, por isso, conforme previsto encerramos a nossa parceria com você, A Uber espera que todos os motoristas parceiros sejam responsáveis e cuidadosos enquanto estiverem usando o aplicativo*".

O Apelado insistiu em saber o motivo da suspensão, reputando a ocorrência de algum equívoco e, novamente, a Apelante lhe enviou outra resposta genérica, que em nada esclarecia as razões do encerramento da conta ("*sua conta foi suspensa como resultado de um comportamento que descumpre nossos Termos e Condições*").

O Apelado informou que nunca teve outra conta na plataforma e utiliza um único e-mail e número de telefone, recebendo como resposta que "*reiteramos que percebemos que você cadastrou uma segunda conta com os mesmos dados de outra conta cadastrada em nosso sistema e que foi desativada anteriormente*".

Novamente, o Apelado informou que começou a "rodar a 3 meses" e pediu reavaliação da conta, recebendo como resposta "*Pedimos desculpas pelo equívoco. Por gentileza desconsidere a mensagem anterior. Analisamos a sua conta e observamos uma violação aos nossos Termos e Condições*".

O que se extrai das mensagens é que a Apelante nunca apresentou ao Apelado o motivo de sua exclusão, apresentando justificativa genérica de violação dos termos e condições, mas sem indiciar o que foi efetivamente violado.

Sobre a alegação de que haveria mais de uma conta, a própria Apelante enviou mensagem pedindo para que a mensagem fosse desconsiderada em razão do equívoco e novamente não apresentou o motivo do encerramento da parceria.

Por certo que deve ser respeitada a liberdade de contratação (art. 421 do CC), mas a boa-fé deve ser respeitada e a Apelante deve indicar a sua motivação, já que em todas as mensagens fez menção genérica a suposta violação dos termos e condições do contrato.

A mera alegação genérica de que seus termos e condições foram violados pelo motorista parceiro, o impede de exercer devidamente o contraditório

Acesso ao Sumário

e ampla defesa para comprovar eventual equívoco cometido pela Apelante, que como qualquer empresa que opere com tecnologia, não está isenta de engano na análise de dados ou mesmo fraude cometida por terceiro.

Ao contestar, a Apelante manteve a mesma postura administrativa, indicando da forma genérica que houve violação dos seus termos e condições, mas sem sequer indicar qual foi a conduta do motorista que causou a suposta violação do contrato a ensejar a "desativação imediata" da parceria. Ao que tudo indica, nem mesmo a Apelante sabe o motivo pelo qual encerrou a parceria, mas insiste que houve razão motivada por suposta violação dos "termos e condições" do contrato.

Conforme bem consignou o MM Juízo *a quo*:

> [...] o autor não teria sido obrigado a se cadastrar na plataforma e que deveria prevalecer a 'liberdade contratual absoluta' (fl. 122).
>
> Aponta tais teses para pugnar que o autor teria violado as regras de segurança do contrato firmado entre as partes. Contudo, não há qualquer indicativo de qual teria sido a regra não observada pelo autor. Ao pugnar que poderia exercer determinada posição jurídica tendo por fundamento os termos de uso da plataforma, deveria comprovar efetivamente o suporte fático para tanto. Todavia, sequer isso o fez.
>
> [...]
>
> Ressalte-se que o momento processual adequado para a impugnação do fato aduzido pelo autor e da produção das correspondentes provas é com a apresentação da defesa (arts. 341 e 434, Código de Processo Civil). Momento em que as alegações da ré foram absolutamente genéricas e dissociadas dos fatos apresentados na petição inicial.
>
> [...]
>
> **Em realidade, não se sabe o porquê do descadastramento do autor, a própria ré não o sabe, como é possível aferir a partir dos termos de sua defesa genérica**. [destaquei]
>
> Mesmo com o ajuizamento da presente ação, a ré não apresentou por meio de sua peça defensiva qual fora exatamente o motivo, tampouco qualquer documento que indicasse o fato que teria dado suporte ao desligamento do autor da plataforma de transportes. Ou seja, novamente trata-se de fundamento automatizado, padronizado.

Em recurso, a Apelante indica que houve "reprovação de procedimento de verificação de segurança", sequer explicando em que consistiu a alegada reprovação. Não foi indicado especificamente qual o procedimento de verificação de segurança e qual o problema constatado. A alegação continua genérica e não elucida o ocorrido. Não é crível que a Apelante sequer consiga explicar quais são os seus "procedimentos de segurança" e porque ocorreu a reprovação.

Se a Apelante não pretendia manter a parceria com o motorista, poderia ter lhe enviado notificação com sete dias de antecedência conforme previsto em

Acesso ao Sumário

seus "Termos e Condições Gerais dos Serviços de Tecnologia" (fls. 149/162). Ao indicar que houve "desativação imediata" por violação dos termos contratuais, lhe cabia informar especificamente qual foi a violação para que o motorista parceiro pudesse demonstrar o equívoco da Apelante. Reputa-se que nos casos em que a Apelante indica que houve violação de seus termos, se tal fato não tivesse ocorrido ou se comprovado o equívoco, a parceria continuaria entre as partes.

Não é possível a Apelante defender, ao mesmo tempo, que houve razão para a desativação, a justificar a imediata rescisão e também defender que pode rescindir o contrato a qualquer momento e sem justificativa, pois nesse caso, houve descumprimento pela Apelante de seus próprios termos ao não enviar notificação com antecedência de sete dias.

Portanto, não apresentada a motivação, ou seja, não especificada qual foi a violação dos termos e condições do contrato que ensejaram a rescisão sem aviso prévio, correta a sentença em determinar a reativação da conta do motorista Apelado.

Em relação aos lucros cessantes, a sentença guerreada bem analisou os documentos apresentados pelo Apelado, que não foram especificamente impugnados em contestação, não apresentando a Apelante extrato demonstrando que os valores seriam diversos. Além disso, o MM Juízo *a quo* bem determinou o desconto dos custos das atividades, de modo que se obtivesse o valor dos lucros cessantes, resultantes da diferença entre os ganhos do Apelado junto à Apelante e os gastos com o desempenho da atividade. Destaquem-se os seguintes trechos da sentença:

> Quanto aos danos materiais na modalidade de lucros cessantes, restam caracterizados os requisitos da responsabilidade civil. Além do ato ilícito porquanto abusivo, caracterizados o nexo causal e a impossibilidade de auferir rendimento ante a exclusão promovida pela ré. O autor aduziu, na petição inicial, que a sua conta fora desativada em 06/11/2020 (fl. 05), fato este que não fora especificamente impugnado, o qual se presume verdadeiro (art. 341, Código de Processo Civil).
>
> Deverá arcar a ré com pagamento de lucros cessantes desde a referida data até a efetivação da obrigação de fazer consistente na reativação de conta do autor (fl. 96).
>
> Os valores devem ser calculados de acordo com a média mensal auferida pelo requerente por meio da plataforma digital, desde o momento em que passou a prestar serviços à ré até a data da exclusão efetivada em 06/11/2020. A importância daí obtida deve ser utilizada para o cálculo da indenização para os meses em que o autor foi impedido de utilizar a plataforma.
>
> A fim de se evitar enriquecimento indevido, deverão ser abatidos desse montante a média mensal dos valores com combustível (identificados no

Acesso ao Sumário

extrato do cartão de crédito como “Posto Frentana”, “Posto Exata Ltda”, “Posto de Gasolina Flor” e congêneres) (fls. 204/225), manutenção (fl. 228), telefonia móvel (fl. 228) e pedágios (fl. 228). A medida se justifica ante o teor do art. 402, parte final, Código Civil. Justamente por se tratar de uma média, não há qualquer irregularidade para que sejam utilizados tais documentos para a aferição dos lucros cessantes. Em síntese, a média mensal dos rendimentos auferidos será abatida da média mensal dos custos.

Todos os valores (percebidos pelo autor e as despesas supracitadas) deverão ser atualizados pela tabela prática do TJSP desde a data de cada percepção/desembolso. Sobre o produto devem ser acrescidos juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da data da citação (art. 240, Código de Processo Civil). A apuração dos valores deverá ser feita por simples cálculos aritméticos, dispensada a fase de liquidação (art. 509, § 2º, Código de Processo Civil).

Em relação aos danos morais, também foram bem reconhecidos em sentença, diante da conduta da Apelante em não indicar qual foi a suposta violação em que teria incorrido o motorista a ensejar a sua desativação imediata, enviando-lhe meras respostas padronizadas, não lhe permitindo demonstrar o equívoco da análise da Apelante. Foi necessário o ajuizamento da presente ação para que houvesse a reativação da conta do motorista, não ficando comprovada a alegada violação dos termos e condições do contrato. É certo que a situação trouxe preocupação, indignação, frustração ao Apelado, eis que, apesar de bem avaliado pelos passageiros, teve rompido repentinamente a sua fonte de sustento sem qualquer aviso prévio e sem justo motivo. Tudo isso gera indenização moral.

O *quantum* fixado (R$ 5.000,00) se mostra adequado, proporcional e razoável, não enseja enriquecimento do Apelado, compensando-o pelo sofrimento gerado e impondo sanção a Apelante para que reveja o seu relacionamento com os motoristas parceiros e adote uma comunicação transparente e um atendimento personalizado, pois seu negócio depende não apenas de consumidores, mas também de prestadores de serviços parceiros.

Diante do exposto, **com a devida vênia do entendimento da eminente Relatora sorteada, abro divergência e nego provimento ao recurso**, nos termos constantes do voto.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 42790)

Na petição inicial, o autor imputa à ré Uber seu descredenciamento supostamente desmotivado como motorista do aplicativo, sem prévio aviso, razão pela qual pretende a reativação de sua conta, além de indenização por danos

morais e lucros cessantes.

Em sua defesa, a ré alega a sua liberdade de contratação, aduzindo não poder ser compelida à manutenção do contrato de forma vitalícia. Faz alusão aos termos de uso do aplicativo, invocando infringência pelo autor.

E, da análise do conjunto probatório evidencia-se que as mensagens encaminhadas ao autor, pela ré, dão respaldo à tese de defesa.

O próprio autor trouxe mensagens da requerida no sentido de que o motivo do descredenciamento foi a verificação de mais de uma conta em nome do autor, o que infringe os termos de uso do aplicativo (vide Legal Uber).

O autor sequer rebateu o conteúdo de tal mensagem, insistindo na tese de ausência de motivação - o que cai por terra diante de documentos por ele mesmo juntados - e de ausência de aviso prévio.

Mas, nesse caso, verificada a infração das regras de conduta pelo autor, a resilição unilateral sem aviso prévio era admitida, conforme cláusula 12 da avença (pág. 159).

Ademais, é comum a empresa ser cobrada e condenada pela conduta de seus credenciados que têm comportamento incompatível com o serviço de transporte ofertado aos passageiros. Há, saliente-se, inúmeras decisões a esse respeito, o que evidencia a importância e razoabilidade da conduta da empresa de fiscalizar o cumprimento das regras impostas.

Destarte, em situações que a empresa detecta problema com o motorista e, nessa linha, entende por descredenciá-lo, ou seja, cancelar o seu serviço colocado à disposição do grande público, com o devido respeito, o Judiciário não deve interferir nessa gestão, salvo se não foi justa a causa ou arbitrária, devendo-se, no mais das vezes, tal relação, que não é de consumo, mas de prestação de serviços, ser norteada por regras que informam os contratos.

Da mesma forma que a plataforma acolhe um determinado motorista (sem que isso implique em maiores dificuldades, assunção de dívidas e composição de capital), não me parece abusivo o cancelamento por infrações contratuais.

Trata-se, ao que tudo indica, de um aplicativo baixado pelo habilitante, que prestará o serviço e, de outro lado, a remuneração decorre do atendimento, não podendo impor mais ônus além das regras conhecidas e aceitas, como no caso, o que, repise-se, vislumbra-se das regras constantes do próprio *site*.

Nesse sentido: "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Contratado de transporte - Plataforma digital (UBER) - Motorista descredenciado - Inaplicabilidade do CDC - Rescisão contratual motivada pelo descumprimento dos termos e condições de uso do aplicativo - Possibilidade de imediato desligamento do motorista - Ausente ato ilícito praticado pela ré - Inexistência de danos indenizáveis - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO." (TJSP, AP1007388-26.2020.8.26.0554, 21ª Câmara de Direi-

Acesso ao Sumário

to Privado, Rel. Fábio Podestá, j. 06.8.2021)

"Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais movida por motorista ante o seu descadastramento do Sistema Uber. Análise do contrato e dos fatos conduz à conclusão de que qualquer das partes tem o direito assegurado no termo contratual de optar pela resilição unilateral do contrato mediante aviso prévio de sete dias concedido à outra parte. Hipótese dos autos em que foi comprovada a infração das regras de conduta impostas aos motoristas aderentes ao sistema, a caracterizar justa causa para resolução do contrato. Situação bem apreendida pela sentença que deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido." (TJSP, 22ª Câmara de Direito Privado, AP 1005071-06.2018.8.26.0011Rel. Alberto Gosson, j. 31.01.2019)

Destarte, a sentença deve ser reformada, de forma a julgar-se improcedente o pedido inicial, com condenação do autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais arbitrados em R$ 1.500,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Pelo exposto, dava provimento ao recurso.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora Vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004923-48.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU, é apelado/apelante SEBASTIÃO CELESTINO DE ALMEIDA (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: "Deram provimento parcial ao recurso do autor e negaram ao da ré, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.429)**

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

São Paulo, 12 de novembro de 2021.

FÁBIO QUADROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAL. Sentença de procedência

parcial que ensejou recursos de ambas as partes. Ré que se bate pela reforma integral da sentença. Autor que, em adesivo, pleiteia apenas a majoração da verba honorária e do valor fixado a título de indenização pelos danos morais. Sentença que merece pequeno reparo apenas no que tange à verba honorária. Danos morais bem fixados. Ré que demorou mais de 27(vinte e sete) anos para outorgar a escritura ao autor. Recurso do autor parcialmente provido, negando-se provimento ao da ré.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, interposta por **SEBASTIÃO CELESTINO DE ALMEIDA** em face de **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU**, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 103/106 para declarar a quitação do financiamento; declarar o autor legítimo titular do direito sobre o imóvel; condenar a ré a outorgar a escritura do imóvel para o autor, tão logo regularizada a sua situação registral, com o encerramento do processo administrativo em curso, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 120 dias, e no caso de impossibilidade, converteu a obrigação de fazer em perdas e danos, fixando-a em R$ 70.000,00, bem como para condenar a ré ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de danos morais, com correção monetária nos termos da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde a data da sentença e juros de mora de 1% desde a citação. Por fim, condenou o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da causa.

As partes apelaram.

A ré alegando que irá cumprir com a obrigação de outorga da escritura assim que ocorrer a regularização do solo por parte da Prefeitura, tendo em vista que não é possível emitir documento definitivo sem que haja a individualização das matrículas. Aduz que o "dano" causado ao apelado, não foi intencional por parte da CDHU, que em momento algum se negou a reconhecer o direito pelo mesmo pleiteado, somente que aguarde a regularização do parcelamento do solo para que possa prosseguir com a outorga da escritura, não se havendo falar em indenização por danos morais. Pleiteia a reforma integral da sentença (fls. 108/121). Recurso preparado (fls. 122/124), respondido (fls. 127/129) e admitido.

O autor recorreu adesiva e parcialmente pleiteando, tão somente, a majoração do quantum fixado a título de indenização, bem como do valor fixado a título de honorários fls. 108/121). Recurso preparado (fls. 130/132), respondido

Acesso ao Sumário

(fls. 135/140) e admitido.

É o relatório.

Consta da inicial que o autor adquiriu o imóvel objeto da lide no ano de 1993 e efetuou o pagamento integral do preço e por ocasião até mesmo da assinatura do compromisso. Prossegue dizendo que foi imediatamente investido na posse do imóvel pela ré e que, apesar do pagamento, a ré se nega à outorga da escritura ao autor, motivo que o fez acessar o Judiciário, para que lhe seja outorgada a escritura de forma definitiva ou a conversão do pedido em perdas e danos, no valor de R$ 70.000,00, bem como o pagamento de R$ 30.000,00 pelos danos morais que afirma ter experimentado.

A sentença não merece reparos, seja em relação a um recurso ou a outro.

A propósito, fez o sentenciante observações preciosas quanto à postura da ré que, após 27 (vinte e sete) anos, não conseguiu outorgar ao autor a escritura definitiva do imóvel.

Aqui vale a pena citar trecho da sentença que põe uma pá de cal sobre a questão ao assim se explanar:

> "*Quanto ao pedido de outorga de escritura ou sua conversão em perdas e danos, verifica-se que, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.766/79, cabe ao loteador proceder ao parcelamento do solo urbano e outorgar a escritura definitiva com a quitação do preço, segundo disposição contratual expressa.*
>
> *Assim, decorridos mais de 27 anos da assinatura do contrato, reputa-se suficiente o prazo para a requerida adotar as medidas necessárias à individualização de matrícula do imóvel.*
>
> *Eventuais entraves burocráticos imputados aos órgãos públicos não convencem, já que não se mostra crível o embaraço de mais de 27 anos para a regularização do empreendimento. No mínimo, desidiosa a requerida.*
>
> *Ainda, apesar da impossibilidade momentânea de adjudicação compulsória do bem, a outorga da escritura definitiva da unidade quitada é possível; a averbação do título de domínio do registro imobiliário fica condicionada a efetiva regularização do empreendimento. No caso de descumprimento, fixo a indenização de R$ 70.000,00 como suficiente a resolver a obrigação de fazer não cumprida.*" (fl. 104).

Ora, por óbvio que se não cumpriu totalmente a ré com sua parte no contrato, deve ela ressarcir o autor materialmente e, aqui no caso, depois de decorridos mais de 27 (vinte e sete) anos, também moralmente.

Quanto ao valor fixado pelo sentenciante, ponto este que foi abordado em ambos os recursos, também não merece modificação, tendo em vista que, por

Acesso ao Sumário

um lado, não houve exagero na fixação e, por outro, não fixou quantia módica a desvalorizar o desgaste sofrido pelo autor.

Num pequeno ponto, todavia, merece reparo a sentença.

É quanto à verba honorária, sendo mister a majoração para 15% sobre o valor da causa, conforme pleiteado no recurso adesivo, o que agora fica concedido.

Dessa forma, fica minimamente modificada a sentença, no ponto acima abordado, mantendo-se no mais, tal como lançada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da ré, dando-o parcialmente ao do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004078-26.2021.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante ANTONIO MIGUEL DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO MERCANTIL DO BRASIL 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 42.646)**

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

São Paulo, 22 de outubro de 2021.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais. Negativa da tomada de empréstimo. Banco que comprovou a contratação do serviço pelo autor, por meio eletrônico, com a utilização de cartão magnético e senha eletrônica de uso pessoal. Ilícito não verificado.

VÍCIO DE CONSENTIMENTO. Alegação de que o autor teria sido induzido a erro no momento da contratação, acarretando a nulidade do negócio jurídico. Ausência de prova. Sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Re-

Acesso ao Sumário

gimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Alteração da verdade dos fatos com intuito de induzir a erro o juízo e enriquecer ilicitamente. Condenação solidária do advogado e da parte. Impossibilidade. Caracterizada a má-fé, somente os litigantes estarão sujeitos ao pagamento da multa e indenização às quais se refere o art. 81, do CPC.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 146/160) interposto contra a r. sentença (fls. 140/143) que julgou improcedentes os pedidos formulados por *Antônio Miguel de Lima* em face do *Banco Mercantil do Brasil S/A* nesta Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito cumulada com pedidos de Obrigação de Fazer, Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte adversa, arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais), observada a gratuidade que lhe foi deferida, e de multa por litigância de má-fé, fixada em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, busca o autor a alteração do *decisum*, com a inversão do julgado, a fim de que seja reconhecida a ocorrência de falha na prestação de serviços pelo réu, e consequentemente declarado inexigível o débito questionado, determinado o cancelamento do cartão e condenado o banco à repetição do indébito em dobro e ao pagamento de indenização por danos morais. Para tanto, nega a tomada de qualquer empréstimo que pudesse gerar os descontos efetuados em sua conta, alegando que teria sido induzido a erro pela instituição financeira no momento da contratação. Por fim, defende o afastamento de sua condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé (fls. 146/160).

Tempestivamente interposto e isento de preparo, recebe-se o recurso em seus regulares efeitos.

Ofertadas contrarrazões (fls. 181/195).

Atribuído à causa o valor de R$ 17.023,28 (dezessete mil, vinte e três reais e vinte e oito centavos), em 16/03/2021.

É o relatório.

Cuida-se de ação ordinária por meio da qual narrou o autor que estaria sofrendo descontos indevidos em seu benefício previdenciário, efetuados pelo banco réu, decorrentes de um empréstimo sobre a reserva de margem consignável (RCM) para cartão de crédito jamais contratado por ele. Desse modo, com espeque no Código de Defesa do Consumidor, pugnou pela concessão de tutela

Acesso ao Sumário

de urgência para que fossem suspensos os descontos supracitados e, definitivamente, pela declaração de inexigibilidade do débito, repetição do indébito em dobro, cancelamento do cartão e a condenação do réu ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) como indenização por danos morais que lhe teria causado (fls. 01/09).

Indeferida a tutela de urgência (fl. 17).

Ofertada contestação pelo banco réu, que arguiu prejudicialmente a ocorrência de prescrição trienal e, no mérito, insurgiu-se contra os pedidos, asseverando que o autor teria efetivamente contratado o cartão de crédito em questão por meio de terminal de autoatendimento em 30/09/2015 e 29/08/2018, "*com utilização do seu cartão de recebimento do benefício e confirmação da senha de segurança*". Afirmou, também, que o autor estaria fazendo uso do plástico para efetuar pagamentos em "*lojas e laboratórios*" e que os descontos já teriam sido encerrados diante da quitação do saldo devedor. Desse modo, pugnou pela improcedência dos pedidos e à condenação tanto do autor como de seu patrono às penas da litigância de má-fé (fls. 23/40).

Apresentada réplica (fls. 113/134).

Proferida sentença que julgou improcedentes os pedidos (fls. 140/143).

Pois bem.

O recurso não comporta provimento, devendo a r. sentença ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do artigo 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*".

Nesta Seção de Direito Privado, o dispositivo regimental tem sido utilizado, quer para evitar inútil repetição, quer para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros precedentes: Apelações 99406023739-8, 99402069946-8 (1ª Câmara); AI 99010153930-6 (1ª Câmara); Apelações 99405106096-7, 99404069012-1 (2ª Câmara); Apelação 99010031478-5 (3ª Câmara); Apelação 994050097355-6 (5ª Câmara); Apelação 99401017050-8 (6ª Câmara); Apelação 99109079089-9 (11ª Câmara); Apelação 99010237099-2 (13ª Câmara); AI 99010032298-2 (15ª Câmara); Apelação 99109084177-9 (17ª Câmara); Apelação 99100021389-1 (23ª Câmara); Apelação 99207038448-6 (28ª Câmara).

O E. Superior Tribunal de Justiça prestigia este entendimento quando reconhece em seus julgados "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007;

Acesso ao Sumário

REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 1.12.2003).

Consigna-se apenas que a r. sentença assentou corretamente que a instituição financeira comprovou a efetiva contratação questionada pelo consumidor por meio da juntada aos autos do comprovante da transação questionada, efetuada no dia 30/09/2015, às 9h54, em terminal de autoatendimento.

Cumpre ressaltar que o fato de a contratação haver sido realizada por meio eletrônico não a invalida, pois, nos termos do artigo 15, inciso I, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28 de 2008:

> *Os titulares dos benefícios previdenciários de aposentadoria e pensão por morte, pagos pela Previdência Social, poderão constituir RMC para utilização de cartão de crédito, de acordo com os seguintes critérios, observado no que couber o disposto no art. 58 desta Instrução Normativa:*
>
> *I - a constituição de RMC somente poderá ocorrer após a solicitação formal firmada pelo titular do benefício, por escrito* ***ou por meio eletrônico****, sendo vedada à instituição financeira: emitir cartão de crédito adicional ou derivado; e cobrar taxa de manutenção ou anuidade; - grifou-se.*

Neste sentido, a recente jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - EMPRÉSTIMO - CARTÃO DE CRÉDITO - RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC) - RÉU - CONTRATAÇÃO - COMPROVAÇÃO - CONDUTA - AMPARO NO ART. 15, I, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES NO. 28 DE 2008 – LEGALIDADE - DESCONTO DE VALORES SOBRE O BENEFÍCIO - INOCORRÊNCIA - DANO MORAL - DESCARACTERIZAÇÃO - PEDIDO - IMPROCEDÊNCIA - SENTENÇA - MANUTENÇÃO. APELO DO AUTOR NÃO PROVIDO. (TJ-SP, Apelação 1006521-14.2017.8.26.0077, Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado, Relator: Tavares de Almeida, Data do Julgamento: 22/02/2018).

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA, CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Cartão de crédito e reserva de margem consignável (RMC) - Negativa de contratação e venda casada - Sentença de improcedência - Provas dos autos demonstram previsão de contratação por meio eletrônico com uso de cartão magnético e senha pessoal, regularmente utilizado pela titular - Ausência de descontos RMC no benefício previdenciário recebido pela autora - Falha na prestação de serviços não caracterizada - Pedido corretamente rejeitado - Sentença mantida - Negado provimento ao recurso, e majorados honorários advocatícios (NCPC, art. 85, § 11). (TJ-SP, Apelação 1009082-

Acesso ao Sumário

34.2017.8.26.0037, Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado, Relator: Relator José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, Data do Julgamento: 21/02/2018, Data da Publicação: 21/02/2018).

APELAÇÃO. Ação de repetição de indébito com pedido de indenização por danos morais - Descontos previdenciários referentes à reserva de margem consignável (RMC) para cartão de crédito - Sentença de improcedência - Recurso da autora. IRREGULARIDADE DE DESCONTOS - Não provimento - Réu comprovou a contratação do serviço pela autora, por meio eletrônico, com a utilização de cartão magnético e senha eletrônica de uso pessoal. Valor em conformidade com os limites legais para a espécie. Banco réu não efetuou descontos no benefício previdenciário da autora relativo à RMC - Houve apenas a disponibilização de RMC para que a recorrente utilizasse quando lhe fosse conveniente - Não há que se falar em repetição de indébito de quantia que sequer fora descontada da aposentadoria da autora - Inexistência de danos morais. Pedido de majoração dos honorários sucumbenciais prejudicado em razão da manutenção da improcedência da sentença. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP, Apelação 1002354-51.2017.8.26.0077, Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado, Relatora: Jonize Sacchi de Oliveira, Data do Julgamento: 05/10/2017, Data da Publicação: 10/10/2017).

No que se refere à alegação do apelante de haver sido induzido a erro pelo banco apelado, como é cediço, os vícios de consentimento, que ensejam a anulação de negócios jurídicos, devem ser comprovados, de forma segura e robusta, por quem os alega.

No caso em comento, porém, da análise dos autos verifica-se que tais vícios não foram comprovados, sendo absolutamente impraticável a presunção de sua ocorrência.

Desse modo, não há que se falar em erro.

Transcreve-se, por oportuno, parte da decisão atacada:

No mérito, o pedido da parte autora não merece acolhimento. Isto porque não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, nos termos do artigo 373, inciso I do Código de Processo, na medida que não comprovou a juntada dos documentos solicitados pelo requerido para o cancelamento da conta corrente. Ao contrário, os elementos de prova reunidos atestam que houve a contratação do empréstimo consignado diante da juntada do contrato de fls. 180/184 e ausência de prova em sentido contrário. A relação de consumo da presente demanda está comprovada através dos documentos que acompanham a inicial e porque preenchida as premissas legais dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor,

Acesso ao Sumário

notadamente a aquisição de cartão de crédito fornecido pela requerida. E, conforme orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, analisando as circunstâncias fáticas específicas da lide, incumbe ao magistrado *a aferição da necessária inversão do ônus da prova (STJ - AgRg no REsp 662891 / PR; STJ - AgRg no AREsp 135322 / SP; STJ - AgRg no AREsp 120453 / MG). E os elementos de convicção reunidos nos autos indicam a condição da autora de hipossuficiente para os fins legais previstos no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, diante do notório acesso privilegiado a informações cadastrais e técnicas da parte requerida. E, portanto e em consequência, tratando-se a questão em análise judicial de relação de consumo e, diante dos elementos postos em Juízo, ostentando a autora a condição de hipossuficiente para os fins legais, inverto o ônus da prova, imputando ao requerido tal dever processual, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Porém, acolhendo em parte a precisa fundamentação do nobre patrono da requerida, a inversão não implica, por si só, na procedência da demanda como pretendem alguns requerimentos neste Juízo em outros feitos. Afinal, ocorre somente a imposição do ônus processual de produção de provas à outra parte e tal fato não exime a parte autora da prova dos fatos constitutivos de seu direito (sob pena de imposição da prova de fato negativo). E, no caso dos autos, observa-se que a parte autora não atendeu aos procedimentos exigidos pelo banco requerido Bradesco para a cancelamento da conta corrente, os quais seriam necessários para a confirmação do cancelamento da relação comercial, inexistindo demonstração de falha na prestação dos serviços, diante da falta em sentido contrário. Ademais, os elementos de convicção reunidos nos autos descartam a existência de inexigibilidade da cobrança e o consequente dever de indenizar. A simples alegação não determina, por si só, o dever de restituir, afinal, caberia à parte autora a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, ademais, instada a produção de outras provas (fl. 251), não manifestou seu interesse na prova pericial grafotécnica. Diante dos elementos de convicção reunidos nos autos, verifica-se a liquidez e exigibilidade da obrigação objeto da lide, notadamente porque válidas e vigentes as cláusulas contratuais de fls., diante do princípio da força obrigatória dos contratos e da presunção prevista no artigo 221 do Código Civil. Não há nos autos qualquer prova que afaste a presunção de veracidade e exigibilidade da avença, diante da limitação dos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil e da ausência de oferta de reconvenção e/ou ação declaratória incidental, inviável o reconhecimento de eventual abalo à exigibilidade das cláusulas do contrato objeto da lide. E inexistente a comprovação de ilegalidade, é evidente que não estão*

Acesso ao Sumário

presentes as hipóteses legais dos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor e, em decorrência inexistente qualquer dever reparatório (seja de ressarcimento do valor ou de danos morais). Para evitar futuras e futuras arguições de nulidade, amparada nos requisitos do artigo 489, §1º do Código de Processo Civil, anoto, desde já, que todas as soluções jurídicas abrangidas por esta sentença afastam todas as outras arguidas pelas partes no curso da lide, especialmente, porque incapazes de infirmar a sentença final, nos limites argumentativos exigidos pelo referido dispositivo. No mais, "o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida" *(STJ - EDcl no MS 21.315/DF)*.

Assim, não há que se falar em desconhecimento da contratação do cartão de crédito.

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

No tocante à condenação do apelante por litigância de má-fé, evidenciada a alteração da verdade dos fatos para conseguir objetivo ilegal (enriquecimento ilícito) e a violação do seu dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade, movimentando de forma desnecessária a máquina judiciária, a aplicação de multa era mesmo medida de rigor.

Porém, a solidariedade de seu advogado deve ser afastada, sem prejuízo de vir a responder nas vias próprias.

Isso porque, não obstante os deveres impostos às partes e seus procuradores, nos termos do artigo 77, do Código de Processo Civil, a pena por litigância temerária é restrita às partes.

Assim, somente elas devem ser responsabilizadas pelas reparações decorrentes da litigância de má-fé, conforme dispõe o artigo 79, da lei adjetiva:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Sucumbente em maior proporção, mantém-se a condenação do apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte adversa, que se majoram para R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), observada a gratuidade de que é beneficiário.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso apenas para afastar

Acesso ao Sumário

a condenação do advogado do apelante ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005407-59.2020.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante OZIEL ÂNGELO DE SOUZA, é apelado LOTESA EMPREEND IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.924)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente), MILTON CARVALHO e LIDIA CONCEIÇÃO.

São Paulo, 8 de novembro de 2021.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Ação de despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança. Efeito suspensivo. Descabimento. Regularidade do polo ativo. Relação ex locato comprovada. Alegação de ajuizamento de ação de usucapião. Inadmissibilidade. Recurso improvido.

VOTO

Acesso ao Sumário

Vistos.

Trata-se de ação de despejo c.c cobrança que a r. sentença de fls. 132/135, de relatório adotado, julgou procedente para declarar rescindido o contrato de locação e decretar o despejo do réu, fixando o prazo de 15 dias para desocupação voluntária, sob pena de despejo forçado, para condenar o requerido ao pagamento de aluguéis e encargos vencidos, bem como os vincendos até a desocupação, bem como em custas e despesas processuais e honorários fixados em 10% do valor da condenação, indeferindo a gratuidade pleiteada.

Inconformado, recorre o requerido pugnando, preliminarmente, pela gratuidade judiciária. Pleiteia pelo recebimento do recurso no duplo efeito em razão de risco de dano grave e da verossimilhança do direito apresentado e as-

severa que falta à apelada representação processual válida. No mérito, aduz que tem direito à usucapião sobre o imóvel, matéria que pode ser alegada em sede de defesa, não sendo locatário do imóvel.

O recurso foi recebido no efeito meramente devolutivo, concedido o benefício da justiça gratuita apenas para fins de processamento do presente recurso, e a parte contrária bateu-se pelo desprovimento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Primeiramente, ausente verossimilhança do direito apta a ensejar o recebimento do presente recurso no duplo efeito, devendo-se aplicar ao caso a regra geral constante do art. 58, V da Lei de Locações, segundo o qual os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo.

A dois, tampouco assiste razão ao apelante ao combater a representação processual da apelada, pois procuração pública (fls. 15/17) outorgada pela pessoa jurídica autora, devidamente representada pelos sócios conforme estatuto social (fls. 8/14), nomeou e constituiu como procuradora Maria Ines Andreiuolo Couto, conferindo-lhe o poder expresso para constituir advogado sob a cláusula *ad judicia*.

No mérito, como se vê, o vínculo locatício foi devidamente comprovado pela apelada, conforme mandado de constatação (fls. 112) expedido na Ação nº 1010537-69.2016.8.26.0554 cuja certidão afirma que o imóvel objeto da relação sub judice é ocupado pelo ora apelante, com provas de pagamento por este efetuado em benefício da empresa autora desde 2014 (fls. 23).

Vale destacar que a locação é um "*contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, a conceder à outra, temporariamente, o uso e gozo de coisa não fungível*" (Orlando Gomes, *in* "Contratos", Forense, 21ª ed., p. 274), ou seja, cuida-se de um contrato informal e não-solene, não necessitando de forma especial para o reconhecimento de sua validade, podendo, dessa forma, ser escrito ou verbal, do que se aufere a devida comprovação da relação *ex locato* na presente demanda, afastando-se, com isso, a alegação de usucapião, valendo conferir, nesse sentido:

"*Por outro lado, é inadmissível a pretensão de reconhecimento da usucapião no caso. Isso porque ficou evidenciada a relação 'ex locato' na hipótese, o que afasta a posse do réu com 'animus domini', sendo este um pressuposto para a configuração da usucapião. Não tem ânimo de dono aquele que exerce a posse sobre o bem, sabendo que este não lhe pertence*." (Apelação nº 1007015-71.2016.8.26.0477, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, 32ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. em 01.02.2018).

Destarte, nega-se provimento ao recurso, mantida a sentença por seus próprios e bem deduzidos termos, majorados os honorários de sucumbência

Acesso ao Sumário

para 12% do valor da condenação, à luz do art. 85, §11, CPC.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000006-95.2021.8.26.0311, da Comarca de Junqueirópolis, em que é apelante G.C. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado B.C.C.S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27642)**

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

São Paulo, 16 de novembro de 2021.

FÁBIO PODESTÁ, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MATERIAIS MORAIS - Falta de interesse de agir não verificada - Empréstimo consignado declarado inexigível - Valores indevidamente descontados que deverão ser restituídos, de forma simples, ante ausência de má-fé - Danos morais in re ipsa - Quantum arbitrado em R$ 10.000,00, adequado a compensar os danos sofridos, ante as especificidades no caso concreto - Sentença reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de "*ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c danos materiais e morais*" ajuizada por **G.C.** em face de **B.F.S.A.**, julgada **parcialmente procedente** pela r. sentença de fls. 245/249, cujo relatório adoto, para tornar definitiva a liminar deferida a fls. 23/24 e declarar a nulidade e inexigibilidade do Contrato nº 010014465869, condenando o requerido ao pagamento dos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00.

Apela o autor, às fls. 353/358, requerendo a restituição, em dobro, dos valores indevidamente descontados, e indenização por danos morais, no valor

de R$ 10.000,00.

Recurso tempestivo, isento de preparo (fl. 23) e contra-arrazoado às fls. 362/370.

É o relatório.

Inicialmente, rejeita-se a alegação de falta de interesse de agir (suscitada às fls. 364), pois o cancelamento administrativo do contrato não exclui o direito de o autor postular judicialmente a declaração de inexigibilidade do débito, e requerer a condenação do requerido ao pagamento das indenizações decorrentes do ato ilícito praticado.

No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Incontroversa a inexigibilidade do contrato em questão, reconhecida pela r. sentença e, não impugnada pela parte requerida.

Nesse contexto, o desconto realizado por força da avença (R$ 99,73, em dezembro/2020 - fls. 134) comporta a restituição pleiteada, porém, de forma simples, pois não se vislumbra a má-fé necessária ao ressarcimento em dobro (art. 42, parágrafo único, CDC), na medida em que, embora indevido, foi realizado na expectativa de regular contratação.

Quanto aos danos morais, a situação narrada nos autos configura falha na prestação de serviços bancários, gerando irrefutável abalo *in re ipsa*, pois o desconto indevido de parcela do benefício previdenciário percebido pelo autor compromete sua renda e organização financeira, restringindo-lhe verba dotada de caráter alimentar, em virtude de empréstimo sequer contratado.

Desta forma, vislumbrando as peculiaridades do caso em apreço e, considerando os critérios de fixação da indenização, tais como a condição socioeconômica das partes, grau de culpa e a repercussão da lesão, o *quantum* deve ser fixado em R$ 10.000,00, pois adequado a compensar os danos causados ao autor, funcionando, ainda, como inibidor de situações semelhantes, cujo parâmetro tem sido adotado por esta C. Câmara em casos análogos:

> *APELAÇÃO. Responsabilidade civil. Ação declaratória cumulada com pedido de reparação de danos julgada parcialmente procedente. Empréstimo consignado. Ausência de demonstração da origem do contrato. Alegação do banco réu de que se trata de contrato com portabilidade do Banco Panamericano. Inexistência de provas. Autor que nega a contratação. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Teoria do risco profissional. Súmula 479/STJ.* ***Descontos de parcelas relativas a empréstimos cuja celebração não foi demonstrada****. Situação que culminou na redução do seu benefício previdenciário, eis que houve desconto mensal. Dano moral caracterizado. Precedentes do STJ. Desnecessidade de prova.* ***Dano in re ipsa. Verba indenizatória fixada no requerido valor de R$ 10.000,00.*** Não há provas de que o autor se beneficiou do crédito concedido pela instituição financeira. Recurso provido. (Apelação

Acesso ao Sumário

Cível nº 1001101- 90.2020.8.26.0572, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. DÉCIO RODRIGUES, Dje: 22/11/2020).

"***Ação declaratória de inexigibilidade de débito*** *c.c. indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência. Apelo do autor. Débito inexigível. Matéria transitada em julgado. Dano moral 'in re ipsa'.* ***'Quantum' majorado para o patamar de R$ 10.000,00****, que é o suficiente para cumprir suas duas funções indenizatória e punitiva. Precedentes TJSP. Sentença parcialmente reformada. Honorários majorados. Recurso provido*" (Apelação Cível nº 1004079-79.2019.8.26.0441, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Dje: 19/06/2020).

Estabeleça-se que, tratando-se de responsabilidade extracontratual, mencionado importe deverá ser corrigido pela Tabela do TJSP a contar da data de seu arbitramento (Súmula nº 362 do STJ1), e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da data do evento danoso (Súmula 54, do C. STJ2).

Em virtude do que estabelece o art. 85, § 11, do CPC, majoram-se os honorários sucumbenciais devidos pelo banco apelado para R$ 1.500,00.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001463-23.2017.8.26.0338, da Comarca de Mairiporã, em que é apelante B.L.O.M. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado O.P. (JUSTIÇA GRATUITA).

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46281)**

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

São Paulo, 16 de novembro de 2021.

IRINEU FAVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação Monitória - Prestação de serviços - Cheque prescrito - Sentença de procedência - Réu citado por edital - Nomeação de curador especial - Alegada nulidade da citação - Ausência de registro das circunstâncias autorizadoras de tal mo-

dalidade citatória - Processo anulado por vício de citação - Recurso provido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 132/137, cujo relatório fica adotado, proferida pela MMª. Juíza de Direito Daniela Aoki de Andrade Maria que rejeitou os EMBARGOS MONITÓRIOS opostos pelo apelante, constituindo de pleno direito o título executivo judicial.

Sustenta o curador especial do recorrente a nulidade da citação por edital, afirmando que, em nenhum momento, nas tentativas de sua citação pessoal foi informado pelo oficial de justiça que ele não residia no endereço apontado pelo recorrido. Aduz que o fato de não ter sido encontrado nas diligências realizadas e certificadas a fls.28 não significa que não more no local, entendendo pela necessidade de se esgotar todas as possibilidades de localização do réu antes de se promover a citação por meio editalício. Afirma que falta ao apelado interesse de agir na medida em que o cheque não fora apresentado à compensação. Entende que a ação deveria ter sido julgada parcialmente procedente pelo fato do juízo ter determinado a incidência de juros da citação como almejava e não da data de vencimento do título. Pede o provimento do recurso nos termos formulados (fls. 140/145).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 149/153), anotada a nomeação de curador especial ao recorrente pelo convênio Defensoria Pública/OAB-São Paulo após sua citação por edital (fls.108).

É O RELATÓRIO.

No mérito, tributado o devido respeito ao entendimento da magistrada de piso, o recurso comporta provimento.

Impõe-se no caso o reconhecimento da nulidade da citação.

Como se sabe, a citação constitui-se, talvez, no mais importante ato processual, posto que a partir dela é que se formaliza a triangularização da relação processual.

Assim é, sem dúvida alguma, ato que deve ser praticado de acordo com as exigências legais.

No caso vertente, observa-se que o réu/apelante acabou sendo citado por edital, com nomeação de curador especial, posto entender o juízo *a quo* que esgotados os meios para sua localização.

Ocorre que, em conformidade com a certidão lançada a fls.28, após tentativa de citação do requerido no endereço apontado na inicial, fora certificado pelo Oficial de Justiça que ele apenas não fora encontrado nas oportunidades de visita ao local. E ainda que não fez contato após recados deixados.

Acesso ao Sumário

Em nenhum momento fora certificado que ele lá não reside ou obtida informação de desconhecimento de seu paradeiro, encontrando-se em local ignorado ou incerto à luz do que disciplina o artigo 256, §3º do CPC a autorizar a citação por edital.

A despeito de posteriores tentativas infrutíferas de citação em outros endereços constantes dos autos, o caso aponta para a nulidade de tal meio de citação naquele momento e pela forma como autorizada, reclamando nova diligência no endereço de fls.28 para que sejam buscadas informações acerca das razões da ausência do citando, e, sendo o caso, sejam atendidas as circunstâncias autorizadoras da citação por edital.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024333-50.2020.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante/apelado JEFERSON PEREIRA DUVAL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A (TAP AIR PORTUGAL).

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 20.448)

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

São Paulo, 16 de novembro de 2021.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais. Transporte aéreo internacional. Autor que foi impedido de embarcar em voo com destino a Portugal em razão do não cumprimento dos requisitos previstos no Despacho nº 8391-A/2020 que definiu as medidas aplicáveis ao tráfego aéreo com destino a Portugal em virtude da pandemia da COVID-19. Art. 18 da Resolução nº 400 da ANAC. Empresa aérea que tem o dever de fiscalizar a documentação necessária para

migração dos passageiros. Autor que não comprovou ter apresentado os documentos necessários. Autor previamente ciente da proibição. Inexistência de violação do dever de informação. Tentativa ignorada de estabelecer contraditório no escritório da companhia aérea que a tanto não equivale. Inexistência de defeito ou falha na prestação do serviço. Restituição do valor dos bilhetes aéreos fundamentada na proibição do enriquecimento ilícito. Limites subjetivos da lide que não autorizam igual providência em relação a bilhetes adquiridos de outras companhias aéreas. Sentença mantida. Recurso improvidos.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 120/126, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente a ação promovida por Jeferson Pereira Durval contra a Transportes Aéreos Portugueses S/A (Tap Air Portugal), nos seguintes termos:

> *Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado pelo autor em face de TAP AIR PORTUGAL, para condenar a requerida a restituir ao autor o valor pago pela sua passagem com origem no Brasil e destino em Portugal, no voo que se realizaria na data de 19/09/2020, no importe de R$ 1.620,43, devidamente atualizado pela tabela prática do TJSP a partir da data do desembolso, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.*

O autor apela às fls. 134/165 com vistas à procedência total da ação sustentando que em 22/06/2020 comprou pelo site oficial da ré duas passagens aéreas com destino a Portugal para o dia 19/09/2020, bem como que comprou uma passagem de volta para o dia 12/10/2020, pela empresa Ibéria, que foi alterado para o dia 26/10/2020.

Argumenta que contatou inúmeras vezes a apelada para que fosse esclarecida medidas restritivas de embarque em razão da pandemia, que inclusive enviou e-mail a apelada no dia 06/09/2020 querendo marcar atendimento presencial, porém, seu e-mail só foi respondido dia 20/10/2020, depois que havia sido impedido de embarcar.

Aduz que foi impedido de embarcar, sob a alegação de que só poderia embarcar: (i) cidadão português, (ii) trabalhador com contrato de trabalho e (iii) estudante com visto. Aduz, ainda, que não houve qualquer comunicação prévia por parte da apelada e que a única exigência era a de realização de teste de Covid-19 com resultado negativo.

Acesso ao Sumário

Sustenta que um funcionário da apelada falou que se comprasse a passagem de volta pela Tap que liberariam o embarque, porém, que não conseguiu comprar e sua filha embarcou sozinha. Sustenta, ainda, que a viagem estava programada desde 2017 e que foi uma frustração enorme não poder acompanhar a filha.

Reafirma a falha na prestação dos serviços diante da ausência de previa comunicação ou esclarecimentos o que enseja a reparação dos danos materiais (passagem de ida e volta) e pagamento de indenização por danos morais.

Por fim, pede a majoração dos honorários advocatícios para R$ 5.000,00.

Por sua vez, apela a empresa aérea às fls. 168/174 com vistas a improcedência total da ação, vez que o motivo do impedimento do embarque do autor foi a falta de documentação necessária para sua entrada em Portugal. Argumenta com o Despacho nº 8391-A/2020, publicado em 31/08/2020, vigente a época do voo que define as medidas aplicáveis ao tráfego aéreo com destino e a partir de Portugal, bem como que na data da compra da passagem aérea o autor tinha conhecimento do fechamento de diversas fronteiras internacionais e era seu dever se informar junto às autoridades do país de destino. Por fim, sustenta o artigo 18 da Resolução nº 400 da ANAC.

Os recursos foram processados e respondidos (fls. 179/193 e 194/225).

O autor informou que não se opõe ao julgamento virtual, bem como que não possui interesse em audiência de tentativa de conciliação (fl. 232).

É o relatório.

Nada obsta o conhecimento dos recursos.

Trata-se de ação na qual o autor pretende o recebimento de indenização por danos materiais e morais, vez que comprou passagens aéreas de ida e volta para Portugal e foi impedido de embarcar, o que lhe trouxe prejuízos financeiros e enorme frustração.

A ré sustenta que o autor não apresentou os documentos exigidos pelo Governo Português para que pudesse embarcar e que, assim, inexiste responsabilidade de sua parte.

Acesso ao Sumário

Resta clara a relação de consumo entre as partes mediante celebração de contrato de transporte aéreo, cabendo, portanto, ao prestador de serviço a obrigação de cumpri-lo com segurança e de forma fiel à contratada, sob pena de ser obrigado a indenizar por eventuais danos causados.

Ocorre que restou incontroverso nos autos que o autor foi proibido de embarcar por não apresentar os documentos necessários para entrada em Portugal em virtude do fechamento das fronteiras desencadeada pela pandemia do Covid - 19.

O autor insiste na alegação de ausência de informação prévia e na frus-

tração de ser surpreendido com a notícia de não poder embarcar somente no momento do *check-in*.

Surpreendido o autor não foi, pois o documento de fl, 41, consistente em correio eletrônico que dirigiu à companhia área, contém declaração da ciência do impedimento ao ingresso no país de destino por fato do príncipe, e constitui prova do fato conforme a disposição do art. 408 do CPC.

E nem de falta de cumprimento do dever informacional exigido do fornecedor é de se cogitar, pois o consumidor sabia do impedimento administrativo, não se podendo confundir com isto o fato de que sua pretensão de instalar contraditório no escritório da companhia área para convencer do caráter essencial de sua viagem tenha sido ignorado ou não atendido.

Por esses motivos, é impossível imputar responsabilidade do não embarque a ré, que simplesmente cumpriu as regras do Governo Português, vez que o autor não apresentou a documentação necessária para o embarque[1].

E, assim dispõe o art. 18 da Resolução nº 400 da ANAC:

"*Art. 18 - Para a execução do contrato de transporte, o passageiro deverá atender aos seguintes requisitos:*

I - apresentar-se para embarque munido documento de identificação civil e em horário estabelecido pelo transportador;

II - atender a todas as exigências relativas à execução do transporte, tais como a obtenção do visto correto de entrada, permanência, trânsito e certificados de vacinação exigidos pela legislação dos países de destino, escala e conexão;

III - obedecer aos avisos transmitidos pelo transportador. Parágrafo único. O descumprimento de quaisquer dos requisitos deste artigo autorizará o transportador a negar embarque ao passageiro e aplicar eventuais multas"

Logo, resta claro que a companhia aérea tinha o dever de fiscalizar a documentação necessária para a migração dos passageiros observando o estabelecido no Despacho 8391-A/2020 que definiu as medidas aplicáveis ao tráfego aéreo com Destino e a partir de Portugal.

Nesse sentido é o entendimento desta C. Corte:

APELAÇÃO - Ação indenizatória por danos morais e materiais - Transporte aéreo internacional - Autores que foram impedidos de embarcar em voo rumo à *Portugal em virtude da ausência de autorização especial - A companhia aérea internacional possui o direito-dever de verificar a documentação necessária para a migração do passageiro - Necessidade de cumprimento de determinados requisitos exigidos pela legislação dos países de destino para que o embarque do passageiro seja autorizado*

1 Não se aplica ao caso a Lei nº 14.034/2020, vez que o voo não foi cancelado.

Acesso ao Sumário

- Inteligência do art. 18 da Resolução n. 400 da ANAC - O Despacho n. 7595-A/2020 de 31.08.2020 definiu as medidas aplicáveis ao tráfego aéreo com destino a Portugal à época dos fatos, estabelecendo que só poderiam viajar para o país europeu, partindo do Brasil, quem estivesse realizando viagem exclusivamente essencial e fosse membro familiar - Ausência de prova de que os coautores possuíam vínculo de parentesco com a coautora Lessy, de sorte a garantir autorização pela norma europeia - É dever do passageiro informar-se quanto aos documentos necessários à sua viagem, notadamente se tratando de momento atípico ocasionado pela pandemia da COVID-19, em que muitas fronteiras foram fechadas - Sentença reformada para julgar improcedente a demanda - RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1125606-17.2020.8.26.0100; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 45ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/09/2021; Data de Registro: 17/09/2021)

Desse modo, diante da não comprovação pelo autor de que apresentou a documentação necessária, nenhuma razão lhe assiste em postular a reparação de danos para os quais não concorreu a companhia aérea.

Inexiste defeito ou falha na prestação dos serviços.

Só tinha mesmo cabimento a restituição do valor dos bilhetes aéreos emitidos pela ré, considerados os limites subjetivos da lide e considerada a proibição do enriquecimento ilícito que inspirou a procedência parcial da ação, cuja forma e tempo não foram objeto de impugnação pela ré no seu apelo.

Por força da sucumbência recursal, e considerada a necessidade de prevenção da remuneração indigna a justificar a aplicação da regra do §8º do art. 85 do CPC, os honorários fixados na origem são majorados para R$ 2.000,00.

Pelo exposto, voto pelo IMPROVIMENTO dos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1047159-65.2019.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante L.A.S. DE MELO LTDA. - ME (NIPPON IMÓVEIS), são apelados INEZ EMILIA OLIVEIRA DE CARVALHO e MICHEL SILVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.863)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. ALEGAÇÃO VÍCIO OCULTO CONSISTENTE EM VAZAMENTO HIDRÁULICO NO IMÓVEL. DESOCUPAÇÃO FORÇOSA. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO MORAL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O PROPRIETÁRIO (RÉU) E A ADMINISTRADORA DO IMÓVEL LOCADO (CORRÉ). CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. PEDIDO DE AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. DEFESA AMPARADA NA MERA INTERMEDIAÇÃO SEM PODERES DE MANDATO DO LOCADOR PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DO DONO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). RECURSO PROVIDO PARA ESSE FIM. No caso, o problema de vazamento identificado depois da assinatura do contrato de locação, que determinou à autora rescisão do negócio antes do termo final da avença, não atrai para a imobiliária-corré a responsabilidade pelo dano moral que suportou. Isso porque, atuando como mera administradora e unicamente responsável pelo recebimento dos encargos da obrigação locatícia, a corré não tinha poderes para reparar eventuais defeitos do imóvel, razão pela qual é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação.

VOTO

INEZ EMÍLIA OLIVEIRA DE CARVALHO ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com obrigação de fazer, indenização por danos materiais

Acesso ao Sumário

e moral em face de **MICHEL SILVEIRA** e **L.A.S. DE MELO LTDA. - ME**.

O Juiz de Direito, por respeitável sentença de folhas 156/166, cujo relatório adoto, julgou com base no art. 487, I, do Código de Processo Civil (CPC), o acolhimento parcial dos pedidos para: a) condenar o corréu MICHEL a restituir à parte autora R$ 3.440,00 (três mil, quatrocentos e quarenta reais), com correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a contar de 29/05/2018 e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar de 07/10/2019, autorizado o desconto das contas de água e energia elétrica relativas ao consumo havido até a data da devolução das chaves do imóvel locado (07/10/2019); b) condenar o corréu MICHEL a pagar à parte autora, a título de multa convencional, o equivalente a 3 (três) meses de aluguel vigente à época da devolução das chaves, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde 07/10/2019; c) condenar os corréus, solidariamente, a pagar à parte autora, a título de indenização dos danos morais causados, a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida pela Tabela Prática do TJSP a partir da data desta sentença, já que nesta data foi realizado o arbitramento do dano, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar de 07/10/2019. Em razão da sucumbência recíproca, os integrantes de cada polo da ação, solidariamente, arcarão com metade das custas e despesas processuais. Ademais, os integrantes de cada polo da ação deverão pagar, solidariamente, aos patronos dos integrantes do polo contrário, a título de honorários advocatícios, o valor correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor do proveito econômico por si obtido, art. 85, §§ 2º e 14, do CPC. Para o patrono da autora a base de cálculo será o valor da condenação da parte ré, e para o patrono dos réus a base será a diferença entre o valor da causa e o valor da condenação, todos atualizados.

Inconformada, a corré interpôs recurso de apelação. Em resumo, alegou não haver dano moral, mas mero aborrecimento do cotidiano. Se prevalecer a condenação, o valor deve ser reduzido para atender os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Atuou na intermediação da locação entre a autora e o réu, ficando responsável pelo recebimento dos aluguéis. É, portanto, parte ilegítima nessa relação jurídica. Não há prova de que foi notificada acerca dos problemas no imóvel locado. Mencionou não haver prejuízos de ordem material. Está comprovado o repasse de valores da caução ao réu (ora locador) e não tinha como efetuar a restituição. Na condição de intermediária não podia reparar os danos no imóvel. Recebeu às chaves do imóvel na data que a autora determinou entregar. Prestou ajuda à autora com assistência jurídica para resolver as pendências. A vistoria foi feita pelo réu, mas houve demora (fls. 168/176).

Acesso ao Sumário

Em contrarrazões, a autora defendeu a manutenção da r. sentença e o improvimento do recurso. Está comprovada a comunicação sobre o estado do imóvel feita à apelante (ora corré) [fls. 03, 136 e 141/141]. A respeito da alega-

ção de ilegitimidade de parte, os argumentos trazidos não são capazes de romper o nexo contratual. O dano moral deve ser mantido inclusive pela condenação solidária entre os réus. Honorários advocatícios decorrentes da sucumbência sem modificação também (fls. 185/192).

É o relatório.

A razão específica da rescisão do contrato de locação celebrado entre as partes neste processo decorreu de vício oculto existente no imóvel de propriedade do réu Michel, contrato este intermediado pela administradora-corré, consistente no vazamento hidráulico que impediu a permanência da autora na posse imóvel (fls. 17/22).

Respeitado entendimento diverso do douto Magistrado sentenciante, no caso, a imobiliária-corré não figurou tipicamente como administradora do imóvel dado em locação à autora.

Nota-se que a corré, malgrado tivesse se colocado como intermediadora nesse negócio, é o contrato de locação escrito que rege os poderes concedidos a ela e, na hipótese, somente obrigou-se a receber as obrigações locatícias, ou seja, a quem se deve pagar "o accipiens".

Qualquer outra estipulação não escrita está fora das relações negociais do presente caso de forma que isso não pode ser invocado para considerá-la solidariamente responsável (fls. 17).

Constata-se que a imobiliária-corré, ao celebrar o contrato de locação com a autora e se responsabilizar apenas pelos encargos da locação, não tem poderes para agir por vontade própria, em nome do locador, para satisfazer determinadas questões do imóvel.

Não se questiona o constrangimento elevado que a autora suportou em alugar um imóvel na condição reportada no processo com um dano hidráulico, que, na verdade, é da inteira responsabilidade do proprietário-locador e não da imobiliária que não possui mandato específico para efetuar tais reparos.

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

> "PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO PROPOSTA CONTRA A ADMINISTRADORA DO IMÓVEL LOCADO, MANDATÁRIA DA LOCADORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de que a Administradora de Imóveis, por ser mera mandatária do locador do imóvel, não possui legitimidade processual para figurar no pólo (sic) passivo de eventual ação judicial que tenha por fundamento o contrato de locação. Isso porque não se pode confundir o

Acesso ao Sumário

proprietário do imóvel com quem o representa, ou seja, com seu mandatário, tendo em vista que este, ao celebrar o contrato de locação, não o fez em nome próprio, mas em nome de seu mandante, o locador. 2. Hipótese em que a ação declaratória de nulidade de ato jurídico proposta pelo fiador no contrato de locação foi proposta contra a Administradora de Imóveis e não em face da locadora. Ilegitimidade passiva ad causam configurada, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. 3. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 664.654/RJ, QUINTA TURMA, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006).

Dessa forma, se mostra configurada a ilegitimidade passiva *ad causam* da corré-apelante, o que enseja a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

Posto isso, por meu voto, **dou provimento ao recurso** interposto pela imobiliária-corré para acolher a ilegitimidade passiva *ad causam* e, com fundamento no art. 485, VI, do CPC, extinguir o processo, sem resolução do mérito. Pela sucumbência, a autora arcará com o pagamento das custas e despesas do processo já desembolsadas pela parte, além de honorários advocatícios em prol da advogada da corré, ora fixados, em R$ 1.000,00 (mil reais) sobre o proveito econômico obtido neste recurso, o que corresponde a 10% (dez por cento) da condenação solidária por danos morais de R$ 10.000,00 (dez mil reais) estipulada na r. sentença, tudo nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0085229-17.2003.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROGÉRIO TADEU CORREA DE LEÃO LIMA (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 do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41767)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

SOUZA LOPES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Liquidação de sentença - Homologação dos cálculos do perito, com fixação do saldo devedor e expedição de guia de levantamento - Determinação de arquivamento sem extinção do feito - Insurgência por meio de apelação - Inadequação da via eleita, pois o pronunciamento do juiz consistiu em decisão interlocutória, o que desafiaria agravo de instrumento - Exegese do artigo 1.015, parágrafo único, do CPC - Ausência de dúvida objetiva acerca do recurso cabível - Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal - Recurso não conhecido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. decisão proferida nos autos de liquidação de sentença proferida nos autos da ação de revisão contratual que ROGÉRIO TADEU CORREA DE LEÃO LIMA dirigiu contra o BANCO DO BRASIL S/A.

Sustenta que os documentos não foram juntados pelo Banco no momento oportuno, para elaboração dos cálculos pelo perito, impondo o reconhecimento de quitação do contrato em discussão. Insiste em dizer que não é justo ser penalizado pela desídia do apelado que deixou de cumprir as determinações judiciais nos prazos assinalados. Busca a reforma do *decisum*.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

Esse é o relatório.

O recurso não pode ser conhecido.

Como é cediço, dispõe o artigo 1.015, parágrafo único, do NCPC:

"*Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...)*

Parágrafo único. ***Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas a fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.***"

No caso, observa-se que, nos autos de liquidação de sentença, houve homologação dos cálculos do perito, com fixação do saldo devedor em R$ 371.213,20, para maio de 2021, sendo certo que, embora as determinações para levantamento de valores e arquivamento, não se dispôs sobre extinção do feito.

Nestes termos, não existe dúvida de que a decisão está sujeita ao recurso de agravo de instrumento, e não de apelação, como formulado.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Interposição de apelação - Descabimento - Decisão que resolve a liquidação, a qual, na espécie, seria recorrível mediante agravo de instrumento - Inteligência do par. ún., do art. 1.015, do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido. (TJSP; Apelação Cível 1000123-16.2016.8.26.0488; Relator (a): João Batista Vilhena; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Queluz - Vara Única; Data do Julgamento: 20/11/2020; Data de Registro: 20/11/2020)

APELAÇÃO - LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO - HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS. ADMISSIBILIDADE RECURSAL - Recurso de apelação voltado contra ato decisório que resolveu liquidação por arbitramento - Recurso cabível que é o agravo de instrumento, na forma do artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil - Erro grosseiro que impede a fungibilidade. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSP; Apelação Cível 0025752-31.2019.8.26.0576; Relator (a): Sergio Gomes; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/11/2020; Data de Registro: 24/11/2020)

Por fim, observa-se que ausente dúvida objetiva na jurisprudência, é inaplicável o princípio da fungibilidade recursal, sendo de rigor o não conhecimento do apelo.

Pelo exposto, não se conhece do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004500-36.2021.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL, é apelado ALBERTO GOMES DA SILVA JUNIOR.

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 31.248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THEODURETO CAMARGO (Presidente), ALEXANDRE COELHO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

Acesso ao Sumário

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: DENUNCIAÇÃO DA LIDE - PRETENDIDA A DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO ESTADO DE SÃO PAULO - RELAÇÃO DE CONSUMO - IMPOSSIBILIDADE (CDC, ART. 88) - A DENUNCIAÇÃO DA LIDE NÃO SE PRESTA PARA O RECONHECIMENTO DE CULPA DE TERCEIRO.

PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE COBRANÇA - PACIENTE PORTADOR DE CIRROSE HEPÁTICA E TUMOR NO FÍGADO (CID K 74) - ACOMPANHAMENTO AMBULATORIAL PELO PLANO DE SAÚDE - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTE DE FÍGADO EM DECORRÊNCIA DA EVOLUÇÃO DO QUADRO CLÍNICO - NEGATIVA DA REQUERIDA - ALEGAÇÃO DE QUE O TRATAMENTO NÃO FAZ PARTE DO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATÓRIOS DA ANS - DESCABIMENTO- - PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ - RECUSA ABUSIVA – PRECEDENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de fls. 275/285, que julgou procedentes os pedidos para condenar a ré cobrir integralmente o procedimento cirúrgico de transplante de fígado solicitado para o beneficiário e os demais tratamentos com equipe multidisciplinar. Consigne-se que tal cobertura poderá ocorrer de duas formas, a saber: a) mediante indicação de hospital e equipe médica credenciados (e devidamente aptos a realizarem este complexo procedimento) - hipótese em que a eventual escolha do demandante por determinado hospital e profissionais médicos não credenciados estará sujeita às regras contratuais para o reembolso dos procedimentos; ou b) mediante o ressarcimento integral das quantias despendidas para a internação, a realização do procedimento cirúrgico e os demais tratamentos que não contem com estabelecimentos hospitalares e profissionais devidamente capacitados para sua realização na rede credenciada da ré.

Em razão da sucumbência condenou a requerida no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados por equidade em R$ 5.000,00.

Acesso ao Sumário

Irresignada, apela a requerida apresentando denunciação da lide ao Estado de São Paulo, argumentando que compete ao "Sistema Único de Saúde" (SUS) a obrigação de realizar o procedimento cirúrgico pleiteado pelo autor, quando do recebimento do órgão. No mérito sustentando que o contrato de plano de saúde vigente entre as partes é posterior à Lei nº 9.656/98 e, assim, está vinculado ao rol de procedimentos básicos da "ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar", que não inclui o procedimento cirúrgico de transplante hepático. Destaca que o artigo 10 da Lei nº 9.656/98, ao instituir o plano referência de assistência à saúde, estabeleceu a necessidade de respeito às exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 daquela lei, dispondo expressamente em seu § 4º que "a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS". Sustenta, portanto, que o referido diploma legal conferiu expressa competência normativa à ANS, para que esta Agência Reguladora especificasse, por meio do mencionado "rol de procedimentos", todos os procedimentos médicos que devem ser contemplados no plano referência e que são de cobertura obrigatória pelas operadoras. Assevera que a disposição legal estabelecida pela Resolução Normativa nº 465/21 da ANS é cristalina quanto à exclusão de cobertura para os tratamentos não elencados no rol de procedimentos básicos. Destaca, outrossim, a existência de expressa exclusão contratual para "procedimentos de transplantes de qualquer natureza, salvo os autólogos" na avença vigente entre as partes. Argumenta, também, que o procedimento requerido é extremamente complexo e de alto custo, que não pode ser tratado como um simples procedimento negado por não constar no rol de procedimentos básicos da ANS e no contrato vigente entre as partes. Discorre sobre o contrato de seguro saúde, argumentando que tal avença (assim como qualquer outro tipo de seguro), obriga o segurador a garantir interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados (artigo 757 do Código Civil), de sorte que a delimitação dos riscos (cobertos e excluídos) é imprescindível para definir as responsabilidades da ré; e deve ser rigidamente respeitada, sob pena de a seguradora não possuir recursos suficientes para arcar com suas obrigações assumidas e, assim, prejudicar a totalidade dos segurados (fls. 288/308).

Acesso ao Sumário

Comprovado o recolhimento do preparo (fls. 309/310), o recurso é recebido no efeito devolutivo.

Contrarrazões às fls. 259/265.

Não houve oposição ao julgamento virtual do presente recurso.

É o relatório.

1. - SÍNTESE DA DEMANDA - Alberto Gomes da Silva Júnior ajuizou ação pelo rito comum contra "Central Nacional Unimed" aduzindo, em síntese, que é beneficiário de plano de assistência à saúde operado pela ré desde

16/12/2019 (na categoria Estilo Nacional ADS - A), e que no dia 15 de março p.p. procurou o pronto atendimento do "Hospital Villa Lobos" com quadro de inchaço nas pernas e abdome estendido com retenção de líquido. Informa que, naquela oportunidade, teve de permanecer internado até o dia 17/03/2021, tendo sido diagnosticado com cirrose hepática e tumor no fígado. Destaca que, no mesmo dia da alta hospitalar, em razão da gravidade do seu diagnóstico, conseguiu passar em consulta com o Dr. Tércio Genzini (médico hepatologista), que confirmou o diagnóstico recebido no nosocômio e esclareceu que seu caso é absolutamente delicado e urgente, por se tratar de paciente cirrótico "sem qualquer outra alternativa de tratamento que não seja o transplante de fígado, sendo que este último pode oferecer chance de cura a longo prazo acima de 80%" (fl. 57). Assinala, outrossim, que em razão da gravidade de sua doença, foi incluído na lista de espera do transplante, encontrando-se em 30º lugar, o que indica mortalidade elevada e contraindica qualquer outro tipo de tratamento. Por tais razões, relata que rapidamente contatou a ré (protocolo da conversa nº 33967920210405111789) para solicitar orientações sobre a rede credenciada para a realização do seu procedimento, sendo porém informado de que a operadora não possui em sua rede qualquer hospital apto para uma cirurgia tão complexa, e igualmente não dispõe de profissionais capacitados para a realização do transplante que lhe fora recomendado. Sustenta que a negativa de cobertura é abusiva, vez que a operadora cobre a realização de tratamentos para a enfermidade que o acomete e, por tal motivo, deve ser compelida a custear integralmente todas as despesas decorrentes do procedimento cirúrgico que lhe fora prescrito (com hospital, equipe médica e equipe multidisciplinar), até que o paciente receba alta definitiva. Ressalta que a relação jurídica existente entre as partes submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, de forma que a abusividade de cláusulas limitativas de cobertura deve ser analisada sob a ótica da lei consumerista. Informa que já desembolsou o montante de R$ 45.000,00 para pagamento da primeira parcela dos honorários devidos à equipe médica que o assistirá, sustentando que a requerida deve ser compelida a reembolsar tal quantia (e todas as despesas que decorrerem da realização do seu procedimento cirúrgico), na totalidade. Pugna pela concessão de tutela de urgência para que a ré seja compelida a custear imediatamente o procedimento cirúrgico com a equipe do médico especialista, Dr. Tércio Genzini, no "Hospital Alemão Oswaldo Cruz", e, ao final, requer a confirmação da tutela em sentença, com a consequente condenação da ré ao custeio integral do tratamento que lhe fora prescrito (com inclusão das despesas hospitalares, com a equipe médica e com profissionais da equipe multidisciplinar).

Regularmente citada, a ré apresentou contestação impugnando o pedido inicial (fls. 128/148).

A r. sentença julgou os pedidos procedentes.

Acesso ao Sumário

2. - DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO ESTADO DE SÃO PAULO - A relação jurídica existente entre as partes é de consumo.

Logo, obstada a denunciação da lide, nos termos do art. 88 do CDC.

Nesse sentido o C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento, há muito consolidado, de que "qualquer ampliação da controvérsia que signifique produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a ratio do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denunciação à lide" (STJ, REsp nº 801.691/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Julgado em 06/12/2011, DJe 15/12/2011).

Ainda que assim não fosse, o pedido de denunciação da lide apoia-se na responsabilidade exclusiva de terceiros, o que impede a denunciação da lide.

3. - DO DIREITO - Do detido exame dos autos infere-se que a ré não impugnou a afirmação de que não realizava transplantes de fígado ao tempo em que o autor esteve sob seus cuidados em atendimento ambulatorial.

Da mesma forma, não impugnou o diagnóstico da doença.

Ora, nas hipóteses como a versada nestes autos, prevalece o entendimento de que se a operadora de plano de saúde não afasta a cobertura do mal, é evidente que não pode recusar-se a arcar com o custo do respectivo tratamento (STJ, REsp 519.940-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.06.2003, v.u.).

Assim, é lícito concluir que o procedimento em questão, destinado, expressamente, ao tratamento da doença que acomete o autor, bem como à garantia da sua qualidade de vida, deve ser a ele disponibilizado.

A recusa em dar cobertura às despesas com o tratamento pleiteado se afigura abusiva e ilegal, considerando que está expressamente recomendado por médico especialista, que conhece o quadro clínico de seu paciente.

Além disso, a postura da ré afronta o preceito contido no Código de Defesa do Consumidor, art. 51, inciso IV, já que restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto e o próprio equilíbrio contratual (idem, artigo 51, § 1º, inciso II), consoante entendimento, inclusive, já consolidado por esta Corte na Súmula 102 deste Egrégio 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".

Acesso ao Sumário

Nesse sentido: "PLANO DE SAÚDE. Negativa de cobertura de transplante hepático. Procedimento cirúrgico expressamente prescrito pelo médico que acompanha o autor. Argumento de que o tratamento é desprovido de cobertura obrigatória no rol da ANS viola entendimento pacífico deste E. Tribu-

nal. Exclusão genérica de cobertura que viola as disposições contidas na Lei 9656/98 e do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes recentes da 3ª Turma do STJ a sustentar que o rol da ANS tem natureza meramente exemplificativa. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, 1ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1001407-80.2021.8.26.0004, rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 13.10.2021).

Nesse mesmo sentido: "AÇÃO COMINATÓRIA - PLANO DE SAÚDE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DA RÉ - DESCABIMENTO - AUTOR PORTADOR DE CIRROSE HEPÁTICA ALCÓOLICA ASSOCIADA À INSUFICIÊNCIA HEPÁTICA AVANÇADA, RAZÃO PELA QUAL RECEBEU PRESCRIÇÃO MÉDICA PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTE DE FÍGADO, O QUE FORA NEGADO PELA OPERADORA DE SAÚDE APELANTE SOB JUSTIFICATIVA DE QUE NÃO SE ENCONTRA PREVISTO NO ROL DA ANS - OBSERVÂNCIA À SÚMULA 102 DO TJSP - COMPETE APENAS AO MÉDICO RESPONSÁVEL A INDICAÇÃO DO TRATAMENTO MAIS ADEQUADO AO PACIENTE, SENDO INÓCUAS EVENTUAIS ALEGAÇÕES DE QUE TAL PROCEDIMENTO NÃO SE ENCONTRA PREVISTO NO ROL DA ANS - CIÊNCIA AVANÇA MAIS RÁPIDO QUE O DIREITO, NÃO PODENDO O CONSUMIDOR, PORTADOR DE GRAVE MAZELA, FICAR À MERCê DA DECISÃO DO ÓRGÃO REGULADOR - É ABUSIVA A NEGATIVA DO FORNECIMENTO DO TRATAMENTO EM QUESTÃO, POIS FRUSTRA A EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR E O PRÓPRIO OBJETO DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE- RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA MANTIDA" (TJSP, 2ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1016178-66.2021.8.26.0100, rel. Desª Hertha Helena de Oliveira, j. em 30.09.2021).

Logo, reconhecido o dever de cobrir os custos do tratamento indicado, não se revela lícita sua limitação, uma vez que só os profissionais médicos e equipe técnica que assistem a paciente podem atestar a necessidade ou não da intervenção cirúrgica.

Os relatórios médicos de fls. 57/63 foram objetivos ao destacar não só a gravidade da doença e a evolução do quadro clínico, como também a necessidade de o autor aguardar a existência de doador compatível.

Nesse interregno, não poderia o paciente permanecer indefinidamente no atendimento ambulatorial somente porque o plano de saúde que estipulou a cobertura da doença no contrato não realizava transplantes de fígado.

Por fim, no concernente ao reembolso de despesas, "Não comprovação pela ré de que há, na rede credenciada, estabelecimento e profissionais habilitados para o tratamento segundo o método indicado pelo médico do autor. Indevida a limitação do reembolso. Custeio integral devido. Recurso não provido" (TJSP, 7ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1004320-53.2017.8.26.0011, rel. Des. Mary Grün,

Acesso ao Sumário

j. 12.03.2018).

Portanto, deverá a requerida cobrir integralmente o procedimento cirúrgico de transplante de fígado solicitado para o beneficiário e os demais tratamentos com equipe multidisciplinar.

E conforme bem decidido pelo i. magistrado de primeiro grau: "Consigne-se que tal cobertura poderá ocorrer de duas formas, a saber: a) mediante indicação de hospital e equipe médica credenciados (e devidamente aptos a realizarem este complexo procedimento) - hipótese em que a eventual escolha do demandante por determinado hospital e profissionais médicos não credenciados estará sujeita às regras contratuais para o reembolso dos procedimentos; ou b) mediante o ressarcimento integral das quantias despendidas para a internação, a realização do procedimento cirúrgico e os demais tratamentos que não contem com estabelecimentos hospitalares e profissionais devidamente capacitados para sua realização na rede credenciada da ré".

Assim, mantida a r. sentença recorrida para condenar a requerida na obrigação de fazer consistente em cobrir integralmente o procedimento cirúrgico prescrito ao autor (qual seja: transplante de fígado), bem como os demais acompanhamentos solicitados à fl. 58 por equipe multidisciplinar.

Ressalta-se que eventual inexistência de estabelecimento hospitalar credenciado e/ou equipe médica profissional credenciada aptos a garantir o adequado e seguro tratamento prescrito ao demandante acarretará à ré o dever de ressarcir integralmente os valores despendidos pelo beneficiário do plano para tal finalidade.

4. - DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA - Em razão do não acolhimento da pretensão recursal da requerida, ficam os honorários advocatícios majorados para R$ 5.500,00, nos termos do art. 85, § 11° do CPC.

5. - CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010021-35.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado MARCIO CARVALHO DA SILVA, é apelado/apelante AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44558)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 18 de novembro de 2021.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO - TRANSPORTE AÉREO NACIONAL - CANCELAMENTO DE VOO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato de transporte aéreo nacional - Viagem entre Rio de Janeiro e Presidente Prudente, com conexão em Campinas - Cancelamento do primeiro trecho e perda da conexão - Atraso relevante na chegada ao destino, de mais de cinco horas - Responsabilidade objetiva - Fortuito interno - Indenização por danos morais fixada na origem em seis mil reais, que é compatível com as peculiaridades do caso concreto.

SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por **AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.** e **MARCIO CARVALHO DA SILVA** contra a r. sentença de fls. 121/123, cujo relatório se adota em complemento, que julgou procedentes em parte pedidos formulados pelo particular em face da companhia aérea, que restou condenada ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 6.000,00 (seis mil reais), com correção da sentença e juros de mora da citação.

À ré ainda foi carreado o custo do processo, com honorários de quinze por cento do valor da condenação.

Em seu recurso, a ré aponta os efeitos da pandemia sanitária atual no setor aeroportuário. Aponta que o atraso e perda de voo de conexão contratados pelo autor decorreu de força maior ("problemas técnico operacionais"). Rechaça a ocorrência de danos morais indenizáveis e, subsidiariamente, pugna pelo valor da redução da indenização fixada a tal título, com juros de mora da fixação, e não da citação. Pela mesma razão, da excludente de responsabilidade, defende o afastamento de sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais (fls. 126/151).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e preparado. Resposta às fls. 203/224.

O autor, em sede de recurso adesivo, busca a majoração da indenização por danos morais, assim como da honorária sucumbencial (fls. 154/171).

Recurso tempestivo e preparado. Resposta às fls. 176/202.

É O RELATÓRIO.

Os recursos não comportam provimento.

De início, frise-se que ao caso concreto aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois configurada a qualidade do autor como destinatário final dos serviços prestados pela ré, quando da contratação do transporte aéreo.

Assim é direito da parte vulnerável a facilitação da defesa de seus interesses em juízo (CDC, art. 6º, VIII), inclusive com a inversão dos ônus probatórios, bem como a modificação de cláusulas contratuais abusivas (art. 6º, IV, CDC).

Para o que interessa ao presente litígio, como bem comprovado nos autos, o autor adquiriu passagem aérea em voo operado pela ré, com seguinte cronograma:

O primeiro trecho da viagem Rio de Janeiro - Campinas, partiria do Aeroporto Santos Dumont no dia 02/12/2020, às 11h20, com desembarque no Aeroporto de Viracopos à 12h30 (doc. 03).

O segundo trecho da viagem, Campinas - Presidente Prudente, partiria do Aeroporto de Viracopos - Campinas, à 13h05, com desembarque em Presidente Prudente, às 14h35 (doc. 03).

O primeiro trecho foi cancelado, gerando a perda da conexão. A chegada ao destino foi postergada em mais de cinco horas, fatos estes que não são controvertidos.

Em se tratando de contrato de transporte, regido pelo Código de Defesa do Consumidor, objetiva é a responsabilidade da contratada a cumprir integralmente o serviço adquirido pelo consumidor, rol de obrigações no qual se insere a de cumprir, de modo rigoroso, os horários inicialmente pactuados.

Acesso ao Sumário

Note-se que a ocorrência de problemas técnicos, a demandar manutenção, turnos da tripulação, eventos climáticos ou qualquer fato correlato, caracterizam fortuito interno, isto é, evento inerente à própria atividade empresarial, que não constitui excludente de responsabilidade. Em sua defesa, a apelada se limita a sustentar que houve *motivos operacionais*, não especificados.

Os danos decorrentes da prestação defeituosa do serviço, pois, mostram-se presentes no caso concreto, como decorrência lógica e evidente dos fatos ocorridos, não se falando em presunção de qualquer natureza.

Em concreto, o autor não teve somente frustrada a justa e legítima expectativa de chegar ao destino conforme programado. Houve atraso injustificado e

ausência de assistência.

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, impende considerar que dano moral não pode ser recomposto, já que é imensurável em termos de equivalência econômica. A indenização a ser concedida é apenas uma justa e necessária reparação em pecúnia, como forma de atenuar o sofrimento.

Assim, diante da pujança econômica da ré e a natureza e dimensão dos fatos narrados, entende-se adequada a manutenção da indenização por danos morais nos seis mil reais arbitrados na origem, valor que bem atinge os objetivos previstos para o instituto, sem que se possa cogitar, por outro lado, o enriquecimento sem causa. A atualização da indenização também atende ao que impõe o ordenamento jurídico vigente.

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença, ficando majorada a honorária sucumbencial devida pela ré para vinte por cento do valor da condenação, na forma do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

Frise-se, para se evitar incidentes desnecessários, que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão que a decidir e dar os fundamentos, o caminho percorrido pelo seu intelecto, para chegar à solução encontrada, o que se verificou no caso concreto.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002099-65.2020.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é apelante RAFAEL VENTURA, é apelado JOÃO GABRIEL VIEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40321)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 19 de novembro de 2021.
JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Apelação Cível - Indenização - Dano moral - Publicação realizada em portal de notícias na Internet - Sentença de procedência - Ausência de impugnação de documento - Irrelevância - Declaração que não tem o condão de comprovar os fatos narrados no texto de autoria do apelante - Escrito assinado por pessoa que sequer foi ouvida como testemunha - Adoção, pelo direito processual, do sistema da livre apreciação da prova ou da persuasão racional - Participação do apelado no evento narrado que, por si só, não permite a conclusão de que este teria sido o causador do evento descrito como "Pancadaria na Rodoviária" no texto redigido pelo apelante - Prova testemunhal que aponta que o apelado teria se limitado a tentar "separar" e "apaziguar" a situação - Inexistência de evidências de que o apelado teria iniciado as altercações ou agressões físicas noticiadas, ou, ainda, que tenha requisitado à Guarda Municipal a retirada de pessoas do local - Atividade de imprensa que, conquanto resguardada pela liberdade de manifestação do pensamento, não justifica o exercício abusivo de direito - Difusão de notícias falsas que não se revela tolerável a pretexto de se preservar um ilusório aspecto absoluto da liberdade de expressão.

Dano moral - Valor que deve ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela parte autora, bem como o poderio econômico do causador do dano - Quantum indenizatório deve refletir a reprovabilidade da conduta do ofensor sem, contudo, servir de estímulo ao enriquecimento sem causa do ofendido - Repercussão de texto jornalístico de autoria do apelante - Publicação que constou de portal de notícias local, em ambiente de Internet - Montante arbitrado pela sentença que se mostra adequado.

Sucumbência Recursal - Honorários advocatícios - Majoração do percentual arbitrado - Observância do

Acesso ao Sumário

artigo 85, §§ 2º e 11, do CPC.

VOTO

Cuida-se de ação de indenização ajuizada por João Gabriel Vieira em face de Rafael Ventura julgada procedente pela r. sentença de fls. 123/129, cujo relatório se adota.

Inconformado, apela o réu a fls. 131/141, buscando a reforma do julgado. Sustenta que os fatos noticiados pelo réu não foram por ele criados, mas apurados mediante contato com pessoas que estiveram no local e dia dos eventos. Aduz que a testemunha arrolada pelo autor foi contraditada e não estava compromissada com a verdade, devendo ser relativizado o depoimento por ela prestado. Afirma que não foi impugnado o documento de fl. 108, que informou que Antonio Leandro Benavides Nascimento "Majerele" foi ao local retirar moradores de rua para a instalação de túnel de higienização. Alega que restou comprovada a participação do autor na confusão, restando evidente que este teria sido o causador do fato. Reporta-se aos depoimentos das demais testemunhas. Invoca o direito à livre manifestação de relatos de terceiros, que não implica conflito com o direito à honra e imagem do autor, não havendo que se falar em dano moral e consequente dever de reparação. Alternativamente, requer a redução da verba indenizatória arbitrada.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 147/159).

É o relatório.

Presentes os requisitos, foi possível o juízo positivo de admissibilidade do recurso, razão pela qual processado, estando em condições de julgamento.

1 - O recurso não está em vias de ser provido.

Respeitada a irresignação do réu, ora apelante, nenhum reparo merece a r. sentença, que julgou procedente a pretensão indenizatória e fixou em R$ 10.000,00 a indenização a título de danos morais.

De início, importa considerar que irrelevante a ausência de impugnação, pela parte apelada, do documento de fl. 108, assinado por Antonio Leandro B. do Nascimento, apelido "Majerele", em que este afirma que o apelado, no exercício de funções de Secretário de Saúde do Município de Ribeirão Pires, teria solicitado a retirada de moradores de rua da região da Rodoviária.

Com efeito, conforme corretamente asseverou o MM. Juízo "a quo", a referida declaração escrita não tem o condão de comprovar os fatos narrados no texto de autoria do apelante, importando salientar que não foi requerida a oitiva do signatário do documento na qualidade de testemunha.

Outrossim, cumpre ressaltar que o direito processual adotou o sistema da livre apreciação da prova ou da persuasão racional, por meio do qual resta

Acesso ao Sumário

conferida ampla liberdade ao juiz para avaliar o contexto probatório, desde que indicados os motivos que lhe formaram o convencimento, conforme preceitua o artigo 371 do aludido diploma legal.

De igual modo, conquanto tenha restado incontroversa a participação do apelado no evento narrado, tal circunstância, por si só, não permite a conclusão de que este teria sido o causador do evento descrito como "Pancadaria na Rodoviária" no texto redigido pelo apelante (fl. 23).

Ao contrário do afirmado, os depoimentos dos informantes e testemunhas, ouvidos em audiência de instrução e julgamento, apontam que o apelado teria se limitado a tentar "separar" e "apaziguar" situação violenta (vias de fato) protagonizada por um funcionário da Prefeitura e moradores de rua e dependentes químicos.

Isto considerado, não há qualquer evidência nos autos de que o apelado teria iniciado as altercações ou agressões físicas noticiadas, ou ainda, que tenha requisitado à Guarda Municipal a retirada de pessoas do local, muito menos que tenha "*(...) ido retirar as pessoas com as próprias mãos, agredindo os moradores com socos, chutes e palavras de baixo calão (...)*", de modo a iniciar "*pancadaria generalizada*", conforme relatado no texto jornalístico de autoria do apelante (fl. 23).

Nem se alegue, por outro lado, que a conduta do apelante estaria amparada pelo direito à livre manifestação de expressão ou ainda à reprodução "de relatos de terceiros".

De fato, embora não se possa negar que a atividade de imprensa se encontra resguardada pela liberdade de manifestação do pensamento, inadmissível o exercício de tal direito com o intuito de propagar informações falsas e relatar fatos inverídicos, ainda que supostamente apurados mediante a tomada de depoimento de pessoas que presenciaram os acontecimentos, porquanto realizado em manifesta abusividade.

Em outras palavras, não se revela tolerável a difusão de notícias falsas a pretexto de se preservar um ilusório aspecto absoluto da liberdade de expressão.

Irretocável, pois, a r. sentença da lavra da douta juíza Tarsila Machado de Sa Junqueira, cujos fundamentos merecem aqui repetidos:

> "*Confrontando-se os depoimentos prestados em Juízo com os fatos narrados na matéria jornalística, verifica-se que não há qualquer comprovação de que o autor participou da discussão ou agrediu fisicamente algum morador de rua, mas tão somente tentou separar a briga e apaziguar a situação. Ainda, o autor não teria solicitado à guarda civil metropolitana que retirassem os moradores de rua, mas que controlassem a situação, já que os moradores de rua e os funcionários da prefeitura (especialmente Majerele) estavam trocando agressões, conforme o de-*

poimento da testemunha GCM Sandra Helena.

"Ressalte-se que a principal tese da defesa do réu reside no fato de que o autor teria dado a ordem de retirada dos moradores de rua do local em que seria instalado o túnel de desinfecção.

"Ora, tal questão não restou comprovada, já que a simples declaração escrita firmada por Majerele (fls. 108) não tem o condão de comprovar a participação do autor na tentativa de remoção dos moradores de rua, cumprindo salientar que sequer foi requerida a oitiva do referido funcionário no momento de apresentação do rol de testemunhas.

"Assim sendo, na matéria jornalística é possível verificar a ocorrência de uma informação incerta (se a ordem de expulsão dos moradores partiu do autor) e de duas informações falsas (1 que o autor teria pedido à GCM que retirasse os moradores de rua e 2 - que o autor foi retirar moradores com as próprias mãos e os teria agredido com socos, chutes e palavras de baixo calão).

"Conclui-se que o texto jornalístico levou aos leitores notícia equivocada, fazendo crer que o autor (e não apenas o funcionário da prefeitura Majerele) expulsou e agrediu moradores de rua, restando presente a ação culposa por parte do réu de veicular matéria com conteúdo falso, o dano à imagem do autor e o nexo de causalidade, caracterizando a ocorrência de dano moral e violação a direitos de personalidade do autor, notadamente à sua honra e imagem" (fls. 127/128).

2 - No que concerne ao valor ao *quantum* indenizatório fixado, importa consignar que o julgador deve arbitrar uma quantia que seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela parte autora, bem como o poderio econômico do causador do dano.

É conhecida a orientação doutrinária e jurisprudencial de que o valor deve refletir a reprovabilidade da conduta do ofensor sem, contudo, servir de estímulo ao enriquecimento sem causa do ofendido.

Em suma, a indenização do dano moral abrange o aspecto ressarcitório e punitivo, não devendo ser tão branda a ponto de se tornar inócua, nem tão pesada que se transforme em móvel de captação de lucro (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Companhia Editora Forense, p. 318). E para que ela se dê de maneira justa, deve-se levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do "quantum", atendidas as condições do ofensor, do ofendido, e do bem jurídico lesado, bem como a extensão e a gravidade do dano.

Em que pese o inconformismo do apelante, ponderando-se todos os fatores explicitados, conclui-se que sua condenação ao pagamento de R$ 10.000,00 em favor do apelado se afigura adequada para atender o binômio reparação-re-

Acesso ao Sumário

primenda.

De fato, ainda que se considerem as condições econômicas das partes, não se mostra exagerado o valor da indenização fixado pela r. sentença em favor do apelado, em especial diante da repercussão do texto jornalístico de autoria do apelante - que restou confirmada pelos informantes e testemunhas ouvidos em juízo -, publicado em ambiente de Internet, em portal de notícias local.

3 - Em vista do exposto, majora-se a verba honorária arbitrada em desfavor da parte apelante de 15% para 18% sobre o valor atualizado da condenação, de acordo com o disposto no artigo 85, §§ 2º e 11 do Código de Ritos.

Por fim, apenas com o propósito de se evitar a oposição de embargos declaratórios, convém lembrar que para se ter a matéria como prequestionada, não se exige o "pronunciamento explícito" acerca dos dispositivos legais tidos como afrontados, bastando que se decida sobre as matérias jurídicas nele insertas.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012267-07.2019.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante/apelado EDITO CAMARGO PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO DO BRASIL S/A e Apelado DIEGO ARAUJO PANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação do autor e NEGARAM provimento ao recurso de apelação do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente), CÉSAR PEIXOTO e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais e materiais, movida contra o Banco do Brasil S.A. (banco financiador) e comprador de imóvel financiado. Sentença de parcial procedência para condenar o banco, inclusive a título de tutela de urgência de natureza antecipada, a proceder a liberação do valor financiado no prazo de 24

horas, sob pena de multa diária fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e para condenar os réus, solidariamente, a pagar ao autor, a título de danos materiais, a importância de R$ 6.392,52. Irresignação do autor e do corréu Banco do Brasil.

Preliminares. Ilegitimidade passiva "ad causam" alegada pelo banco. Não acolhimento. Lide relacionada diretamente com liberação do valor do financiamento pelo banco. Pretensão indenizatória também direcionada ao agente financeiro. Legitimidade aferida "in status assertionis", à vista das afirmações da parte autora, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. O mais é mérito.

Impugnação do benefício da justiça gratuita concedido ao autor. Não acolhimento. Matéria bem analisada pela sentença. Ausência de comprovação de alteração financeira. Benefício mantido.

Mérito. Não cumprimento, pelo comprador, de obrigação de pagamento de valor correspondente ao seu FGTS. Acolhimento. Condenado o comprador para que proceda o pagamento do valor pendente, devidamente atualizado e acrescido de 1% ao mês, a título de juros de mora, contados da data de registro do contrato no respectivo cartório.

Solidariedade dos requeridos quanto aos danos morais e materiais causados ao autor. Mantida. Ambos quedaram inertes em relação às suas obrigações, o que gerou danos ao autor. Responsabilidade solidaria justificada.

Multa contratual prevista no contrato de financiamento não aplicada ao autor. Manutenção. Cláusula contratual que se refere apenas ao financiamento do imóvel e abarca tão somente a relação contratual existente entre o comprador e o banco. Não cabimento de aplicação da multa ao autor.

Ausência de indenização por danos materiais decorrentes da manutenção de automóvel usado dado como parte do pagamento. Manutenção. Incumbência do autor de certificar-se a respeito do estado do bem no momento da negociação.

Acesso ao Sumário

Danos morais decorrentes do inadimplemento dos requeridos. Acolhimento. Autor que efetuou a venda de seu imóvel, transferiu o bem ao comprador, não obteve qualquer contrapartida e ainda sofreu prejuízos inesperados. Dano moral fixado em R$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do autor, o qual deve ser suportado pelos requeridos de forma solidária.

Honorários recursais. Ônus sucumbenciais alterados em vista a sucumbência mínima do autor. Verba honorária fixada em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Inteligência dos artigos 85, §11 e 86, parágrafo único, do CPC/2015.

Resultado. Recurso do autor parcialmente provido e recurso do corréu Banco do Brasil não provido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de obrigação de fazer, cumulada com danos morais e materiais, movida contra o Banco do Brasil S.A. (banco financiador) e o comprador do imóvel.

A r. sentença de fls. 307/320 rejeitou as preliminares de inépcia da petição inicial e a impugnação à gratuidade da justiça arguidas pelo Banco do Brasil. A pretensão inicial foi julgada parcialmente procedente para determinar a liberação do numerário financiado em favor do autor no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Além disso, considerando o descumprimento do contrato de financiamento imobiliário por parte da instituição financeira, o D. Juízo de Primeiro Grau reconheceu a responsabilidade solidária dos requeridos quanto aos prejuízos experimentados pelo autor.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, tendo em vista que, à época do prejuízo patrimonial o imóvel já se encontrava sob a posse do comprador, foi reconhecida a responsabilidade dos requeridos pelos valores desembolsados para os devidos reparos do bem (fls. 98/104). Também se reconheceu a obrigação de indenizar o autor pelos valores pagos a título de registro do instrumento contratual perante o fólio imobiliário - já que não era de sua responsabilidade. Assim, o dano material fixado totaliza o importe de R$ 6.392,52 (seis mil, trezentos e noventa e dois reais e cinquenta e dois centavos).

Em reação à requerida indenização fruto dos reparos feitos no automóvel dado como parte do pagamento, não houve acolhimento. Também foi desacolhida a pretensão da aplicação dos encargos previstos na cláusula "*décima terceira*

- *do inadimplemento*" do contrato (fl. 57/58). Isso porque, segundo a r. sentença, a aludida disposição contratual vincularia tão somente os requeridos e não o autor - o qual estaria presente na avença apenas na qualidade de "*vendedor*". A incidência de danos morais foi também considerada descabida por ausência de comprovação.

Por fim, diante da sucumbência recíproca, as custas judiciais e despesas processuais foram igualmente divididas entre as partes. Cada parte ficou incumbida de suportar os honorários advocatícios do patrono "*ex adverso*", fixados em "*10% (dez por cento) sobre a somatória do valor financiado atualizado a ser liberado com o importe da condenação a título de indenização por danos materiais, pelo requerido em favor do autor, este que, por sua vez, deverá pagar à primeira requerida, única a contestar a ação, o montante que resultar da aplicação do aludido percentual sobre a soma das indenizações que não lhe foram outorgadas (R$ 54.713,00)*".

Apela o autor (fls. 336/355). Primeiramente, alega que a r. sentença deixou de mencionar o uso, pelo comprador, do FGTS para efetuação de parte do pagamento. Nesse sentido, requer que o banco financiador seja responsabilizado também por esta parcela remanescente.

Pugna pela aplicação da multa contratual, prevista na cláusula 13 do contrato, sob o argumento de fazer parte da avença na qualidade de vendedor. Também requer que, com base nas cláusulas 15 e 36 do contrato, o banco financiador o reembolse por todas as despesas de cartório promovidas pelo autor.

Ao tratar do veículo entregue pelo vendedor como parte do pagamento, argumenta que faz jus à indenização decorrente dos vícios ocultos existentes. Alega que não tinha como descobrir tais defeitos, tendo apenas tomado ciência quanto da utilização do automóvel.

Finalmente, em relação ao dano moral, argumenta ser *in re ipsa*, devendo a r. sentença ser reformada nesse sentido.

Apela o Banco do Brasil (fls. 357/365). Argumenta que não foi responsável pela mora contratual, razão pela qual a r. sentença deve ser reformada. Preliminarmente, insiste na ilegitimidade passiva ad causam, sob a alegação de que o atraso em apreço apenas teria se dado em decorrência de desinteligências entre as partes, e impugna a gratuidade da justiça concedida ao autor.

Os recursos foram devidamente processados com o oferecimento das respectivas contrarrazões (fls. 371/390 e 391/393).

É o relatório essencial.

PRELIMINARES

Em relação à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e a impugnação à gratuidade da justiça, é certo que ambos foram bem analisados pelo D. Juízo, não sendo necessária qualquer alteração nesse sentido.

Acesso ao Sumário

Ao tratar da alegada ilegitimidade passiva, a r. sentença bem definiu:

"*[...] buscando o autor, com o seu pedido de natureza cominatória, a liberação, em seu favor, do numerário decorrente do contrato de financiamento imobiliário celebrado pelo adquirente de seu imóvel, o segundo requerido, com a primeira, instituição financeira, é óbvio que a legitimidade passiva desta para a causa é mais do que patente.*"

Presente a legitimidade ativa, haja vista que a lide versa sobre pretensão de liberação de valor de financiamento bancário pelo réu. Também há pretensão indenizatória voltada contra a instituição financeira. A legitimidade é aferida "*in status assertionis*", ou seja, é aferida com base nas afirmações da parte demandante. O mais é mérito. Confira-se:

"A legitimidade e o interesse devem ser aferidos in status assertionis, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo" [MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil comentado. 2 ed. Rev. Atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 569].

O pedido de gratuidade de justiça também foi corretamente resolvido às fls. 297/300:

"*Afasto, também a 'impugnação ao pedido de justiça gratuita' veiculada pela aludida demandada à guisa de preliminar, às fls. 163, mantendo os benefícios da gratuidade da justiça concedidos ao autor, uma vez que o documento apresentado às fls. 46 atesta que recebe apenas o valor de R$ 952,00 (novecentos e cinquenta e dois reais) a título de pró-labore, sua única fonte de renda, conforme afirmado às fls. 02. Com esses parcos rendimentos, o autor poderia até mesmo ser assistido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que patrocina os interesses de pessoas cuja renda não seja superior a esse montante de 3 (três) salários mínimos (v. site (endereço eletrônico constante no texto original)). [...] Nem mesmo a circunstância de haver o autor contratado advogado particular para lhe dar assistência também não constituiria óbice ao deferimento do beneplácito legal, até porque a Lei nº 1.060/50, no seu artigo 5º, §4º, este que ainda continua em vigor (CPC, artigo 1.072, III), é expressa em estatuir que 'será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo". Ademais, o próprio artigo 99,* §4º, do Novo Código de Processo Civil, é expresso em estatuir que *'a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça"*".

Nesse sentido, tendo o D. Juízo bem analisou as questões, somado ao fato de que a requerida não comprovou qualquer alteração da situação financeira do autor, o benefício deve ser mantido.

MÉRITO

Com exceção do valor pendente de pagamento por parte do comprador

Acesso ao Sumário

e a indenização do autor por danos morais, a sentença deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir. O art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal estabelece que:

> "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Consigna-se que a r. sentença bem apreciou a matéria aqui debatida:

"[...] Certo que a primeira requerida, em sua contestação, ao se defender em relação ao pedido cominatório, de '***OBRIGAÇÃO DE FAZER***', acena com a '***IMPOSSIBILIDADE DE EFETIVAR CONTRATO***' sob o fundamento de que '*não é parte no referido contrato*', ou seja, no '*contrato de compra e venda de imóvel firmado entre a parte autora e o segundo requerido*' (sic - fls. 169 - os destaques são do original), mas isso sem qualquer razão porque a avença que lhe compete efetivar não é essa, celebrada entre o autor e o segundo demandado, e sim o já mencionado '*INSTRUMENTO PARTICULAR COM EFEITO DE ESCRITURA, DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E OUTRAS AVENÇAS*' de fls. 47/86. Releva assinalar que aludido instrumento contratual se encontra devidamente assinado por todas as partes contratantes e também por 2 (duas) testemunhas, tanto que ganhou acesso ao fólio imobiliário, registrado que foi perante o Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Agudos/SP. Logo, até porque, com o registro efetivado, o imóvel alienado pelo autor ao segundo requerido acabou outorgado em garantia de alienação fiduciária em favor da primeira demandada, conforme se observa da '*CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA - DA GARANTIA FIDUCIÁRIA*' da avença (fls. 58/59), descabe a esta última, instituição financeira, naturalmente, opor-se à liberação do numerário financiado em prol do primeiro, vendedor. Não se ignora que, em sua manifestação inovadora de fls. 264, a primeira requerida veio de informar '*que desde julho de 2019 disponibilizou o Aditivo ao contrato original, o qual necessita ser assinado por todas as partes envolvidas, quais sejam comprador, vendedor e Instituição Financeira*', mas mesmo assim tal fato não justifica a sua recalcitrância em dar efetividade à avença, com a liberação do numerário financiado em favor do autor. Se por ventura '*há resistência da parte vendedora*', ou seja, do autor, em assinar o aludido aditivo, conforme também menciona a primeira requerida em sua já mencionada petição, isso é questão que deve ser resolvida de forma autônoma, em sendo necessário na via processual adequada. Ainda mais porque, pelo que a primeira requerida veio de esclarecer em sua petição de fls. 376, '*o referido aditivo tem o condão de adequar o Contrato Original em algumas cláusulas específicas*', '*especificamente, o cronograma das parcelas a serem pagas pelos compradores*', de modo que não interfere no valor financiado, que deverá ser imediatamente liberado em favor do autor vendedor, que até agora não recebeu a integralidade do preço pelo qual alienou o imóvel segundo requerido. Impõe-se, portanto, sem outra alternativa, o acolhimento do pedido cominatório deduzido pelo autor, determinando-se à primeira requerida que efetive a liberação do numerário finan-

Acesso ao Sumário

ciado em favor do autor no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária desde já fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), comando jurisdicional esse, aliás, que será aqui exarado inclusive à guisa de tutela antecipada, porquanto agora reputo presentes os pressupostos legais estampados nos artigos 300 e seguintes do Código de Processo Civil atual, correspondentes, em linhas gerais, àqueles anteriormente previstos no artigo 273 do Estatuto processualista anterior, e cuja concessão na parte dispositiva da sentença sempre foi admitida tranquilamente pela jurisprudência (TJSP - AI nº 7.136.999-4 - São Paulo - 17ª Câmara de Direito Privado - Rel. Carlos Luiz Bianco - J. 13.06.2007), até mesmo por aquela emanada do C. Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior da legislação infraconstitucional pátria (cf., v.g., REsp nº 267.540/SP - 3ª Turma - Rel. Min, Humberto Gomes de Barros - J. 21.11.2006). Relativamente ao pleito de caráter indenitário concernente às pretendidas indenizações por danos materiais e morais que o autor alega ter experimentado, é de se assinalar desde logo que não há como se afastar a responsabilidade solidária da primeira requerida, instituição financeira, que até a presente data ainda não concretizou a liberação da importância financiada ao autor, conforme já assinalado anteriormente. É bem verdade que, em casos de certa forma assemelhados, de rescisão contratual e devolução de valores por atraso na conclusão da obra, a jurisprudência tem afastado a responsabilidade solidária do '*credor fiduciário que não integrou a compra e venda, atuando apenas como credor em razão do contrato de financiamento para a construção do empreendimento*' (TJSP - Ap. Cív. nº 1003280-95.2016.8.26.0229 - Hortolândia - 5ª Câmara de Direito Privado - Relª Fernanda Gomes Camacho - J. 22.05.2019). Todavia, ainda em hipóteses que tais, tem-se assinalado que '*o banco figurou apenas como credor fiduciário para viabilizar a concessão de crédito para a construção do empreendimento em questão, o que não deve ser confundido com a responsabilidade pela conclusão da obra. Tenho que a solidariedade da instituição financeira, em casos como o dos autos, reside nas obrigações relacionadas à obtenção do financiamento pelo consumidor. Concedido o crédito ao comprador, em relação a este a instituição cumpriu sua obrigação. Eventual fala no repasse de recursos do banco à construtora, a respeito da qual não há elementos de convicção neste feito, constitui questão a ser dirimida entre ambos*' (TJSP - Ap. Cív. nº 1002324-86.2017.8.26.0474 - Potirendaba - 1ª Câmara de Direito Privado - Rel. Augusto Rezende - J. 28.07.20202). De modo que, na espécie, como o litígio funda exatamente no descumprimento do contrato de financiamento imobiliário por parte da primeira requerida, que, sem motivo justificável, reluta em creditar o valor financiado em favor do autor vendedor, malgrado esteja o respectivo instrumento contratual devidamente assinado e registrado perante fólio imobiliário, impõe-se mesmo reconhecer a responsabilidade solidária daquele no tocante aos prejuízos experimentados por este. Assentadas essas premissas, cumpre aquilatar se o autor faz jus ou não ao recebimento das indenizações por danos materiais e morais que postula. Primeiramente, sobretudo em razão da revelia do segundo requerido, fazendo incidir os efeitos do artigo 344 do Código de Processo Civil, é de se presumir como verdadeira a alegação do

Acesso ao Sumário

autor no sentido de que, '*vendo que não haveria obstáculos quanto a efetivação na transação bancária, no que tange ao financiamento*', '*entregou as chaves do seu imóvel*' àquele, que, entretanto, '*o deixou totalmente abandonado*', sendo certo que, '*em razão do abandono e demora na entrega de documentos o imóvel foi invadido por ladrões, dos quais presidiram furtos no imóvel, sejam eles: materiais elétricos, vidros, toda a fiação, cabos, tomadas, espelhos, lâmpadas, lustres, chuveiros, torneiras, maçanetas, preferiram ainda, avarias na porta de ferro*' (fls. 08), motivo pelo qual '*teve que reparar o imóvel, aguardando a conclusão do banco requerido que nunca finalizara, obtendo pelos reparos no imóvel, um gasto aproximado em R$ 2.012,44 (dois mil e doze reais e quarenta e quatro centavos)*' (fls. 09). Sendo assim, como nessa época o imóvel já se encontrava sob a posse do segundo requerido, não há como se afastar sua responsabilidade pelos valores desembolsados pelo autor para os devidos reparos, o que encontra comprovação documental às fls. 98/104. O mesmo deve ser dito no que se refere aos desembolsos efetuados pelo autor visando o registro do instrumento contratual perante o fólio imobiliário, envolvendo inclusive o pagamento de tributos, emolumentos e tacas, conforme comprovantes de fls. 92/97, totalizando o importe de R$ 4.380,08 (quatro mil trezentos e oitenta reais e oito centavos). E isso porque, naturalmente, tal obrigação competia ao segundo requerido, na qualidade de adquirente do imóvel e pretendente à obtenção de financiamento bancário, jamais o autor, na condição de alienante, tendo este apenas deliberado suprir a inércia daquele porque, como acentuado na petição inicial, '*para que o credor fiduciário, no caso o banco requerido, efetuasse o pagamento do valor do imóvel, era necessário o registro do contrato junto ao cartório competente*' (fls. 10). Solução diversa deve imperar, entretanto, no que se refere aos reparos que o autor alega ter feito no veículo que recebera como parte de pagamento do primeiro requerido, desembolsando a quantia de R$ 2.781,00 (dois mil, setecentos e oitenta e um reais), na medida em que, tratando-se de automóvel usado, incumbia-lhe certificar-se a respeito do seu estado no momento da negociação. Como não se cansa de proclamar a jurisprudência, '*o comprador de veículo usado deve ser cercar dos cuidados necessários, assumindo o risco de receber o veículo nas condições da entrega se não o fizer*' (TJSP - Ap. Cív. nº 1100769-29.2019.8.26.0100 - São Paulo - 35ª Câmara de Direito Privado - Rel. Artur Marques - J. 31.08.2020). [...] Da mesma forma, também não colhe ao autor exigir o pagamento dos encargos previstos na cláusula '*DÉCIMA TERCEIRA - DO INADIMPLEMENTO*' do contrato sob análise (fls. 57/58), uma vez que, sem sombra de dúvidas, aludida disposição vincula apenas os contratantes, ou seja, os requeridos, não assim o autor, este que figura da aludida avença tão somente na qualidade de '*VENDEDORES'* (fls. 47). Isso não obstará, evidentemente, que o valor a ser liberado em favor do autor esteja sujeito à atualização monetária, que o valor a ser liberado em favor do autor esteja sujeito à atualização monetária, que, como se sabe, nada acresce ao principal, revelando-se mesmo correto afirmar que '*a correção monetária, em face da desvalorização da nossa moeda, constitui-se em imperativo não só econômico e jurídico, mas também ético*' (RJ13/163). [...] Ante o exposto, **JUL-**

Acesso ao Sumário

GO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para: **I)** condenar a primeira requerida, inclusive à guisa de tutela de urgência de natureza antecipada, a proceder a liberação do valor financiado (R$ 111.000,00) em favor do autor, devidamente atualizado pelos índices oficiais da correção monetária a partir da data do registro do instrumento contratual versado nos autos perante o fólio imobiliário, e isso no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária desde já fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais); e **II)** condenar os requeridos, solidariamente, a pagarem ao autos, título de indenização por danos materiais, a importância de R$ 6.392,52 (seis mil, trezentos e noventa e dois reais e cinquenta e dois centavos), a ser atualizada pelos índices oficiais de correção monetária a partir dos respectivos desembolsos, sem prejuízo dos juros moratórios à taxa legal de 1% (um por cento) ao mês, estes a contar da última citação [...]"

A tais razões de decidir, acrescente-se que é possível constatar que a r. sentença deixou de pronunciar-se acerca do pagamento a ser feito por meio do FGTS do comprador.

A obrigação supramencionada encontra-se expressa no *instrumento particular com efeito de escritura pública, venda e compra de imóvel, com alienação fiduciária em garantia e outras avenças, com recursos do FGTS do comprador* (fl. 47/86) e deve ser suportada integralmente pelo comprador do imóvel. Ou seja, aqui não há de se falar em responsabilidade solidária.

O instrumento preceitua (fl. 48):

"*O valor da venda e compra é R$ 140.000,00, composto de:*

CASA - R$ 140.000,00

O valor da venda e compra será pago da seguinte maneira:

Recursos próprios já pagos em moeda corrente:

R$ 13.470,50 (treze mil quatrocentos e setenta reais e cinquenta centavos)

Recursos da conta vinculada do FGTS do (s) COMPRADOR (ES):

R$ 15.529,50 (quinze mil quinhentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos).

Recursos concedidos pelo BB na forma de financiamento:

R$ 111.000,00 (cento e onze mil reais)."

Nesse contexto, a r. sentença é reformada para condenar o comprador a proceder o pagamento do valor de R$ 15.529,50 (quinze mil quinhentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos), devidamente atualizado pelos índices oficiais de correção monetária a partir da data do registro do instrumento contratual perante o registro imobiliário. Esse valor deverá acrescido de 1% (um por cento) ao mês a título de juros de mora, também contados da data do registro do contrato.

Acerca da solidariedade dos requeridos quanto aos danos causados ao

Acesso ao Sumário

autor, faz-se necessária a observância do caso concreto. É possível extrair dos autos que, após a assinatura do contrato, o autor não apenas transferiu a posse do bem (em um ato de boa-fé), como também se sentiu compelido a envidar os melhores esforços para concluir as demais pendências do negócio jurídico - já que ambos os requeridos permaneceram inertes.

Logo, diferentemente do arguido pelo banco financiador, uma vez que ambos os requeridos deixaram de cumprir suas obrigações e contribuíram para a concretização dos danos suportados pelo autor, a decisão do D. Juízo no sentido de responsabilizá-los solidariamente é correta e fundamentada.

Acerca da multa contratual prevista na cláusula 13 do contrato e pleiteada pelo autor, é possível concluir que não cabe qualquer reforma da r. sentença nesse sentido. Ao analisar o contrato, resta evidente que a penalidade pleiteada de fato se refere a relação existente entre o banco financiador e o comprador do imóvel. Tal fator fica ainda mais evidente diante da observância da cláusula primeira - "*objeto*" do contrato, razão pela qual o D. Juízo está correto em sua conclusão.

Também não há de se falar em indenização por danos materiais decorrentes do veículo entregue ao vendedor. Conforme bem pontua a r. sentença:

> "*Solução diversa deve imperar, entretanto, no que se refere aos reparos que o autor alega ter feito no veículo que recebera como parte de pagamento do primeiro requerido, desembolsando a quantia de R$ 2.781,00 (dois mil, setecentos e oitenta e um reais), na medida em que, tratando-se de automóvel usado, incumbia-lhe certificar-se a respeito do seu estado no momento da negociação. Como não se cansa de proclamar a jurisprudência, 'o comprador de veículo usado deve ser cercar dos cuidados necessários, assumindo o risco de receber o veículo nas condições da entrega se não o fizer'.*
>
> *(TJSP - Ap. Cív. nº 1100769-29.2019.8.26.0100 - São Paulo - 35ª Câmara de Direito Privado - Rel. Artur Marques - J. 31.08.2020).*"

Complementarmente:

> *Apelação. Compra e venda. Veículo usado. Alegação de vício na funilaria que causou a desvalorização na revenda do veículo. Ação reparação de danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Veículo adquirido em novembro/2019. Problema em funilaria é vício aparente e não oculto. Se o comprador não se julga apto a avaliar o veículo deve se fazer acompanhar de mecânico de confiança. Laudo de vistoria cautelar de outubro/2019 que constava aprovado, mas com observação de "folha lateral traseira esquerda reparada parcialmente", apresentado pela autora na inicial. Veículo que foi transferido para a autora, demonstrando que necessariamente teve ciência do laudo cautelar. Nota fiscal que consta que a autora recebeu desconto, reputando-se que houve abatimento de preço pelo problema na funilaria. Venda posterior, em agosto/2020 por*

Acesso ao Sumário

valor abaixo da tabela Fipe. Autora que pretende a diferença entre o valor de tabela e o da venda (R$ 10.445,00). Autora que usufruiu do veículo por nove meses, não se podendo reputar que estivesse nas mesmas condições da aquisição no momento em que o revendeu. Sentença mantida. Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1020648-43.2020.8.26.0564; Relator (a): L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/07/2021; Data de Registro: 28/07/2021) [sem realces no original]

Conforme constatado, o autor aceitou como parte do pagamento pelo imóvel um carro usado. É notório que este automóvel possuirá desgastes não presentes em carros novos, não sendo possível basear-se nos mesmos padrões de qualidade.

Posto isso, conforme bem ponderado pelo D. Juízo, cabia ao adquirente certificar-se a respeito do estado do veículo ou, ainda, contratar mecânico de confiança para realizar a devida avaliação.

Por fim, em relação aos danos morais, respeitando o entendimento do D. Juízo sentenciante, a r. sentença comporta reforma.

O dano moral é a dor intensa, a tristeza profunda, a humilhação, o desgaste da imagem, a angústia, a depressão, a mágoa forte, a vergonha intensa, a desonra, enfim, o grande sofrimento que uma pessoa sente em razão de ato ilícito ou, com abuso de direito, praticado por outrem.

Não são danos morais os aborrecimentos cotidianos, a que todos nós estamos sujeitos quando do convívio social. Estes aborrecimentos cotidianos só afetam as pessoas mais sensíveis. Aborrecimentos corriqueiros decorrentes dos riscos de se viver em sociedade e de estabelecer com os pares negócios jurídicos, não são indenizáveis. Caso contrário, um esbarrão na rua, sem qualquer outra consequência, já seria suficiente para pleitear danos morais.

No caso em apreço, o dano moral é evidente. O autor efetuou a venda de seu imóvel, transferiu a posse ao comprador e, não apenas não recebeu qualquer valor em contrapartida como, também, teve que suportar encargos inesperados e que não eram de sua responsabilidade.

O cenário da venda do imóvel foi tão agravado que, a despeito de o comprador já estar residindo no imóvel, o autor teve que iniciar ação judicial para buscar os valores da venda do bem. A circunstância vai muito além do mero aborrecimento e o reconhecimento dos danos morais faz-se necessário.

Não há, em nosso ordenamento, critério único e objetivo para a sua fixação. Na sua aferição devem ser verificados se foram preenchidos os requisitos da razoabilidade e proporcionalidade. A indenização deve compensar o lesado e desestimular o lesante. Cabe, assim, levar em consideração a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.

Acesso ao Sumário

É que, o valor da condenação "*por dano moral não tem o objetivo de reparar a dor, que não tem preço, mas de compensá-la de alguma forma, minimizando os sofrimentos do beneficiário, devendo o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso*".[1]

O valor da indenização por danos morais deve obedecer à sua dúplice natureza: "*compensatória, para minimizar ou compensar o ofendido pelos constrangimentos e dores sofridos, e de pena, para punir o ofensor pela prática do fato danoso.*"[2]

Compulsando os autos e considerando os critérios supramencionados e os fatos narrados, conclui-se ser adequada a fixação da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do autor, a qual deverá ser suportada pelos requeridos de forma solidária.

O montante deve ser corrigido monetariamente pela tabela prática do TJSP, desde o arbitramento (Súmula 362, STJ) e os juros de mora contados a partir da citação (vide artigo 405 do Código Civil).

HONORÁRIOS RECURSAIS

Tendo em vista a reforma da r. sentença, é certo que o autor sucumbiu em parte mínima de seu pedido. Nesse sentido, com base no art. 86, parágrafo único do CPC/2015, os requeridos deverão arcar por inteiro com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios.

Ademais, com a vigência do atual CPC, o tribunal, ao julgar recurso, deverá majorar os honorários fixados anteriormente levando em consideração o trabalho adicional realizado em grau recursal. Sendo assim, nesse momento, os honorários advocatícios são fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, a teor da regra do art. 85, §11 do CPC/2015.

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

As demais questões arguidas pelas partes estão prejudicadas, anotando-se que não há obrigação processual no sentido de impor ao juiz a análise e pronunciamento sobre todos os pontos arguidos nos arrazoados das partes. Basta a explicitação dos motivos norteadores do seu convencimento, concentrando-se no núcleo da relação jurídico-litigiosa, com suficiência para o deslinde da causa.

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação do autor e NEGA-SE provimento ao recurso de apelação do réu.

1 Apelação Cível n° 2002 001055-4/0000-00 - Dourados, rel. Des. Atapoã da Costa Feliz.
2 Apelação Cível n° 2001 008052-4/0000-00 - Campo Grande, rel. Des Joenildo de Sousa Chaves.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3004074-98.2013.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que é apelante ÂNGELO JOSÉ AMBROSIM (JUSTIÇA GRATUITA) e são apeladas SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A, COCA COLA INDÚSTRIAS LTDA. e ACE SEGURADORA S/A.

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 APELO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.498)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Ausente defeito na garrafa de vidro do refrigerante, que "estourou" e causou ferimento no braço do autor porque sofreu impacto, exclui-se a responsabilidade do fornecedor.

VOTO

Autor apela (fls. 934/945) da respeitável sentença (fls. 931/932v) que lhe rejeitou demanda indenizatória ajuizada contra indústrias de bebidas. Insiste na pretensão, impugna o laudo pericial e argumenta com a lesão sofrida em seu braço em decorrência de "vícios de segurança" na garrafa de refrigerante que explodiu, com relação de consumo e com responsabilidade objetiva. Nega que houvesse informação sobre acondicionamento para transporte e que a perícia tenha concluído pela culpa dele, autor, critica a análise dos testemunhos e sustenta que, seja "por pressão excessiva, defeito de fabricação, microfendas, uso indiscriminados, muito calor, impactos" ou vida útil superada, "os recipientes explodem".

Dispensava-se preparo (fl. 195) e vieram respostas (fls. 952/978, 980/1006 e 1009/1013).

É o relatório.

De engenheira química, "especialista em gestão de qualidade", o laudo pericial (fls. 697/726) invocou literatura no tema, analisou os fragmentos da garrafa de vidro de um litro de coca-cola, remontou-a, identificou a "origem da fratura" a partir das "ramificações das trincas" e concluiu: "mesmo que a

Acesso ao Sumário

garrafa tivesse algum micro defeito (poros, bolhas, pequenas trincas etc.), em algum momento" "sofreu algum tipo de impacto, não sendo possível determinar quando ocorreu, qual o objeto de impacto nem a real situação" (fl. 723), mas não apresentava "vícios de segurança" (fl. 725).

Quer dizer, não por deficiência de fabricação ou de composição, a garrafa "estourou" porque se chocou contra algo e "a pressão interna" "causada pelo gás da bebida" fez com que, "no momento da ruptura", "os estilhaços de caco" fossem "lançados com uma determinada força e velocidade até certa distância" (fl. 725), o que gerou os ferimentos no braço do autor.

Ainda que se desconsidere o parentesco de uma das testemunhas, nenhuma delas presenciou o acidente e o filho do autor apenas ouviu o ruído.

Assim e ausente defeito de segurança do produto, exclui-se a responsabilidade do fornecedor (Código de Defesa do Consumidor, art. 12, § 3º, II).

Informação sobre acondicionamento para transporte não tem nexo com as circunstâncias.

Adotam-se os fundamentos da respeitável sentença, mantém-se o decreto de improcedência da demanda, eleva-se em um ponto percentual o arbitramento da honorária de sucumbência, diante da decadência recursal, e se nega provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4024678-67.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado EGIDIO LOPES DA CONCEIÇAO, é apelado/apelante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo da ré e julgaram prejudicado o apelo do autor, V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33375)**

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

São Paulo, 18 de novembro de 2021.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Ação de cobrança de indenização de seguro obrigatório (DPVAT) - Ausente prova idônea de que o

Acesso ao Sumário

autor sofreu acidente de trânsito, o pedido é improcedente - Apelo da seguradora ré provido, prejudicado o recurso do autor.

VOTO

Insurgem-se as partes, em ação de cobrança de indenização de seguro obrigatório (DPVAT), fundada em invalidez permanente, contra a r. sentença de fls. 220/223, integrada pela decisão de fl. 242, que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento de R$2.362,50, corrigidos da data do acidente e acrescidos de juros de mora da citação, bem como ao pagamento das custas e das despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

O autor, às fls. 245/255, em síntese, pede a majoração do valor indenizatório, insistindo na inconstitucionalidade da aplicação da tabela DPVAT/SUSEP, que "sepulta" o caráter social do seguro DPVAT, "figurando como verdadeiro sucateamento do corpo humano, em total inobservância ao princípio da dignidade humana" (fl. 253).

A seguradora ré, às fls. 259/266, pede a reforma da sentença, alegando que: a) não foi estabelecido o nexo de causalidade entre o acidente e a lesão, diante dos documentos ilegíveis; e b) alternativamente, pede a redução do valor indenizatório, para que corresponda a R$337,50, obtido pelo produto de 10%, relativo à sequela leve, sobre o percentual de 25%, relativo à perda funcional de um dos dedos da mão.

Recursos tempestivos, preparado o da seguradora e sem preparo o do autor, por ser beneficiário da justiça gratuita (fl. 64).

Houve respostas.

Julgamento de recurso anterior, por esta Colenda Câmara, conforme se vê de fls. 61/65, anulou a primeira sentença, que indeferira a inicial, reconhecendo que houve cerceamento de defesa, determinou a realização de prova pericial e concedeu ao autor os benefícios da justiça gratuita.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de indenização do seguro obrigatório (DPVAT), fundada em acidente de trânsito, que, segundo a inicial, teria acarretado a invalidez permanente do autor (fl. 1) e, por isso, foi pedida a condenação da ré ao pagamento de indenização no valor de R$14.144,88, correspondente a 70% do teto indenizatório, corrigido desde a edição da MP 451/2006 (fls.13-28).

Respeitada a convicção do MMº Juiz de Primeiro Grau, que se baseou na conclusão do laudo pericial elaborado no processo, para condenar a seguradora ao pagamento de indenização securitária, não há prova do acidente de trânsito noticiado nos autos, que daria ao autor direito à indenização por ele pretendida.

Acesso ao Sumário

O laudo pericial estabeleceu o nexo de causalidade entre o alegado acidente e a fratura do 5º metacarpo da mão direita do autor, partindo da premissa de que os documentos de fls. 23 e 24 relatam "acidente do autor em 01/01/2011", mesma data referida no boletim de ocorrência de fls. 25 e 26 (fl. 176), como se depreende dos esclarecimentos do perito de fl. 210, no sentido de que, "Em relação ao nexo, há comprovado o da lesão com o acidente pois há o boletim de ocorrência narrando os fatos e há relatório médico que relata fratura em mão esquerda após queda de moto (fl.23)".

Pese a conclusão pericial ter estabelecido o nexo de causalidade, não há prova documental a respeito do acidente, nem sequer a data dele está definida no processo, ao contrário do que o perito afirmou.

Na inicial, o autor afirma que o acidente ocorreu em 01.01.2011 (fl.1), mesma data que ele informou no boletim de ocorrência elaborado em 18.01.2011 (fls.137/138), mas que não corresponde às datas indicadas no relatório médico de fl.23 nem na declaração de fl.24.

No relatório médico de fl. 23, há informação de que o autor teria sofrido "queda moto dia 02/01/2011" e na declaração de fl. 24, constou informação de que ele permaneceu internado no período de 05.01.2011 a 06.01.2011, "para tratamento cirúrgico de fratura em quinto metacarpo da mão direita" (fls. 24-132).

A seguradora, na contestação, impugnou a declaração unilateral do boletim de ocorrência (fls. 76/79), afirmando que não houve demonstração do acidente, e nem assim o autor apresentou documento do atendimento médico no dia do suposto acidente, para provar a data correta da sua ocorrência, não bastando, por óbvio, o documento de fl. 132, que indica data de atendimento em 05.01.2011, três depois da data em que o acidente teria ocorrido, e não esclarece a causa da fratura da mão direita.

Há, portanto, tão somente, as declarações do autor, no histórico do boletim de ocorrência, que ele fez lavrar mais de quinze dias depois, 18.01.2011 (fl. 129), informando acerca da ocorrência do acidente de trânsito em 01.01.2011, e nenhum outro documento confirmando o fato.

Se não bastasse, no boletim de ocorrência o autor narrou ter "lesionado seu braço direito" (fls. 131), que não é a lesão descrita no relatório médico de fl. 23, a de "fratura do 5º metacarpo mão D" nem com a lesão informada na ficha de atendimento datada de 05.11.2011, de "fratura da mão" direita.

Como nos autos não há prova do acidente de trânsito e como o quinto metacarpo da mão direita pode ser lesionado em vários tipos de acidente, não necessariamente de trânsito, o autor tinha o ônus de demonstrar por provas idôneas a ocorrência do acidente, mas disso ele não se desincumbiu, apesar das oportunidades que ele teve durante a instrução processual ao juntar outros documentos (fls. 131/132-137/138).

Acesso ao Sumário

Como o autor não comprovou a ocorrência do acidente de trânsito nem, portanto, o nexo causal entre ele e a lesão que sofreu, fatos constitutivos do direito que alegou, o pedido é improcedente.

O autor arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e ao de honorários advocatícios ao patrono da ré, que fixo em 10% do valor da causa atualizado, ressalvada a gratuidade.

Pelas razões expostas, dou provimento ao apelo da ré, para julgar improcedente o pedido, e julgo prejudicado o apelo do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010718-95.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes APARECIDO VANDERLEI MULLER (JUSTIÇA GRATUITA) e ADELINA APARECIDA CINTRA MULLER (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BENEDITO DONATO e NILCILEIA ZAMBELO DONATO.

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 23.850)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), ALEXANDRE MARCONDES e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 19 de novembro de 2021.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Usucapião extraordinária. Autores que limpavam o imóvel, evitando o acúmulo de lixo, nele plantando algumas árvores e hortaliças. Caso, porém, mera tolerância dos réus, proprietários registrais. Ausência, ademais, posse por parte dos autores que já se reconheceu em ação de reintegração por eles ajuizada, julgada improcedente, e já transitada. Quadro probatório aqui havido, ademais, que não demonstra a existência de posse ad usucapionem. Prazo, de todo modo, não completamente cumprido. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 261/267) que julgou improcedente ação de usucapião extraordinária, condenados os autores ao pagamento das custas, despesas processuais, e honorários de 10% do valor da causa, observada a gratuidade. Sustentam os vencidos, em sua irresignação, que tomaram posse do imóvel em questão há quase trinta anos, limpando os lotes e cercando-o com mourões e alambrado, tudo mediante a utilização de recursos financeiros próprios. Apontam, ademais, que passaram a plantar hortaliças e árvores de grande porte no local, sendo sua ocupação incontroversa. Afirmam que, a rigor, permaneceu controvertido apenas o título de sua posse, a qual era exercida com *animus domini*. Asseveram que, conforme indicou a testemunha Silvana, até chegaram a se desentender com terceiros que queriam depositar lixo nos referidos lotes. Negam que tenha havido qualquer comodato ou permissão, por parte dos proprietários, para que usassem o lote, apontando que, na realidade, sequer os conheciam. Remetem à possibilidade, reconhecida pela Corte Superior, de inversão da posse, a qual se deu, no caso concreto, com a construção da cerca.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 283/289).

É o relatório.

O recurso não merece acolhida.

Tem-se ação de usucapião extraordinária dos lotes 29 e 30 do loteamento denominado Parque Jambeiro - 1ª Parte, em Campinas. Argumentaram os autores, na inicial, que ocupam os lotes desde 1992, como se donos fossem, inclusive limpando e cercando o local, desconhecendo os proprietários registrais. Esses, por sua vez, apontaram na contestação que apenas permitiram que os autores - que os conheciam - utilizassem o imóvel para suas plantações, inclusive regularmente pagando, por todo este tempo, o IPTU devido.

No curso do presente feito, os réus construíram muro no local e passaram a tomar providências para erigir uma construção no terreno. Os ora autores, então, ajuizaram ação de reintegração de posse (Processo n. 1063667-96.2017.8.26.0114), a qual - frise-se - foi julgada improcedente. E cujas razões, aqui, identicamente autorizam afastar o pleito de aquisição por usucapião, em razão da ausência de posse *ad usucapionem*.

Com efeito, na sentença do referido feito reconheceu-se que, a rigor, não havida posse dos autores, mas mera tolerância por parte dos proprietários registrais, esses, sim, que permaneceram na posse do imóvel (fls. 226/231). Conforme lá se asseverou:

"*Pois bem, na hipótese dos autos, as provas testemunhais colhidas em audiência, bem como as alegações dos autores, revelam que estes residem ao lado do terreno sobre o qual pretendem a posse e que, com o decorrer dos anos,*

Acesso ao Sumário

passaram a limpá-lo, cercando-o e plantando algumas árvores frutíferas e pequena horta.

Os autores realmente cuidaram do terreno. Contudo, o fato de terem limpado e plantado algumas árvores e pequena lavoura no local não conduz ao efetivo exercício da posse.

(...)

Em verdade, no caso, caracterizada está a tolerância dos requeridos, os quais, sem renunciar à posse, admitiram a atividade de terceiro em relação à coisa, sendo uma mera indulgência que não implica na transferência de direitos.

(...)

A par disso, há a posse dos requeridos, decorrente do domínio e exercida regularmente, com pagamento de todos os tributos municipais incidentes sobre o bem, bem como decorrente da vigilância, conforme prova oral produzida em audiência. Com efeito, testemunhas puderam comprovar que os requeridos sabiam da atividade que era desenvolvida pelos autores no terreno em questão.

Cuidando-se de imóvel urbano, a posse se configura pela vigilância exercida pelo dono e pelo pagamento de impostos."

Interposto recurso de apelação, ele foi desprovido, assim ratificada a improcedência do pleito possessório (**Ap. civ. n. 1063667-96.2017.8.26.0114, rel. Des. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 27/09/2018** - fls. 199/204). Conforme então se assentou:

"*O fato de os réus não terem dado destinação específica ao terreno não implica, necessariamente, na presunção de abandono.*

Assim porque os réus pagavam regularmente os impostos incidentes sobre o bem (fls. 47/48 destes e fls. 92/98 do processo de usucapião nº 1010718-95.2017.8.26.0114) e mantinham vigilância sobre ele, conforme afirmado pelos réus e confirmado pela testemunha Luzia.

O Sr. Benedito confirmou em seu depoimento que, até então, não tinha pretensão de construir nos lotes, por isso, não o havia cercado/murado e permitia a utilização pelo vizinho, Sr. Aparecido.

Ademais, a natureza dos atos praticados pelos autores em relação aos lotes demonstra que ele sempre teve conhecimento de que a propriedade do terreno não lhe pertencia. Aliás, foi nesse sentido, os depoimentos do próprio Sr. Aparecido e de suas testemunhas, isto é, que ele nunca se apresentou como dono/proprietário dos lotes.

E apesar de ter residência vizinha aos lotes, nunca buscou integrá-los ao seu imóvel, ou neles construir, limitando-se à limpeza do lote, ao cultivo para consumo próprio de frutas e vegetais.

Acesso ao Sumário

Os próprios autores confessam na petição inicial e no depoimento pessoal do Sr. Aparecido, que a posse somente 'se deu pela necessidade de se limpar os terrenos contíguos à residência de forma a evitar o acúmulo de lixo e a proliferação de insetos e roedores' (fls. 2).

Portanto, fácil concluir que houve mera tolerância por parte dos réus em relação à ocupação exercida pelo autor.

A falta de oposição pelos proprietários, ainda que por longo período, não permite concluir pela caracterização de abandono, pois a limpeza e o cultivo do terreno não representava nenhum risco ou prejuízo. Ao contrário, era conveniente para ambas as partes.

Também não causa espanto o fato de os proprietários terem adentrado no terreno e construído o muro, após a citação para a ação de usucapião, uma vez que, até então tinham permitido o uso e plantação, sem vislumbrar risco à sua propriedade. A partir do momento em que se viram ameaçados seu direito ameaçado, cuidaram de preservar a sua propriedade como a lei lhes permite."

A referida sentença transitou em julgado em 31/10/2018.

Certo já se ter reconhecido a independência destes juízos e, por isso, mesmo a ausência de relação de prejudicialidade entre ações inclusive possessórias e de usucapião. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "*não há prejudicialidade externa que justifique a suspensão da possessória até que se julgue a usucapião. A posse não depende da propriedade e, por conseguinte, a tutela da posse pode se dar mesmo contra a propriedade.*" (**REsp 866249/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 30/04/2008**). No mesmo sentido, confira-se desta Câmara: **AI 0341723-14.2009.8.26.0000, Relator Paulo Eduardo Razuk, j. 03/11/2009**.

Sucede que, no caso concreto, já se reconheceu, em sentença mantida por este Tribunal e transitada em julgado, que não havido, a rigor, exercício da posse pelos demandantes. Ao revés, reconheceu-se que os proprietários registrais, que nunca abandonaram o terreno, externaram mera tolerância em relação à conduta dos autores. Portanto, insista-se, sem situação de posse, conforme a regra expressa do art. 1.208 do CC. Tal o que, de modo bastante, demonstra a ausência de posse *ad usucapionem* e de *animus domini* por parte dos autores, imprescindíveis ao reconhecimento da usucapião.

Mas, seja como for, a análise do quadro probatório havido na presente ação não leva a conclusão diversa.

Por um lado, os autores não trouxeram prova documental a comprovar, exatamente, desde quando se utilizam do terreno. Não consta de sua parte, por exemplo, o comprovante de pagamento de tributos, exceção feita a uma única quitação de dívida junto à Municipalidade, para a extração da certidão negativa de débitos (fls. 32/33). Os réus, por sua vez, demonstraram que vêm efetuando

Acesso ao Sumário

o pagamento do IPTU, aqui juntados comprovantes de 2014 a 2017 (fls. 92/98).

Certo ser incontroverso, no caso, que os autores se utilizam do imóvel, limpando os terrenos, evitando que terceiros nele despejassem entulho e até efetuando plantações no local, voltadas ao sustento de sua família. Sucede que, como se viu, da prova oral colhida - prova emprestada da referida ação possessória - extrai-se que os autores o faziam com a ciência e tolerância dos réus, o contrário não demonstrado pelos demandantes.

Ouvido o autor naquele Juízo, ele indicou que, desde de adquiriu seu terreno - vizinho ao imóvel usucapiendo - esse ficou vazio por aproximadamente cinco anos. Ele, então, narrou ter cercado o imóvel, limpado o local e passou a plantar, em especial, milho. Negou, na ocasião, conhecer os réus.

Ouvidos os proprietários registrais, por sua vez, e que não moravam no bairro, eles afirmaram ter conhecimento de que o autor ali plantava. Explicou o réu que, aproximadamente dez anos antes da audiência (realizada em 2018), passou pelo imóvel, tendo o autor lhe perguntado se podia continuar plantando no imóvel, ao que anuiu. A ré, por sua vez, além de ratificar a referida autorização para a plantação e narrar que o marido costumeiramente ia verificar as condições do bem, até reconheceu que o autor fez ali uma cerca, justamente de modo a proteger os frutos.

A testemunha Maria da Gloria, vizinha de fundos do autor, afirmou que o terreno estava sempre limpo e com a plantação de diversas espécies, sempre sob os cuidados do autor. Negou conhecer os réus, inclusive anotando que, no início, o terreno estava com muito mato e roedores.

A testemunha Silvana, por sua vez, que também mora no bairro, ratificou que o autor cuidava do terreno, além de efetuar a plantação de milho, mandioca, manga, goiaba e banana. Apontou que o próprio autor fez o alambrado, bem como afirmou desconhecer o proprietário. Aduziu que o autor cuidava do bem por causa do lixo que vizinhos ali deixavam. Narrou até ter presenciado o autor discutindo com terceiros que foram jogar lixo no local.

A testemunha William pouco acrescentou à elucidação dos fatos. Já a testemunha Wladimir, barbeiro, afirmou que o réu era seu cliente e que, em determinado momento, enquanto conversavam sobre a situação do país, afirmou que um indivíduo havia lhe pedido para usar o terreno para plantar, com o que ele teria concordado, inclusive para que o imóvel não ficasse parado. A testemunha apontou que essa conversa, provavelmente, se deu no final de 2009, começo de 2010, e que, ao que tudo indicava, a autorização havia sido verbal.

Por fim, a testemunha Luzia, que auxiliava o réu a administrar seus imóveis, narrou ter ido ao terreno em questão três vezes. Alegou que, uma vez, aproximadamente três anos antes da audiência (realizada em 2018), acompanhou o réu ao local, para verificar o potencial de se construírem casas no local

Acesso ao Sumário

para aluguel.

Pois, de todo esse contexto, tal como se concluiu na possessória anterior, não resta dúvida de que os autores de fato cuidassem do imóvel, tomando providências para sua limpeza e lá cultivando uma plantação. Sucede que, de outra parte, os réus nunca deixaram de exercer a posse sobre o bem. Além de arcarem com o IPTU, vê-se que visitavam o imóvel, contatando os autores e apenas tolerando a sua ocupação.

Por fim, posto não se olvide a possibilidade, como argumenta o réu, de inversão da natureza da posse, certo que isso, no caso, não está configurado. Afinal, sequer precisado exatamente quando construída a cerca, não parece que essa tenha sido erguida como sinal de *animus domini* e de modo a afastar os réus ou impedir seu acesso. Ao revés, conforme se colhe da prova oral, ela foi construída de modo a proteger a plantação ali havida, insista-se, por tolerância dos réus.

Verdade que, segundo consta, o réu concordou que o autor *continuasse* plantando. Sucede que, ainda que se considerasse que, até esse momento, em tese havida posse *ad usucapionem*, de todo modo não se haveria configurado outro requisito da usucapião, o temporal.

Com efeito, dito iniciado o exercício da posse em 1992, mas ajuizada a ação em 2017, já sob a égide do Código Civil atual, aplicável a regra de direito intertemporal do artigo 2.028 do CC/02. Conforme salienta Francisco Eduardo Loureiro: "*a defeituosa redação do art. 2.028 merece interpretação criativa, seguindo as seguintes regras: no caso de prazo ampliado, aplica-se a lei nova, computando o prazo já decorrido na vigência da lei antiga; no caso de prazo reduzido, já consumado em mais da metade na vigência da antiga lei, aplica-se o antigo CC; no caso de prazo reduzido com porção igual ou inferior à metade consumado na antiga lei, aplica-se por inteiro o prazo da lei nova a partir de sua vigência. Em tal hipótese, o prazo menor será aplicado, mas se antes de seu vencimento completar-se o prazo antigo, este prevalecerá.*" **(*CC comentado*, Manole, p. 1177)**.

Pois, tendo como termo inicial da usucapião o ano de 1992, e transcorrido mais da metade do prazo da usucapião extraordinária na vigência do CC/16, à época, de vinte anos (art. 550 do CC/16, com a redação dada pela Lei n. 2.437/1955), aplicar-se-ia ao caso presente o prazo da lei antiga. Sucede que, antes que se completasse o período aquisitivo (assim em 2012), houve o comparecimento do réu ao local (em 2008, segundo seu depoimento pessoal; ou em 2009 ou 2010, conforme depoimento da testemunha Wladimir), expressando sua ciência e expressando apenas tolerar ocupação do autor, mas de imóvel acerca do qual externou sua condição de *dominus*. Destarte, mesmo se considerasse, até então, em tese havida posse *ad usucapionem*, ela se teria interrompido com

Acesso ao Sumário

a manifestação do réu, antes de consumado o prazo de vinte anos.

Enfim, por tudo isso, considerado o deslinde da ação possessória, bem como o não atendimento dos requisitos para a usucapião extraordinária, só resta mesmo manter a improcedência.

De resto, não há litigância de má-fé dos autores a reconhecer, ausente subsunção a qualquer das hipóteses do art. 80 do CPC, e mesmo prejuízo ao adverso.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, majorados os honorários de 10% para 12% do valor da causa, observada a gratuidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1061504-86.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELZA MARIA DE MELLO, é apelado BV FINANCEIRA 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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12918)**

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

São Paulo, 23 de novembro de 2021.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL. Cédula de crédito bancário. Sentença de improcedência do pedido. Insurgência da autora.

JUROS REMUNERATÓRIOS. Instituições financeiras que podem cobrar juros remuneratórios livremente, não se submetendo aos limites do Decreto 22.626/33.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. Admissibilidade. Entendimento das Súmulas 539 e 541 do C. Superior Tribunal de Justiça e do artigo 28, §1º, inciso I, da Lei nº 10.931/2004. Contrato que especifica com clareza os índices incidentes e a sua periodicidade, indicando os respectivos percentuais aplicados.

Acesso ao Sumário

IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). Admissibilidade. Permitido às partes convencionar o pagamento do imposto. Abusividade inexistente.

REGISTRO DO CONTRATO. Recursos repetitivos. REsp nº 1.578.553/SP (tema 958). Comprovada nos autos a prestação de serviços atinente a este encargo, o que se deu por meio da juntada, pelo próprio apelante, do CRLV com registro de alienação fiduciária perante o órgão de trânsito. Valor que não se revela excessivo, ficando preservada a legitimidade de sua exigência.

SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. Admissibilidade. Contratação facultativa. Função de garantir eventual não pagamento por circunstâncias alheias à vontade do contratante. Caso dos autos em que, ademais, não ficou evidenciado que a instituição financeira tenha condicionado o contrato de mútuo ao seguro prestamista - estabelecido, repita-se, no interesse do próprio mutuário -, mormente diante do fato de a consumidora haver lançado sua assinatura na proposta de adesão ao referido seguro. Inocorrência da chamada "venda casada". Cobrança válida e legítima.

TARIFA DE AVALIAÇÃO DO BEM. Recursos repetitivos. REsp nº 1.578.553/SP (tema 958). Hipótese em tela, em que a instituição financeira ré não comprovou a efetiva prestação deste serviço, por meio de laudo de avaliação. Cobrança que se mostra abusiva.

Recurso da autora provido em parte para determinar a devolução, de forma simples, do valor correspondente à tarifa de "avaliação do bem", a ser acrescido de juros de mora, contados a partir da citação, e correção monetária desde a data da celebração do contrato.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Recebo o recurso de apelação nos efeitos suspensivo e devolutivo, deixando de intimar a parte contrária para apresentação de contrarrazões, eis que já ofertadas nos autos.

2. Cuida-se de ação revisional ajuizada por **Elza Maria de Mello** em face

de **BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento**, cujo pedido foi julgado improcedente (fls. 301/304).

Inconformada, apela a requerente pretendendo a reforma da decisão primeva (fls. 307/314).

Recurso respondido (fls. 317/329).

É o relatório em acréscimo daquele constante da r. sentença recorrida.

Passo ao voto.

Ajuizou a autora o presente feito com base em cédula de crédito bancário para aquisição de veículo, no valor total financiado de R$ 20.727,29, a ser pago em 36 (trinta e seis) parcelas mensais de R$ 802,16.

Após regular marcha processual, sobreveio sentença de improcedência do pleito exordial, segundo descrito alhures, contra o que se insurgiu a requerente, arguindo que as taxas de juros aplicadas estariam em dissonância com o contrato celebrado. Ademais, aduz abusividade quanto à capitalização de juros cobrados e à cobrança das tarifas de registro de contrato, avaliação de bem e seguro.

Pois bem.

A autora, em nenhum momento, negou a relação jurídica com o banco recorrido, cingindo a controvérsia no que tange à ilegalidade das cláusulas contratuais supra mencionadas.

Em que pese o contrato seja previamente estipulado pela casa bancária, sem a possibilidade de alteração de cláusulas de acordo com a vontade de uma das partes contratantes, as cláusulas contratuais eram de conhecimento da apelante, que, com a sua celebração, a elas aderiu, voluntária e espontaneamente. Indiscutível, assim, a validade da cobrança dos juros remuneratórios expressamente previstos em 1,84% ao mês (fls. 18).

Quanto à capitalização de juros, esta ocorre quando os juros incidentes sobre o saldo devedor são incorporados ao valor do principal, para a nova incidência dos juros dos períodos subsequentes, e assim sucessivamente.

Ademais, a capitalização é permitida quando autorizada por lei, como, por exemplo: a) a capitalização anual (art. 591, Código Civil; art. 4º do Decreto 22.626/33); b) nas hipóteses expressamente previstas em lei, como na capitalização referente a crédito rural, comercial e industrial (Súmula 93-STJ); e c) nos contratos celebrados após 31/03/2000, desde que expressamente pactuada, nos moldes dos artigos 46 e 52, do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"*APELAÇÃO. Revisional. Cédula de crédito bancário. Financiamento de veículo. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Matéria de direito. Prescindibilidade da dilação probatória pretendida.*

COBRANÇA CAPITALIZADA DOS JUROS. Ajuste posterior à MP

1.963-17/2000 de 31 de março de 2.000 (reeditada sob nº 2.170/36), com pactuação expressa. Ademais, a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança*. Admissibilidade da cobrança. Recurso desprovido*" - Apelação nº 0001976-88.2013.8.26.0292; Relator: Flávio Cunha da Silva; Comarca: Jacareí; Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/08/2016 (destacamos).

Com efeito, as Súmulas nºs 539 e 541 do Colendo Superior Tribunal de Justiça dispõem 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 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada" e "*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*", respectivamente.

Não se olvide, ainda, do quanto disposto no artigo 28, §1º, inciso I, da Lei nº 10.931/2004, que autoriza expressamente a capitalização de juros nas cédulas de crédito bancário:

"*Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial 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 §2º.*

§1º 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".

Aponta a jurisprudência desta Corte:

"*CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - Ação revisional - A Medida Provisória nº 2.170-36/2001 continua em vigor em razão do disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 - Contrato firmado após a edição da referida medida provisória, com ajuste expresso em relação à capitalização mensal de juros - Hipótese em que se admite tal prática - Ainda que assim não fosse,* é permitida a capitalização de juros nas cédulas de crédito bancário, nos termos do art. 28, § 1º, I, da Lei nº 10.931/2004 *- Legalidade da utilização da 'Tabela Price', eis que não implica prática de anatocismo - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO*" (TJSP; Apelação 1006063-38.2016.8.26.0010; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional X - Ipiranga - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

21/08/2017; Data de Registro: 21/08/2017, grifos nossos)

Destarte, nos contratos bancários, as instituições financeiras devem explicitar com clareza quais as taxas cobradas e a sua periodicidade, bastando indicar o percentual da taxa anual e mensal de juros para que se dê por contratado o sistema de capitalização.

Na hipótese, o que se nota é que a cópia do contrato juntada aos autos prevê, de forma clara, os índices incidentes (taxa de juros mensal de 1,84% e taxa de juros anual de 38,94%), autorizada, portanto, a incidência de juros capitalizados na avença celebrada entre as partes.

Em tal contexto, frise-se que a utilização do sistema de amortização conhecido como "Tabela Price" é admitida no ordenamento jurídico pátrio:

"*CONTRATO. Refinanciamento de débito bancário. Ação de revisão de cláusulas contratuais. Improcedência. Insurgência. Inadmissibilidade. Juros remuneratórios. Limitação. Inaplicabilidade às operações firmadas com instituições financeiras. Enunciado da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal.* ***Tabela Price. Sistema de amortização de dívida admitido pelo ordenamento jurídico. Capitalização de juros. Legalidade****. Comissão de permanência. Encargo legítimo de incidência exclusiva em período de inadimplemento contratual. Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, o negócio jurídico discutido consiste em Contrato de Reescalonamento de Débito, sem novação de dívida, que não previu incidência de juros remuneratórios, moratórios, comissão de permanência ou exigência de taxas e tarifas bancárias. Em verdade, negociação concessiva de desconto e parcelamento do débito. Mantença da improcedência da demanda. Recurso não provido*" - Apelação nº 1017795-63.2014.8.26.0114; Relator: Sebastião Flávio; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/11/2015 (destaques nossos).

"*(...) Cédula de crédito bancário - Capitalização dos juros - Financiamento de veículo - Adotado o atual posicionamento do STJ, ao aplicar a 'Lei de Recursos Repetitivos'- Permitida a capitalização dos juros remuneratórios com periodicidade inferior a um ano nos contratos celebrados posteriormente a 31.3.2000, data da publicação da MP 1.963-17/2000, desde que expressamente pactuada - Suficiência, para tanto, da previsão no título da taxa de juros anual superior a doze vezes a taxa de juros mensal nele estipulada - Súmulas 539 e 541 do STJ.*

Cédula de crédito bancário - Capitalização dos juros *- Título firmado posteriormente a 31.3.2000, isto é, em 18.7.2008 -* ***Possibilidade da utilização da prática da capitalização dos juros remuneratórios, expressamente pactuada - Estabelecida, ademais, taxa de juros anual*** *de 21,33%,*

Acesso ao Sumário

***superior a doze vezes a taxa de juros mensal** de 1,62% - **Banco réu que pode cobrar juros capitalizados de modo mensal - Irrelevante a discussão sobre a incidência de juros compostos na Tabela Price - Sentença mantida neste ponto**. (...) Ampliada a procedência parcial da ação - Apelo do autor provido em parte*" - Apelação nº 0009656-09.2013.8.26.0007; Relator: José Marcos Marrone; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/10/2015 (destacamos).

No que pertine ao repasse dos valores referentes ao IOF, Imposto sobre Operações Financeiras, consigne-se que este é admitido, inexistindo abusividade em sua incidência: "*(...) 3. 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." (REsp 1.251.331/RS, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe. 24/10/2013)*.

Os encargos denominados "tarifa de avaliação do bem" (R$ 435,00 - fls. 18) e "registro do contrato" (R$ 116,09 - fls. 18), é entendimento recente do C. Superior Tribunal de Justiça que devidos, nos termos do Recurso Especial 1.578.553/SP, que elenca, contudo, hipóteses de ressalva à sua cobrança, quais sejam, a abusividade da cobrança pelo serviço não efetivamente prestado e a verificação de onerosidade excessiva.

No que tange ao "registro do contrato", está comprovada nos autos a prestação de serviços a ele atinente, o que se deu por meio da juntada, pela própria recorrente, do CRLV com registro de alienação fiduciária perante o órgão de trânsito (fls. 21), sendo certo que seu valor não se revela excessivo, preservada a legitimidade de sua exigência.

Em relação à "tarifa de avaliação do bem" (R$ 435,00 - fls. 18), a instituição financeira ré não se desincumbiu do ônus, que lhe cabia, de provar a efetiva prestação deste serviço, por meio de laudo de avaliação ou documento idôneo equivalente, nos termos dos artigos 373, inciso II, do Código de Processo Civil e 6º, inciso VIII, do CDC, daí porque se reputa abusiva sua cobrança, devendo haver a restituição à requerente da quantia cobrada a este título de forma simples, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados a partir da citação, e correção monetária desde a data da celebração do contrato.

A devolução do valor indevidamente repassado ao consumidor deverá se dar de forma simples, e não em dobro, uma vez que a cobrança indevida não se deu por má-fé da instituição financeira, que apenas efetuou o cálculo conforme previsão contratual

Nesse sentido, já decidiu o C. STJ e este E. Tribunal:

"*CIVIL. CLÁUSULA NULA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. O pagamen-*

Acesso ao Sumário

to resultante de cláusula contratual mais tarde declarada nula em sede judicial deve ser devolvido de modo simples, e não em dobro; age no exercício regular de direito quem recebe a prestação prevista em contrato. Embargos de divergência conhecidos e providos". (EREsp 328.338/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/10/2005, DJ 01/02/2006, p. 427)

"Ação revisional - Contrato de empréstimo pessoal - Juros remuneratórios - Devolução em dobro - Prescrição. 1. A pretensão de revisão de cláusulas inseridas em contrato bancário enquadra-se na regra geral do artigo 205 do Código Civil/2002, prescrevendo em dez anos. 2. Segundo a Orientação nº 1 do Superior Tribunal de Justiça, decorrente de julgamento de processo repetitivo, as instituições financeiras não estão sujeitas a limitação de juros remuneratórios, mas não podem praticar taxas abusivas, superiores à média de mercado, segundo tabela divulgada pelo BACEN. 3. A pretensão de repetição em dobro do indébito é de ser afastada quando inexistente dolo, por parte do mutuante, na cobrança de encargos superiores à prática de mercado, tratando-se da exceção de 'engano justificável', prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Prescrição arguida em contrarrazões repelida. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido" (TJSP; Apelação Cível 1009285-25.2019.8.26.0037; Relator (a): Itamar Gaino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2020; Data de Registro: 27/02/2020)

"AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - CREFISA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DA RÉ - Juros remuneratórios - Contratos que preveem percentuais muito superiores às médias de mercado divulgadas pelo BACEN - Abusividade dos juros verificada - Sentença mantida. - Restituição em dobro da quantia paga em excesso - Impossibilidade - Encargo previsto em contratos livremente aceitos, cujas cláusulas posteriormente foram revistas judicialmente - Precedente do C. STJ - Devolução que deve ser efetuada de forma simples, com correção monetária pela Tabela Prática do TJ/SP desde os desembolsos e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação - Sentença reformada. - Decisão que aplicou a pena de litigância de má-fé - Insurgência - Descabimento - Apresentação de teses sem fundamento e a respeito de fatos inexistentes nos autos - Sentença mantida. - Valor da multa por litigância de má-fé alterado, de ofício, de 10% para 9% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do que dispõe o art. 81 do CPC. Recurso parcialmente provido, com observação" (TJSP; Apelação Cível 1000270-29.2019.8.26.0232; Relator (a): Marino Neto; Órgão Julgador:

Acesso ao Sumário

11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cesário Lange - Vara Única; Data do Julgamento: 26/02/2020; Data de Registro: 26/02/2020)

Quanto à contratação de seguro, o contrato foi celebrado em documento apartado com campo "sim" ou "não", tendo a requerente concordado com seus termos, a cujos benefícios a contratante ficou sujeito (fls. 56).

Da mesma forma, conforme se dessume da acurada análise do caderno processual, é certo que o contrato entabulado entre as partes traz campo próprio para a contratação do seguro de proteção financeira, não havendo dúvidas no que tange à efetiva manifestação de vontade da consumidora (fls. 52).

É, portanto, facultativa a adesão a tal seguro, opção da parte no ato da celebração da avença. Além disso, tem por finalidade garantir eventual não pagamento por circunstâncias alheias à vontade do contratante, como, por exemplo, na hipótese de desemprego.

Acerca do tema, colaciono os julgados abaixo:

"*Apelação. Ação revisional de contrato bancário. Sentença de parcial procedência. Recurso do banco réu. Tarifa de registro de contrato. Ato realizado, conforme certificado de registro e licenciamento do veículo juntado aos autos. Tarifa de avaliação do bem. Prestação dos serviços não comprovada. Restituição simples dos valores pagos, com acréscimo de correção monetária desde os desembolsos e de juros de mora a contar da citação. Seguro prestamista. Ausência de comprovação de que o autor foi compelido ou coagido à contratação. Legalidade da cobrança. Sentença reformada em parte para afastar a declaração de nulidade das cláusulas que preveem a cobrança de tarifa de registro e seguro. Honorários do banco apelante majorados. Recurso provido em parte.*" (TJSP; Apelação Cível 1012812-05.2016.8.26.0032; Relator (a): Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/08/2019; Data de Registro: 28/08/2019)

"*REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Cédula de crédito bancário com garantia de alienação fiduciária firmada em 16 de fevereiro de 2017. Sentença de procedência. Permitida a cobrança de seguro de proteção financeira, conforme Recurso especial nº 1639320/SP, decidido sob o regime do art. 1.040 do Código de Processo Civil/2015. Não se observa qualquer abusividade na quantia cobrada sob tal natureza, notadamente frente ao valor do contrato. Não bastasse, nota-se que foi facultada a autora a sua contratação ou não, conforme previsto no contrato. Sentença reformada. Apelação provida*" (TJSP; Apelação Cível 1000181-24.2019.8.26.0032; Relator (a): JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA; Órgão Julgador: 15ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado; Foro de Araçatuba - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/08/2019; Data de Registro: 26/08/2019)

"*ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DA MATÉRIA. ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ADOTADA EM JULGAMENTO DE PROCESSO REPETITIVO. TARIFA DE CADASTRO E SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. CONFIRMAÇÃO DO JULGAMENTO ANTERIOR, QUE MANTEVE A IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. APELO IMPROVIDO. Segundo entendimento adotado pela 2ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, com caráter repetitivo, é possível a cobrança da tarifa de cadastro e do seguro de proteção financeira. Os encargos administrativos e seus valores foram livremente pactuados no contrato, inexistindo, no caso, abuso ou onerosidade excessiva. Sua exigência, portanto, apresenta-se legítima.*" (TJSP; Apelação Cível 1007843-44.2016.8.26.0032; Relator (a): Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/04/2019; Data de Registro: 23/04/2019)

Não ficou evidenciado, no caso em tela, que a instituição financeira tenha condicionado o contrato de mútuo ao seguro prestamista - estabelecido, repita-se, no interesse do próprio mutuário -, mormente diante do fato de a consumidora haver lançado sua assinatura na proposta de adesão.

Inocorrente a chamada "venda casada" no caso dos autos, reputa-se legítima e válida a cobrança do "seguro de proteção financeira".

Por derradeiro, tendo em vista que o acolhimento parcial do recurso ensejou o decaimento mínimo da instituição financeira, com fulcro no art. 86, parágrafo único, do CPC, mantenho a condenação da apelante ao pagamento das verbas de sucumbência, tal qual constou da sentença, ressalvados os benefícios da justiça gratuita a que ela faz jus, e deixo de majorar os honorários advocatícios nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil vigente, pois, consoante decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a majoração somente caberá nos casos de "não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente." (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.573.573/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Dj. 04.04.2017).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso para julgar procedente em parte o pedido inicial somente para determinar a devolução, de forma simples, do valor correspondente à tarifa de "avaliação do bem", a ser acrescido de juros de mora, contados a partir da citação, e correção monetária

Acesso ao Sumário

desde a data da celebração do contrato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025575-92.2019.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes EMPRESA PORTUÁRIA DE SANTOS LTDA. e PANALCA ENTERPRISES (BR) LTDA., é apelado LUIZ MARCELO PINTO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21491)**

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

São Paulo, 25 de novembro de 2021.

ROSANGELA TELLES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO. DIREITO DE VIZINHANÇA. Recorrido que busca responsabilizar as recorrentes pela instalação de empreendimento econômico em imóvel vizinho ao seu, o qual teria deixado de observar as regras municipais relativas à emissão de ruídos, além de funcionar sem o necessário alvará, causando prejuízos ao sossego de todos. Pretensão à paralisação da emissão de ruídos excessivos e indenização por danos extrapatrimoniais. Procedência na origem. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Prova pericial inviabilizada porque a empresa mudou de local. Oitiva de testemunhas não requerida antes do saneamento do feito. RUÍDOS EXCESSIVOS. Constatação por fiscal ambiental da municipalidade local, após aferição in loco. Empresa que, ademais, operou sem alvará de funcionamento por longo período, exercendo atividade proibida para o local (montagem de móveis), conforme certidão expedida pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano

Acesso ao Sumário

Municipal. Uso nocivo da propriedade constatado. Inteligência do art. 1.277 do Código Civil. DANOS MORAIS. Ocorrência. Violação a direitos da personalidade do recorrido em decorrência de empreendimento econômico que, com vistas à obtenção de lucro, deixou de observar o bem-estar da vizinhança, provocando a perturbação da paz a que todos têm direito em seus respectivos lares. Indenização fixada na origem em R$ 10.000,00, valor que deve subsistir em razão de não ter havido insurgência específica em sede recursal (tantum devolutum quantum appellatum). Sentença mantida. SUCUMBÊNCIA. Majoração dos honorários advocatícios, segundo as disposições do art. 85, §11, do CPC/15. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 417/420 que julgou procedentes os pedidos formulados na petição inicial para: i) ordenar que as recorridas se abstenham de continuar a emitir ruídos perturbadores advindos de sua propriedade em razão de máquinas industriais, em descompasso com a legislação municipal, sob pena de multa diária de R$ 500,00; e, ii) condená-las a pagar ao recorrido R$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais, com correção monetária do arbitramento e juros de mora da citação. Sucumbentes, elas foram ainda condenadas ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os últimos fixados em 15% do valor da condenação.

Inconformada, alegam as apelantes, preliminarmente, que o r. *decisum* é nulo por cerceamento de defesa, na medida em que era necessária a oitiva das testemunhas arroladas. No mérito, aduzem que a r. sentença considerou equivocadamente que os ruídos advindos do imóvel, decorrentes da atividade empresarial, eram excessivos. No local eram exercidas atividades de montagem de móveis de qualquer material e comércio varejista de móveis e não qualquer tipo de fabricação, ao contrário do que considerou o D. Juízo *a quo*. Além disso, existia alvará de funcionamento, conforme provado a fls. 190/191. Juntaram aos autos levantamento técnico que concluiu inexistir violação às normas técnicas. Três testemunhas deram depoimentos à autoridade policial que vão ao encontro de seus argumentos. Inexistem danos morais indenizáveis. Buscam a reforma da r. sentença.

Recurso regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões a fls. 455/467.

Acesso ao Sumário

Nova manifestação das apeladas a fls. 472.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O ora apelado LUIZ MARCELO PINTO DOS SANTOS ajuizou a presente ação de obrigação de não fazer c/c indenização por danos morais em face das ora apelantes EMPRESA PORTUÁRIA DE SANTOS LTDA. e PANALCA ENTERPRISE LTDA.

Segundo alegado na exordial, em maio de 2019 as recorrentes instalaram em imóvel vizinho ao do recorrido maquinário de marcenaria, passando a operar empresa sem o competente alvará de funcionamento e a gerar ruídos excessivos das 8 às 20 horas, de segunda a sexta-feira (e eventualmente aos sábados). Em razão disso, foi formalizada reclamação junto aos órgãos municipais, que constataram a alegada poluição sonora. Contudo, mesmo após a comprovação do excesso de ruído e a lavratura dos laudos de infração, as transgressões continuaram. Daí o ajuizamento da demanda, pretendendo o apelado a paralisação dos "*incômodos perturbatórios*", além de indenização por danos extrapatrimoniais, estimada em R$ 10.000,00.

Conforme relatado, os pedidos foram julgados procedentes e contra esta r. sentença se voltam as recorrentes.

Inicialmente, afasto a objeção de cerceamento de defesa.

Sabe-se que o Código de Processo Civil adota o sistema do convencimento motivado por meio do qual fica a cargo do julgador decidir pela necessidade ou não de se realizarem atos durante a fase instrutória, bem como escolher os meios de prova pertinentes para o deslinde da controvérsia.

Isto porque se o conjunto probatório carreado for suficiente para embasar a persuasão do magistrado, a produção de outras provas implicaria a prática de atos inúteis e meramente protelatórios.

Ora, a realização de provas é sempre custosa e enseja o adiamento da decisão final, de modo que somente devem ser deferidas provas úteis e necessárias.

Nesse contexto, segue a orientação do C. STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO DA CONFIGURAÇÃO DE DANO INDENIZÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ADEQUADO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não há cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos

Acesso ao Sumário

> autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção ou complementação de prova. Cabe ao juiz decidir sobre os elementos necessários à formação de seu entendimento, pois, como destinatário da prova, é livre para determinar as provas necessárias ou indeferir as inúteis ou protelatórias. Precedentes. (...) (AgInt no AREsp 804.303/MA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe 01/07/2020).

In casu, desnecessários outros elementos probatórios para o deslinde da controvérsia.

Nota-se que as partes foram devidamente instadas a especificar as provas que pretendiam produzir (fls. 96). O apelado, por seu turno, se limitou a juntar documentos (fls. 98/104), ao passo que as apelantes pugnaram apenas pela produção da prova pericial (fls. 105/106). Por isso, na r. decisão saneadora somente a realização de perícia foi admitida (fls. 108/109).

Ocorre que a prova técnica restou inviabilizada porque o local foi desocupado (fls. 370).

Logo, revelou-se correta a solução da lide apenas com os elementos constantes dos autos, porquanto inoportuna a indicação de testemunhas pelas recorrentes a fls. 405/406, em que pese o teor da r. decisão de fls. 396.

No mérito, melhor sorte não assiste às recorrentes.

Apesar de as apelantes insistirem em que a empresa operava com alvará de funcionamento, a alegação não corresponde à exatidão dos fatos.

A fls. 190/191 há tão somente licenças provisórias para funcionamento, emitidas, respectivamente, em 03.07.2020 e em 18.08.2020, com validade de 30 dias cada uma. As reclamações do apelado, no entanto, em muito antecedem a esse período.

Além disso, conforme extrato do Processo Administrativo nº 76807.2019-33 perante a Prefeitura de Santos, nota-se que a expedição de alvará foi indeferida pela municipalidade (fls. 328).

Apesar de as recorrentes aduzirem que as atividades desenvolvidas consistiam em "*serviços de montagem de móveis e qualquer material*" e "*comércio varejista de imóveis*" e não a fabricação de móveis propriamente dita, o argumento não lhes favorece. Conforme Certidão nº 070/2020, expedida pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano Municipal, "*os usos 'marcenaria' e '**serviço de montagem de móveis**', classificados na Lei Complementar nº 1.006, de 16 de julho de 2018, como 'CS3-J' **são proibidos para o local***" (fls. 275).

O relatório de medição e avaliação de níveis de pressão sonora nº 38/2020 - SEFISCAM, expedido pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Santos, não deixa dúvidas sobre a poluição sonora. Considerou o fiscal ambiental que "*o resultado apresentado no item 6 encontra-se em **desconformidade com***

Acesso ao Sumário

a Norma ABNT NBR 10151:2019, visto que o valor encontrado para o Nível de Pressão Sonora Específico (LAesp = 65 dB) é maior que o Limite de Nível de Pressão Sonora (RLAeq = 60 dB)" (fls. 101/102).

Evidente que essa conclusão, emanada de agente público indiscutivelmente imparcial, deve prevalecer sobre aquela a que chegou profissional particular contratado pelas próprias interessadas (fls. 251/260).

A prova técnica, baseada em aferição dos ruídos *in loco*, evidentemente também merece prevalência sobre depoimentos de vizinhos baseados na mera percepção do barulho no local. Assim, ainda que GILBERTO RAMOS SPERANDEO, NILTON SCHIMIDT CHAGAS e GERALDINA MEDEIROS BLEDES tenham declarado à autoridade policial que a poluição sonora inexiste (fls. 261/264), suas informações são contrárias aos fatos. Sem prejuízo, das próprias declarações reduzidas a termo, fica claro que NILTON e GERALDINA têm desentendimentos com o apelado, de modo que as afirmações devem ser apreciadas com cautela.

Em suma, portanto, tem-se que no imóvel vizinho ao do apelado era exercida atividade proibida para o local (montagem de móveis), sem alvará de funcionamento por longo período e com ruído excessivo devidamente aferido por fiscal ambiental do Município de Santos. A única prova que seria capaz de eventualmente refutar a pretensão autoral com precisão, qual seja a perícia técnica, restou inviabilizada porque a empresa mudou de local.

Sendo assim, houve efetiva comprovação de que o apelado sofreu violação ao sossego que lhe é garantido pela legislação em vigor, nos termos do art. 1.277 do Código Civil, *verbis*:

> Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Nesse contexto, compreendo que plenamente demonstrada a ocorrência de danos morais indenizáveis.

Tanto doutrina, como jurisprudência, sinalizam para o fato de que os danos morais suportados não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre, sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e sua função social.

Nesse sentido, dispõe o enunciado 159 do Conselho da Justiça Federal: "*o dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material*".

Acesso ao Sumário

No caso concreto, o recorrido teve a sua personalidade violada de forma indevida por um empreendimento econômico que, com vistas à obtenção de lucro, deixou de se preocupar com o bem-estar da vizinhança, provocando a perturbação da paz a que todos têm direito em seus respectivos lares. Mesmo após diversas reclamações, iniciadas em maio de 2019, o problema não foi resolvido a contento.

Portanto, inequívoca a configuração do dano moral e do dever de indenizar das apelantes.

Em suas razões de apelação, não se insurgiram as recorrentes especificamente contra o *quantum* indenizatório fixado na origem, o qual, portanto, deve subsistir em respeito aos limites objetivos do pleito recursal (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Destarte, fica mantida integralmente a r. sentença.

Finalmente, considerando as disposições do art. 85, §11, do CPC/15, majoro os honorários sucumbenciais devidos aos advogados do apelado para 20% do valor atualizado da condenação.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000302-46.2020.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que são apelantes J.M.T.P.G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), V.H.T.P.(G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e C.T. (E POR SEUS FILHOS), é apelado M.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37930)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com

partilha de bens, guarda e alimentos. Insurgência da autora quanto ao capítulo da sentença que entendeu ser inviável a partilha dos veículos FIAT PUNTO e CORSA CLASSIC descritos na inicial. Preliminar de nulidade da sentença em razão de se revelar citra petita. Não acolhimento, diante da apreciação da pretensão fundamentadamente. Mérito. Réu que confirmou que possuía os veículos na época da separação, nada tendo alegado quanto à aquisição de tais bens em momento anterior ao início da união estável. Existência, titularidade e aquisição na constância da união estável que são fatos incontroversos. Presunção legal de aquisição dos bens móveis na constância da união, não havendo prova de que foram adquiridos em data anterior, que exsurge ademais da inteligência do art. 1.662 do Código Civil. Veículo FIAT PUNTO que foi utilizado como parte do pagamento para aquisição de outro veículo (Corolla) após o término da união. Viável a partilha do produto da venda de tal veículo (R$ 16.000,00 - fls. 92) à razão de 50% para cada parte. Viável, ademais, a partilha do veículo Corsa Classic 2005, também à razão de 50% para cada parte. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

C.T., por si e representando os menores **J.M.T.P.** e **V.H.T.P.**, ingressou com *ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens, guarda e alimentos* em face de **M.P.**, cujo pedido inicial foi julgado ***parcialmente procedente***, nos termos da sentença prolatada em 25/05/2021, para o fim de: **(i)** reconhecer e declarar a dissolvida a união estável estabelecida entre **C.T.** e **M.P.**, desde 15/10/2007 até 26/01/2019; **(ii)** determinar o regime de visitas do genitor aos filhos menores; **(iii)** fixar os alimentos em favor dos menores no patamar de 30% dos rendimentos líquidos, na hipótese de trabalho com vínculo empregatício, e 33% do salário mínimo vigente, em caso de trabalho informal ou desemprego, confirmando-se a tutela anteriormente concedida (fls. 115/122).

Em face da sucumbência mínima da parte autora, o **RÉU** foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

Embargos de declaração opostos pelos autores (fls. 124/127) **rejeitados**, nos termos da decisão de fls. 136.

Em suas razões de apelo, a autora **C.T.** apresenta insurgência em face do capítulo da sentença que entendeu pela inviabilidade da partilha dos veículos descritos na inicial. Afirma que a sentença teria sido *citra petita* ao indeferir o pedido de partilha. Reitera que durante a convivência, o casal adquiriu dois automóveis, sendo eles um *Fiat Punto*, no valor de R$ 16.000,00 e um *Classic*, no valor de R$ 10.477,00, sendo que tais veículos foram utilizados como parte do pagamento para aquisição do veículo *Corolla* pelo apelado após a separação, tendo ficado os menores inclusive sem meio de transporte. Ao final, busca a apreciação e provimento do pedido de partilha dos bens móveis (fls. 138/143).

O recurso é tempestivo e isento de preparo, por ser a apelante beneficiária da Justiça Gratuita. As contrarrazões foram apresentadas (fls. 146/149). Não registrada oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

O reconhecimento e dissolução da união estável mantida entre as partes foi declarada pela sentença no período apontado pela autora na inicial (**15/10/2007 a 26/01/2019**). Na constância da união, narrou a autora que foram adquiridos os veículos *Fiat Punto* e *Classic*, tendo sido requerida a partilha de tais bens.

A autora, nesta oportunidade, apresenta insurgência tão somente quanto ao indeferimento do pedido de partilha dos veículos.

Neste capítulo, o Juízo de origem adotou o seguinte entendimento:

"*2) Dos bens:*

O regime de bens é o da comunhão parcial (art. 1.725 do Código Civil).

Desse modo, comunicam-se os bens adquiridos na constância da união estável, com algumas exceções, como os bens que cada companheiro possuía ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância da união estável, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.

Além disso, somente devem ser partilhados os bens comprovadamente de propriedade das partes.

Nesses termos: (...)

Ressalto, nesse particular, que quanto ao veículo Corsa Classic mencionado na inicial, assim como com relação aos móveis relatados pelas partes, não há qualquer comprovação de sua existência, o que obsta a partilha judicial, restando prejudicada na espécie.

Quanto ao veículo Corolla, o documento de fls. 92/93, que se trata de contrato de compra e venda, registra a aquisição por parte do requerido, em data posterior ao fim de união estável, não havendo como

firmar que o veículo Fiat Punto (entregue como parte do pagamento) e o dinheiro entregues ao vendedor foram auferidos na constância da união estável.

Saliente-se que sequer foram juntados os documentos dos veículos Corolla e Fiat Punto.

Vale frisar que, em casos como tais, a prova material faz-se imprescindível, não a suprindo a prova unicamente testemunhal.

Destarte, é inviável a partilha de bens na forma pretendida.".

De início, conforme se observa, não há o que se falar em sentença *citra petita*, que é aquela em que o Juiz deixa de apreciar uma das pretensões postas em Juízo. O pedido de partilha dos veículos descritos na inicial foi apreciado pela r. sentença, fundamentadamente, não tendo sido acolhida a pretensão.

Superada a análise do defeito apontado, respeitado o entendimento do Juízo de origem, assiste razão à apelante.

Quanto ao pedido de partilha dos veículos *Fiat Punto* e *Classic* apontados na inicial, o réu, em sua defesa, afirmou que:

"*O requerido quando se separou de sua companheira possuía dois veículos, sendo eles:*

1 Fiat Punto no valor de R$ 16.000,00

1 Classic no valor de R$ 10.477,00 (valor de tabela)

Levando-se em consideração que o veículo Classic informado acima possui várias avarias, capô dianteiro amassado, tampa traseira amassada, para choque traseiro e dianteiro quebrados, e porta traseira do lado esquerdo amassada, sendo que tais avarias já existiam no veículo quando da separação das partes, devendo-se ser levado em consideração o valor do veículo no estado que se encontra e não seu valor de tabela.

Da Aquisição do Veículo Corolla

O requerente veio a adquirir o veículo Corolla tempos depois de sua separação, como se verifica no contrato de compra e venda juntado aos autos

Sendo que referido veículo Corolla foi adquirido em 13/07/2019, conforme contrato de compra e venda em anexo e extrato de sua conta corrente constando a TED realizada de sua conta bancária no dia da transação.

Dessa forma, o requerido entregou o veículo Punto como parte da compra do veículo Corolla, sendo que o valor abatido foi de R$ 16.000,00, (valor do veículo punto), onde o Requerido se comprometeu a pagar o saldo remanescente no valor de R$ 38.900,00, conforme extrato bancário em anexo, sendo o ocorrido após a dissolução de fato da união

Acesso ao Sumário

estável entre as partes.

Sendo que a Requerente informa em sua inicial a data da separação das partes sendo 26/01/2019, dessa forma, o veículo Corolla não faz parte dos bens adquiridos durante a união das partes.

Requer dessa forma em caso de partilha dos veículos, que seja levado em consideração os veículos que foram adquiridos na constância da união estável e seus valores no estado que se encontra.".

Restou **incontroverso**, portanto, que na ocasião da dissolução da união estável mantida entre as partes, os dois veículos mencionados na inicial (*Fiat Punto* e *Corsa Classic*) faziam parte do acervo partilhável. Não alegou o requerido que qualquer destes veículos não teria sido adquirido na constância da união estável, mas tão somente que o veículo *Corolla* teria sido adquirido posteriormente ao término da união. Quanto a este último, no entanto, sequer houve pedido de partilha por parte da autora.

É dispensável, nesse cenário, a produção de prova acerca da existência e da titularidade dos veículos, nos termos do art. 374, III, do CPC: "*Não dependem de prova os fatos: [...] III - admitidos no processo como incontroversos*". Não controvertem as partes quanto ao fato de que os veículos existem, foram adquiridos na constância da união estável e se encontravam em nome do réu.

Além disso, o Código Civil possui norma expressa, aplicável ao caso dos autos por analogia (já que o regime de bens é o da comunhão parcial), no sentido de que:

"***No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.***".

Portanto, para além da matéria ter sido incontroversa, se o caso, caberia ao réu se desincumbir do ônus de provar que os veículos por ele adquiridos o foram antes da união estável, o que não o fez.

Nesse sentido, cita-se precedente deste Tribunal em caso semelhante:

"*DIVÓRCIO. Insurgência do autor restrita à partilha dos veículos PAJERO e motocicleta SUZUKI.* ***Existência dos bens é fato incontroverso e prescinde de prova. Presunção legal de aquisição dos bens móveis na constância do casamento. Inteligência do art. 1.662 do Código Civil****. Alegação de que os bens pertencem à oficina mecânica. Irrelevância. Empresa individual de titularidade do apelante. Inexistência de personalidade jurídica autônoma da empresa individual. Confusão patrimonial da pessoa física titular da firma individual e o patrimônio desta. Possibilidade de partilha das dívidas que recaem sobre os bens partilhados. Partilha de aquestos nada mais é do que uma fotografia do patrimônio do casal no momento do final do matrimônio, abrangendo ativos e*

Acesso ao Sumário

passivos. Prova nos autos a indicar existência de parcelas vincendas no momento da separação de fato. Ausência da ré à primeira audiência de conciliação que não se mostrou injustificada, como exige o art. 334, § 8º, do CPC/2015. Recursos provido em parte.". (TJSP; Apelação Cível 1011303-15.2019.8.26.0006; Relator (a): **FRANCISCO LOUREIRO**; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 12/08/2021; Data de Registro: 12/08/2021, destaque não original)

Quanto ao veículo *Fiat Punto*, restou comprovado que o requerido utilizou tal bem como parte do pagamento para aquisição do veículo Corolla, após o término da união estável, abatendo o valor de **R$ 16.000,00**, conforme o contrato de fls. 92/93.

Portanto, viável a partilha do produto da venda do veículo *Fiat Punto* (R$ 16.000,00) à razão de 50% para cada parte.

Observa-se, quanto a este veículo, que para além de não ter sido impugnado especificamente pelo réu que o veículo foi adquirido na constância da união estável, outra não poderia ser a conclusão também com base no fato de que o veículo é do ano 2008/2008 (fls. 92), no qual a união estável já havia se iniciado.

Quanto ao veículo *Corsa Classic*, viável a sua partilha também à razão de 50% para cada parte, pelos fundamentos já expostos, ou seja, considerando ter sido a existência, titularidade e aquisição na constância da união estável matérias incontroversas, bem como considerando que era do réu o ônus de comprovar a eventual aquisição em período anterior ao início da união.

Ao contrário do que alega a autora, contudo, não há comprovação de que este veículo tenha sido dado como parte do pagamento para aquisição do veículo *Corolla*, pois do contrato juntado aos autos, apenas o veículo *Fiat Punto* integrou o pagamento. Portanto, a princípio, a partilha é do próprio bem, e não de eventual produto da venda.

Em conclusão, o recurso é parcialmente provido e a sentença é reformada para: **(i)** determinar a partilha do produto da venda do veículo *Fiat Punto* (R$ 16.000,00 - fls. 92) à razão de 50% para cada parte; **(ii)** determinar a partilha do veículo Corsa Classic 2005 (referido às fls. 95), à razão de 50% para cada parte.

Com a reforma da sentença, os honorários advocatícios em favor do patrono da autora comportam majoração para 12% sobre o valor atualizado da causa.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001169-12.2020.8.26.0549, da Comarca de Santa Rosa de Viterbo, em que é apelante COLÉGIO HERDEIROS DO FUTURO EPP, é apelado MARIA CRISTINA FERRETI SOBON & CIA. LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12431)**

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

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. Concorrência desleal. Ocorrência. Divulgação de propaganda comparativa inverídica. Publicação em canais de comunicação de resultado de desempenho da escola no ENEM. Classificação incondizente com os dados objetivos fornecidos pelo INEP. Potencial de desvio de clientela e prejuízo a imagem das escolas concorrentes. Ilícito tipificado no art. 195, I, da LPI. Responsabilidade civil configurada. Ainda que se alegue que a apelada não tenha praticado conduta dolosa, mesmo assim, cabe a reparação pelos danos causados. Inteligência do art. 944 do CC. Danos morais configurados. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 96/100, aclarada às fls. 110/11, que, nos autos da AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA ajuizada por **COLÉGIO HERDEIROS DO FUTURO EPP** em face de **MARIA CRISTINA FERRETI SOBON & CIA. LTDA.**, acolheu parcialmente as pretensões autorais.

A r. sentença condenou a ré, sob pena de multa diária, a: (i) remover qualquer forma de publicidade que a elenque como a escola da comarca com o

melhor desempenho no ENEM/2019, bem como de se abster de publicar novos conteúdos nesse sentido; (ii) publicar nota de esclarecimento nas mídias sociais, comunicando o erro da divulgação das informações sobre o ranking do ENEM. No mais, rejeitou o pedido de condenação por danos morais, por entender que não houve conduta dolosa da requerida na publicação da propaganda.

Em razão da sucumbência recíproca, a ré foi condenada ao pagamento de 70% das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios aos patronos da parte contrária, arbitrados em R$ 1.500,00. De outro lado, a autora foi condenada ao pagamento dos valores restantes das custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios aos patronos da parte contrária, fixados em R$ 800,00.

2. Irresignada com a r. sentença, a requerente recorre pleiteando a modificação do julgado.

Em síntese, alega que a recorrida empreendeu concorrência desleal, dando azo à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar os danos causados.

Afirma que não somente as condutas dolosas configuram responsabilidade civil, mas também as culposas, de modo que aquele que cause danos a outrem por negligência, imprudência ou imperícia tem o dever de repará-los.

Assevera que a conduta culposa da recorrida está assaz provada nos autos, tanto que foi expressamente reconhecida na sentença. Explica que a parte contrária foi negligente ao divulgar informações sensíveis, com intuito publicitário, sem antes observar a higidez dos dados publicados. Acrescenta que os órgãos oficiais não mais divulgam ranking do desempenho de escolas no ENEM, pois tais informações vinham sendo utilizadas, distorcidamente, com fins publicitários. Portanto, reputa reprovável a atitude da recorrida em utilizar dados de fontes não oficiais para formulação de suas propagandas.

Relata que, em seu anúncio publicitário, a recorrida ocultou as informações do desempenho de sua principal concorrente, refletindo na propaganda classificação incondizente com a realidade. Explica que o fato ensejou confusão no público consumidor, incutindo a ideia de que a escola recorrida é superior.

Entende que esse incidente prejudicou sua reputação, implicando em desprestígio de seu desempenho acadêmico e excelência de seus serviços. Sobretudo, porque as litigantes são as únicas escolas particulares atuantes na cidade de Santa Rosa do Viterbo, circunstância que exacerba o risco de potencial desvio de clientela. Conclui que a conduta em questão configura prática de concorrência desleal.

Considera que R$ 20.000,00 é a quantia adequada para compensação dos danos experimentados.

Por essas e pelas demais razões apresentadas, pugna pelo provimento do

Acesso ao Sumário

recurso e reforma da sentença, a fim de que seja acolhido o pedido de indenização por danos morais, nos moldes articulados.

3. O recurso é tempestivo e o preparo recursal foi recolhido (fl. 130).

As contrarrazões recursais foram apresentadas (fls. 135/145).

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

É o relatório do necessário.

4. Narra a inicial que a requerida divulgou propaganda informando ser a escola com a melhor classificação no ENEM de 2019 dentre as instituições de ensino do município de Santa Rosa de Viterbo. A autora alegou que a publicidade vertente é essencialmente enganosa, pois, em verdade, é a escola Liceu Tales de Mileto, de sua propriedade, que ocupa a primeira colocação, segundo os dados oficiais fornecidos pelo INEP. Afirmou, ademais, que tal incidente implica concorrência desleal, tendo em vista o potencial de desvio de clientela e prejuízo à sua reputação no mercado. Por essas e pelas demais razões, pleiteou a cessação da aludida publicidade, bem como indenização por danos morais, no importe de R$ 20.000,00.

Citada, a requerida apresentou contestação, alegando que a classificação por ela divulgada foi retirada de pesquisas feitas por entidades escolares idôneas. No mais, sustentou ter se valido dessas informações, por não haver rankings oficiais disponibilizados por órgão governamental. Sustentou não ter praticado nenhum ilícito. Por esses motivos, requereu a improcedência da ação.

O feito foi sentenciado nos moldes já articulados.

São os fatos postos a julgamento.

5. Cinge-se a contenda na apuração de concorrência desleal empreendida pela ré em desfavor da autora.

Tipificada na Lei de Propriedade Industrial, a concorrência desleal é concebida na doutrina especializada como o conjunto de práticas que, de modo fraudulento ou desonesto, tenciona desviar a freguesia do concorrente. A concorrência desleal tem característica instrumental, à medida que se caracteriza pelos meios ilícitos adotados pelo empresário para angariar clientes em detrimento dos demais concorrentes.[1]

Nesse sentido, já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal:

"*A livre concorrência, com toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expresso da probidade profissional. Excedidos esses limites surge a CONCORRÊNCIA DESLEAL. Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto*

1 *FAZZIO JUNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2000 fl. 140.*

ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente PATENTES ou SINAIS DISTINTIVOS REGISTRADOS". *(R.T.J.56/453-5)*

6. No caso em exame, a suposta prática de concorrência desleal estaria sendo atribuída a ré, por divulgar propaganda indevida, informando que seria a escola com o melhor desempenho no ENEM de 2019, dentre as instituições de ensino de Santa Rosa de Viterbo (fls. 24/27, 30).

Pois bem. Adentrando à controvérsia, verifica-se que, após a divulgação dos resultados do exame realizado em 2019, diversas entidades educacionais divulgaram rankings, contendo classificação das escolas de acordo com as notas médias obtidas pelos respectivos alunos, nas provas.

Em alguns desses rankings a escola Milênio Instituto Educacional, ora recorrida, figurou como primeira colocada no município de Santa Rosa de Viterbo, como se verifica dos dados divulgados pelas instituições Evolucional, Elite Campinas e Bernoulli (fls. 69/78). Nas pesquisas disponibilizadas por essas entidades a recorrente sequer chegou a ser listada.

7. Examinando as fontes de classificação mais detidamente, colhe-se que as instituições citadas são particulares e elaboraram suas pesquisas com base em dados extraídos do sistema INEP de forma independente.

Certamente, por não serem vinculadas a um órgão estatal, em tese, as instituições possuiriam discricionariedade na eleição dos parâmetros utilizados para elaborar o ranking. Com efeito, é possível concluir que a livre eleição de parâmetros teria o potencial de afetar a objetividade das informações prestadas.

Estreitando a análise dos rankings informados, percebe-se que neles só foram listadas escolas que participaram com dez ou mais alunos do ENEM (fls. 75,78), ficando de fora as instituições com menor contingente.

Partindo desse pressuposto, podemos concluir que as informações contidas nas listas são, de certo modo, enviesadas. Isso porque refletem um universo limitado de escolas, de acordo com os indicadores elencados para elaboração dos rankings.

8. Em razão dessa lacuna, a instituição de ensino recorrida, de fato, figurou como a primeira classificada no seu município. Entretanto, ao se incluir na análise as escolas com menor contingente, a classificação é alterada.

De acordo os dados fornecidos pelo INEP, a escola que apresentou o melhor desempenho médio na indigitada cidade, independentemente do número de alunos participantes, foi o Liceu Tales de Mileto, instituição de titularidade da recorrente. A nota média obtida (prova objetiva + redação) foi 625,93 pontos contra os 574,47 pontos da escola Milênio Instituto Educacional (fl. 29).

Concebe-se, portanto, que a propaganda veiculada pela recorrida continha efetiva informação inverídica. Isso porque em escala universal a escola Milênio não foi a mais bem colocada, ostentando essa posição apenas se descon-

Acesso ao Sumário

sideradas as escolas com menos de dez alunos participantes do ENEM.

9. Considerando que o desempenho no exame é um indicador relevante da qualidade do ensino, bem como o fato de que a oferta de serviços educacionais particulares na cidade é assaz restrita, revela-se plausível a alegação da recorrente de que a propaganda em questão teve o condão de desviar sua clientela no mercado.

Filio-me, também, ao entendimento de que o fato prejudicou sua reputação no mercado, pelos motivos que passo a expor.

Na espécie, a recorrida valeu-se de publicidade comparativa. Trata-se de técnica de promoção de produtos e serviços baseada no cotejo entre o objeto anunciado e outros disponibilizados no mercado pela concorrência. Sua lógica busca traçar uma relação de prevalência entre produtos e serviços, apontando-se qual seria o de melhor qualidade ou mais indicado ao público consumidor.

Naturalmente, o objeto que não é eleito como o melhor, passa a ser considerado inferior ou com menor grau de excelência. Na prática, ainda que de forma indireta, há relativa depreciação do produto ou serviço dos concorrentes do anunciante.

Para melhor compreender os meandros da publicidade comparativa, transcreve-se abaixo os ensinamentos de FÁBIO ULHOA:

> *Por outro lado, dois aspectos não relacionados diretamente aos direitos dos consumidores têm sido também destacados, no exame da publicidade comparativa.* ***Em primeiro lugar, a possibilidade de se verificar concorrência desleal; segundo, a de ofensa a direito marcário do concorrente. O critério a se considerar, de novo, é o da enganosidade. Se não houver, na comparação veiculada pelo anúncio, a possibilidade de o destinatário vir a ser enganado, não se verifica nem a concorrência desleal, nem o desrespeito à marca do concorrente.*** *Se são verídicas as informações levadas ao destinatário da mensagem publicitária - ou, sendo falsas, não são apresentadas como verídicas -, então não há enganosidade, elemento indispensável à configuração daqueles ilícitos.*
>
> *No que diz respeito à concorrência desleal, conforme estudado (Cap. 7), o que caracteriza a irregularidade da prática concorrencial é o meio utilizado e não as motivações, ou os objetivos do empresário - sempre iguais aos da concorrência leal, isto é, a conquista de clientela. Ao promover publicidade comparativa, o empresário possui sempre o objetivo de conquistar fatias dos consumidores de um ou mais concorrentes, especialmente os mencionados no anúncio. Possui este objetivo, tanto na hipótese de comparação lícita, como na desleal. O que distingue uma de outra situação é a veiculação de informações falsas em detrimento de concorrente, em prejuízo da imagem dele junto aos consumidores.* ***Ou***

Acesso ao Sumário

seja, a inidoneidade do meio empregado é o fator decisivo para que a publicidade comparativa deixe de ser lícita, para os fins da disciplina jurídica da concorrência. (Grifos não originais).[2]

Com base nessas informações, é seguro concluir que a propaganda comparativa deve ser utilizada com muita cautela e parcimônia, a fim de evitar danos indevidos aos demais agentes do mercado.

No caso concreto, contudo, a recorrida não se ateve a esses cuidados, pois divulgou informações imprecisas em sua propaganda, afetando diretamente sua concorrente. Ressalta-se, inclusive, que tendo a possibilidade de fazer a ressalva dos parâmetros utilizados na pesquisa, não o fez.

10. Feitas essas considerações, reputo que a conduta da requerida manifestou prática de concorrência desleal.

Especificamente, a hipótese em exame subsome-se aos ilícitos tipificados no art. 195, I da Lei de Propriedade Industrial, que dispõe que, comete crime de concorrência desleal, "*quem publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem*".

Constatada, pois, a prática de ato ilícito, manifesta-se a responsabilidade civil da requerida, decorrendo o dever de indenizar o dano moral causado, por força do art. 927 do CC e art. 209 da Lei de Propriedade Industrial.

Sobre esse tema, destaca-se a lição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

> *Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano (...) coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê- se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o status quo ante.*[3]

Importante consignar que, ainda que a conduta da apelada possa não ter sido praticada de maneira dolosa, não obsta o seu dever de reparar os danos extrapatrimoniais causados. Afinal, como bem pontuado pela recorrente, o dever de indenizar exsurge não somente de condutas de natureza dolosa, mas também daquelas que sejam culposas, decorrentes de imprudência, negligência ou imperícia. Nesse sentido, são as disposições do art. 186 do Código Civil.

11. Estando assentado o dever de indenizar os danos morais, resta a sua quantificação.

Quanto à indenização por danos extrapatrimoniais, ensina SERGIO CAVALIERI FILHO que o valor "*deve ser suficiente para reparar o dano, o mais*

Acesso ao Sumário

2 *Coelho, Fábio Ulhoa Curso de direito comercial, volume 1 : direito de empresa, 16ª. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. P. 483.*

3 *Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. - 5.ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.*

completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. (....) Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."[4]

Nesse diapasão, segue trecho da célebre obra de RUI STOCO: "*Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido*".[5]

Dessa forma, na quantificação do valor a ser arbitrado a título de reparação por danos morais devem ser analisadas as suas funções compensatória e pedagógica. Ademais, deve ser ponderado o grau de culpa do agente, conforme preconiza o art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Observados todos esses parâmetros, demonstra-se razoável a quantia pleiteada pela autora de R$ 20.000,00 a título de indenização por danos morais.

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

12. Diante de todas as considerações tecidas, de rigor a reforma da sentença, a fim de condenar a requerida ao pagamento da indenização por danos morais, nos moldes articulados.

13. Em razão do desdobramento recursal, condeno a recorrida ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios aos patronos da parte contrária, ora arbitrados em 15% do valor atualizado da condenação, já considerando o trabalho adicional desenvolvido durante a fase recursal, na forma do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

14. Ainda, por oportuno, consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, consi-

Acesso ao Sumário

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

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

derados na elaboração do presente acórdão.

Em que pese este prévio prequestionamento, na hipótese de serem opostos embargos de declaração ao acórdão, seu julgamento se dará necessariamente em ambiente virtual (em sessão não presencial ou tele presencial) de forma a permitir melhor fluidez aos trabalhos forenses, ainda mais neste período de pandemia.

Ficam as partes, ***data venia***, advertidas de que a oposição de declaratórios considerados protelatórios poderá ser apenada na forma do § 2º do art. 1.026 do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000659-12.2021.8.26.0404, da Comarca de Orlândia, em que é apelante M.M.C., é apelado L.M.E.I.L.

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 39310)**

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

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRETENSÃO À SUBSTITUIÇÃO DE ÍNDICE CONTRATUAL EM VIRTUDE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA OCASIONADA PELA PANDEMIA - PREVALÊNCIA DO *PACTA SUNT SERVANDA* - INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO QUE DEVE SER EXCEPCIONAL E PODE OCASIONAR GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA - FUNDAMENTOS DA SENTENÇA QUE DÃO SUSTENTAÇÃO ÀS RAZÕES DE DECIDIR - APLICAÇÃO DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBU-

Acesso ao Sumário

NAL DE JUSTIÇA - SENTENÇA MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. reintegração de posse que a respeitável sentença de fls. 228/231, cujo relatório ora adotado passa a fazer parte integrante do presente *decisum*, julgou improcedente a ação e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários fixados em 10% sobre o valor atualizado da casa, observada a gratuidade processual antes deferida.

Irresignado, o autor recorreu. Em suas razões, assevera que a ação não busca a ilegalidade do índice de correção utilizado no contrato, mas sim a aplicação de outro índice que melhor reflita a inflação, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual entre as partes. Pugna pela aplicação do disposto no artigo 317, do Código Civil, defendendo a possibilidade de aplicação do índice IPCA ou INPC durante o período de correção do contrato, ainda, pelo período em que ainda perdurar a instabilidade decorrente da pandemia. Requer seja dado provimento ao recurso, modificando-se a sentença.

O recurso foi recebido e respondido.

É o relatório. Passo a decidir.

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

Feitas tais observações, em que pese a irresignação, o recurso não merece acolhimento.

Isso porque, de acordo com o que consta da r. sentença de fls. 228/231:

"*(...)* As partes não divergem acerca da possibilidade de o contrato ser reajustado pelo IGP-M, mas sim sobre o estado de onerosidade excessiva que teria surgido em função dos aumentos sofridos recentemente por tal índice. Pois bem. A despeito da respeitável argumentação apresentada na petição inicial, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem decidindo que os aumentos sobreditos não autorizam a substituição por índice diverso, em especial, quando o IGP-M foi regularmente pactuado entre os contratantes, já que figura como critério válido e que traduz mera recomposição inflacionária. Nesse sentido: Agravo de instru-

Acesso ao Sumário

mento. Compromisso de compra e venda de lote de terreno. Agravantes requerem a alteração do índice de correção monetária das respectivas prestações para o IPCA, ao invés do IGPM (expressamente previsto no contrato). Impossibilidade. Variação positiva do IGPM, ainda que elevada como ocorreu nos últimos meses (referente ao período de pandemia), não tem o condão de permitir a alteração unilateral do pactuado. Decisão mantida. Recurso desprovido (TJSP; Agravo de Instrumento 2120616-38.2021.8.26.0000; Relator (a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/06/2021; Data de Registro: 09/06/2021) Apelação Cível. Revisão contratual. Repetição de indébito. Indenização por dano moral. Atualização monetária. Abusividade e má-fé não evidenciadas. Inexistência de cláusula abusiva ou que deixe os apelantes em desvantagem exagerada. Cláusula contratual que expressamente prevê a atualização monetária pelo IGPM. Abusividade não caracterizada. Impossibilidade de relativização do princípio 'pacta sunt servanda'. Correção monetária que não implica majoração do saldo devido, mas mera recomposição da moeda ante a corrosão inflacionária. Impossibilidade de exclusão da atualização ou mesmo a eventual substituição por outro índice não pactuado. Onerosidade excessiva não demonstrada. Cerceamento do direito de defesa não configurado. Razões que sequer apontaram em que consistiriam as alegadas 'diversas ilegalidades' e 'aumentos repentinos injustificáveis'. Desequilíbrio entre as partes não verificado. Realização de perícia contábil não justificada. Realização de prova que não se mostrava pertinente. Poder Judiciário que não pode ser reduzido a órgão consultivo. Precedentes. Sentença mantida. Recurso improvido. Sucumbência Recursal. Honorários advocatícios. Majoração do percentual arbitrado. Observância do artigo 85, §§2º e 11, do CPC. Execução dos valores sujeita ao disposto no art. 98, §3º, do NCPC. (Apelação Cível nº 1.022.281-74.2019.8.26.0451. Relator: Desembargador José Joaquim dos Santos. Segunda Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 03/03/2021). Compra e venda de imóveis. Ação de revisão de cláusulas contratuais. Sentença de improcedência. Insurgência do autor. Razões de apelação que possuem impugnação recursal específica. Ausência de violação ao art. 1.010, II, do CPC. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Questão de direito sendo desnecessária a realização de prova pericial. Cláusula contratual que estipulou a correção das parcelas pela variação do IGPM. Admissibilidade. Índice que é fator adequado para a atualização monetária em contratos imobiliários. Jurisprudência do C. STJ e deste E. Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido (Apelação Cível nº 1.000.464-57.2020.8.26.0664. Relatora: Desembargadora. Maria de Lourdes Lopez Gil. Sétima Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 27/11/2020). Assim, sendo inquestionável que a parte autora consentiu, livre e conscientemente, no instante de celebração contratual, com a adoção do IGP-M, não é possível promover a revisão exposta pos-

Acesso ao Sumário

> tulada inicialmente. Até porque, conforme exposto em contestação, a ré, 'por mera liberalidade e entendendo a crise que assola o país pela PANDEMIA do CORONAVIRUS, ao invés de aplicar integralmente o índice de correção monetária do IGP-M para o reajuste do período entre 2020 e 2021, optou por cobrar correção monetária de apenas de 10% (dez por cento) no período, porcentagem essa que é muito inferior ao percentual do IGP-M no período.'. (...)".

Ora, diante de tais considerações, fica evidente o acerto no qual incorreu o Juízo *a quo*, eis que não há que se falar em substituição forçada de índices diante do *pacta sunt servanda* e o dever do judiciário não interferir nos contratos particulares.

A pandemia não pode servir de justificativa para a substituição de índices contratuais, sob pena de ocasionar grave insegurança jurídica nas relações privadas.

Eis então a *ratio decidendi* que, somadas às razões expostas pelo juízo de primeiro grau, justificam perfeitamente a solução ora adotada, de modo a satisfazer as condições do artigo 93, inciso IX de nossa Carta Constitucional.

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

É o que dispõe o artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, com a redação que lhe foi dada pelo Assento Regimental n° 562/2017 (DJe de 30.03.17, publicado em 31.03.17):

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

Com efeito, a aplicação o dispositivo regimental acima transcrito tem sido prestigiada pela unanimidade das Câmaras deste Tribunal de Justiça, mormente por sua primeira seção, a saber: TJSP, Apelação Cível nº 0004870-33.2017.8.26.0248, Relator Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 09/06/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1000090-02.2018.8.26.0441, , Relator Alvaro Passos, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1002471-46.2013.8.26.0606, Relatora Maria do Carmo Honorio, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07/07/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1047352-43.2014.8.26.0002, Relator Fábio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 21/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1033861-06.2019.8.26.0224, Relator A. C. Mathias Coltro, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 17/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1005845-27.2014.8.26.0609, Relator Dimitrios Zarvos Va-

Acesso ao Sumário

rellis, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 12/12/2019 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 0087385-16.2019.8.26.0100, Relator Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 07/08/2020 v.u.; TJSP, Apelação Cível nº 1090098-78.2018.8.26.0100, Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 12/08/2020 v.u.; TJSP; Apelação Cível nº 0014785-49.2018.8.26.0482, Relator Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 18/08/2020 v.u.; TJSP; Apelação Cível nº 1004068-29.2019.8.26.0642, Relator Jair de Souza, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 22/08/2020 v.u.

Por conseguinte, essa "*... técnica de decidir é louvável quando o juiz do segundo grau nada tem a acrescentar à decisão do juiz a quo, repetindo-a, consequentemente, com outras palavras e citando mais um ou outro acórdão. Nos tempos atuais, em que o número de processos é assustador, não tem lógica, nem é compreensível, que o juiz ad quem assim proceda. A motivação per relationem, desse modo, impõe-se não só nos Juizados Especiais, como nos Juízos Comuns*". (TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 651).

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

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

Por fim, esclareço que todos os outros argumentos invocados pelas partes não são suficientes para, por si só, influenciarem meu convencimento, razão pela qual deixo de examiná-los. A propósito, Rocco diz não ser "*... necessário que o juiz se pronuncie expressamente sobre todas as demandas das partes quando, do conjunto da sentença, resulte bastante claro que tenha examinado e decidido o ponto sobre o qual guarda silêncio; nestes casos o pensamento do juiz está indiretamente manifestado, mas está manifestado*" (ROCCO, ALFREDO, La sentencia civil. Buenos Aires. Ed. El Foro, 2003, p. 175).

Majoro a verba honorária para 15% sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade de justiça antes concedida.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008870-55.2016.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que são apelantes LUCIANO GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSILENE MARQUES FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL - PREFEITURA MUNICIPAL DE BRAGANÇA PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.696)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Usucapião extraordinária. Exercício da posse direta sobre o imóvel há aproximadamente 30 anos, de forma mansa, pacífica e ininterrupta. Presença dos requisitos da usucapião previstos no art. 1.238 do Código Civil. Prova técnica constatou que houve invasão de área pública de 6,01m² do total do terreno, que tem 1.345,82m². Ausência de oposição do órgão competente e sem interferir no tráfego ou locomoção. Irregularidade sanável, que não obsta o reconhecimento da usucapião na parte da área que não é de domínio público. Apelo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 577/582, aclarada pelos embargos de pág. 591/592, que julgou improcedente ação de usucapião extraordinária.

Alegam os autores que houve cerceamento de defesa, pois a prova técnica constatou a invasão de área pública de 6,01m², abrangendo o passeio que seria bem público municipal. Informam que o terreno mede 1.345,82m² e o imóvel fora adquirido já com todas as benfeitorias realizadas, bem como o muro no entorno do imóvel e o telhado que cobria o portão. Afirmam que houve mudança na legislação municipal no decorrer do processo e a referida invasão de 6,01m² só restou caracterizada com a vigência do novo plano diretor. Aduzem

que não tiveram oportunidade de regularizar o perímetro do imóvel para posterior andamento processual, inclusive com a oitiva de testemunhas, tendo sido surpreendidos com a sentença de julgamento antecipado. Esclarecem que já haviam promovido grande parte dos atos processuais, inclusive publicação de edital. Requerem a anulação da sentença, voltando os autos para a origem, inclusive com oportunidade de apresentar novos trabalhos técnicos com a devida exclusão de área de passeio da prefeitura, bem como recuo de parte do muro e retirada do telhado de cobre o portão, que não estaria respeitando a área de passeio. Mencionam que não há evidência de invasão, uma vez que o traçado da via pública é posterior, já que desde agosto de 2007 já havia a conclusão da edificação principal no imóvel, com porteira que encerra a continuidade da estrada pública, salientando, ainda, que a área invadida não chega a 0,5% da área usucapienda. Por último, pedem o provimento do recurso para que a sentença seja anulada ou pedido seja julgado procedente, págs. 597/615.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão dos apelantes, págs. 628/636.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece reforma.

O cerceamento de defesa não está caracterizado, uma vez que o artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil autoriza o julgamento antecipado quando não houver necessidade de produção de outras provas.

No caso, a perita procedeu aos esclarecimentos suplementares, tendo informado que a invasão da área pública é anterior à modificação do plano diretor.

Ademais, a prova testemunhal é desnecessária para comprovação das alegações autorais, sendo suficientes os documentos existentes nos autos.

3. Quanto ao mérito, o art. 1.238 do Código Civil preleciona que: "*Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis*".

Da leitura do dispositivo, depreende-se que os três requisitos que autorizam o reconhecimento da usucapião são coisa hábil, posse e decurso do tempo. A posse deve ser mansa e pacífica, contínua e exercida sem nenhuma oposição de quem tenha legítimo interesse, sem interrupções e com ânimo de dono.

Na situação vertente, tais os requisitos foram preenchidos, já que a posse dos autores, somada a dos antecessores, é superior a 15 (quinze) anos e as certidões de págs. 47/53 comprovam que posse é mansa e pacífica, sem oposição de terceiros.

4. Conquanto o bem público seja insuscetível de prescrição aquisitiva, nos termos dos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, a

Acesso ao Sumário

invasão de menos de 0,5% do total da área usucapienda (frente do lote e telhado do portão) no passeio público não impede o reconhecimento do instituto, pois a prova pericial demonstrou que o imóvel está alinhado aos demais confrontantes laterais, págs. 451 e 456, inexistindo interferência no tráfego de veículos ou na locomoção de pedestres pela calçada, de modo que a invasão de área pública deverá ser resolvida em outras vias.

É dizer, eventuais correções na metragem serão superadas pela usucapião, excluída a área pública, competindo à Municipalidade, se assim o desejar, buscar seu direito junto aos autores e aos demais proprietários dos imóveis adjacentes por vias próprias, demonstrando com precisão a área invadida e o descumprimento do plano diretor.

Em outras palavras, a situação apontada não obsta a pretensão dos autores que demonstraram satisfazer os requisitos legais para usucapirem o bem.

No mesmo sentido é o entendimento deste Egrégio Tribunal:

"*Usucapião. Requisitos legais preenchidos. Apelo da Municipalidade afirmando que parte do imóvel está inserida em área pública e, portanto, insuscetível de usucapião. Embora haja indícios de que o bem invada o passeio público (calçada), o laudo pericial atesta que a documentação trazida pela Municipalidade é insuficiente para se concluir pela invasão. Fotografias do local, ademais, que permitem inferir que o alinhamento existente não impossibilita tráfego de veículos ou pedestres, havendo instalações de rede de água e esgoto, energia elétrica há anos no local. Embora possível a regularização por vias próprias, não há nos autos elementos suficientes para descaracterizar a descrição técnica elaborada pelo perito. Recurso desprovido*" (Apelação n. 0047250-56.2011.8.26.0224; Rel. Araldo Telles; J. 09/10/2018).

"*USUCAPIÃO - Requisitos legais cumpridos - Procedência e condenação do Município apelante por litigância de má-fé - Recurso do Município - Cerceamento de defesa - Alegação de que a área usucapida abrange passeio público (calçada) - Pedido de realização de prova pericial - Descabimento - Memorial descritivo juntado pelos autores que não abrange a extensão irregular do imóvel (varanda) sobre o passeio público - Eventuais divergências entre a metragem da matrícula e a do memorial serão superadas pela usucapião - Irregularidade da construção sobre a calçada que não obsta o direito dos autores e que pode ser enfrentada/resolvida administrativa ou judicialmente pelo Município - Condenação ao pagamento de multas e indenização por litigância de má-fé e condenação ao pagamento de multa por interposição de embargos de declaração protelatórios - Descabimento de dupla condenação pelo mesmo fato - Embargos declaratórios meramente protelatórios interpostos contra a*

sentença que não ensejam a condenação ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé - Incidência apenas da regra especial, sob pena de ocorrer duplo sancionamento - Condenação ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC, mantida - Recurso parcialmente provido, apenas para afastar a condenação ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé" (Apelação n. 0008292-05.2014.8.26.0318; Rel. Miguel Brandi; J. 07/06/2017).

"*Usucapião. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova pericial suficiente para o deslinde do feito. Esclarecimento complementar da perita. Desnecessidade. Existência de elementos concretos para o convencimento do Juízo. Imóvel individuado pela perícia técnica. Ausência de controvérsia no tocante à descrição da área e localização. Presença dos requisitos exigidos em lei. Procedência. Manutenção. Invasão de área pública. Possibilidade de regularização em via própria. Inércia da Municipalidade no momento oportuno. Imóvel edificado há quase trinta anos, sem oposição do órgão competente e sem obstar ou interferir na concretização da infraestrutura local. Irregularidade sanável e que não impede o reconhecimento do usucapião pretendido, no tocante à parte da área que não é de domínio público. Sentença mantida. Recurso desprovido*" (Apelação n. 0040246-07.2007.8.26.0224; Rel. Cesar Ciampolini; J. 11/03/2016).

Desta maneira, os requisitos pertinentes à usucapião se fazem presentes, razão pela qual a r. sentença deve ser reformada para julgar procedente a ação, declarando-se o domínio dos autores sobre o imóvel descrito na inicial, excluída a área pública, cabendo ao juízo *a quo* determinar a expedição do necessário após o trânsito em julgado.

Em decorrência do desfecho da demanda, condenam-se os réus no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Por fim, ficam as partes advertidas de que a oposição de embargos de declaração meramente protelatórios poderá ensejar a aplicação de multa, pois "*O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão*" (EDcl no MS 21315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi - Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016).

5. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento ao apelo.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000823-08.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PORTO SEGURO CIA. DE SEGUROS GERAIS, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U. Declara voto vencedor o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.546)**

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

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Seguro - Seguradora sub-rogada nos direitos de segurado - Ação regressiva contra concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica - Sentença de improcedência e inconformismo da autora - Direito de regresso amparado no art. 786 do Código Civil e na Súmula n. 188 do Col. STF - Responsabilidade objetiva da concessionária, por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Caso concreto em que a pretensão da autora deriva de um sinistro e contrato de seguro da modalidade empresarial - Exclusão da responsabilidade da concessionária, por motivo de força maior ou caso fortuito - Sobrecarga de energia elétrica causada por descargas atmosféricas (raios) - Acontecimento da natureza, estranho ao **serviço de distribuição de energia elétrica - Ilação na prova documental - Nexo de causalidade afastado - Manutenção da improcedência da pretensão de regresso e dos ônus de sucumbência a cargo da autora - Honorários advocatícios majorados "*ope legis*" (art. 85, § 11, do novo CPC) - Recurso desprovido, com observação.**

VOTO

A r. sentença a fls. 152/159, cujo relatório fica incorporado, julgou improcedente a pretensão nos autos de ação regressiva de seguradora contra con-

cessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por falta de provas do nexo causal entre os serviços prestados pela ré e os danos a aparelhos eletroeletrônicos de segurado, a cargo da autora os ônus de sucumbência, os honorários advocatícios fixados, mediante apreciação equitativa, em R$ 1.500,00.

Inconformada, a autora interpõe recurso de apelação, evocando o art. 786 do Código Civil e a Súmula n. 188 do Col. STF, em abono à sub-rogação, numa relação de consumo entre o segurado e a ré e de inversão do ônus da prova. Sustenta que há nexo de causalidade entre o sinistro e os serviços de distribuição de energia elétrica da ré, cuja responsabilidade é objetiva nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, diante do risco do empreendimento. Aduz que o decurso do tempo inviabiliza a prova pericial nos aparelhos e na instalação elétrica do imóvel segurado que, ademais, eram desnecessárias, tendo por base os laudos de empresas especializadas, imparciais e idôneas, os chamados "*laudos de oficina*", que dispensam laudos de empresas credenciadas pelas concessionárias de acordo com a Resolução n. 414/10 da ANEEL. Entende que incumbia à ré o ônus de provar que a rede de distribuição operava sem interrupções no dia do sinistro, através de mecanismos que mensuram a duração e a frequência de interrupções. Defende a desnecessidade de esgotamento da esfera administrativa e que os eventos da natureza são previsíveis, não equivalem a caso fortuito ou força maior, ou seja, não são excludentes de responsabilidade. Pede a reforma e, alternativamente, a redução dos honorários advocatícios.

Recurso recebido e respondido.

É o relatório.

Tem-se a prova de que a autora contratou com interessado (Multi Centro de Formação de Condutores) seguro da modalidade "*compreensivo empresarial*", responsabilizando-se por riscos patrimoniais (v. apólice a fls. 18/21).

Verificado sinistro e danos a equipamentos segurados em razão de sobrecarga na rede elétrica no dia 27 de abril de 2017, a seguradora autora indenizou ao segurado R$ 2.639,11, conforme comprovante de transferência bancária a fls. 50.

Sub-rogada nos direitos do segurado, a autora intenta ação regressiva contra aquela que, em tese, é a responsável pelos danos, com amparo na Súmula n. 188 do Col. STF, "***verbis***": "*O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro*".

O art. 786 do Código Civil estatui que: "*Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano*".

Trata-se de um imperativo lógico: os direitos e ações que o segurado teria contra a autora dos danos serão da seguradora, que houve de responder pela

Acesso ao Sumário

indenização, tendo, como corolário, os meios de recuperar a soma indenizada ao segurado.

A relação mantida entre a ré e o segurado era regida pela legislação consumerista, pois este último fazia uso dos serviços fornecidos como destinatário final, daí a incidência do Código de Defesa do Consumidor também à relação da seguradora com a concessionária de serviço público.

Nesse sentido, precedente do Col. STJ:

"*AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA CONTRA EMPRESA FORNECEDORA DE ENERGIA ELÉTRICA - RELAÇÃO DE CONSUMO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 83/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.*

1.- Concluiu o Acórdão recorrido que a relação entre a segurada e a Agravante é de consumo. Assim, incide o Código de Defesa do Consumidor na relação estabelecida entre a Seguradora - que se sub-rogou nos direitos da segurada - e a Agravante. Precedentes. Incidência da Súmula 83 desta Corte.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 426.017/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 10.12.2013, DJe 19.12.2013).

A pretensão da autora tem amparo, pois, no art. 14 do estatuto consumerista, por força do qual a prestadora de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos na prestação dos serviços.

Estatui o § 1º do artigo que o serviço é defeituoso quando não fornece segurança ao consumidor, que dele espera essa segurança em consideração ao que ordinariamente acontece.

Já o art. 20 do estatuto responsabiliza a prestadora de serviços pelos vícios que os tornem impróprios, sendo impróprios, acrescenta o § 2º, os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente dele se esperam.

A controvérsia está no nexo de causalidade entre o evento imputado à ré e os danos ao segurado, ou na excludente de responsabilidade.

Dúvida não há de que a responsabilidade da ré é objetiva e emana do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, na medida em que, na forma do art. 175 da mesma Carta e da Lei n. 8.987/95, é concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica.

José Afonso da Silva, ao traçar a evolução histórica da responsabilidade civil da Administração, ensina que: "*Agora a Constituição vai além, porque*

Acesso ao Sumário

equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas de direito privado que prestem serviços públicos (como são as concessionárias, as permissionárias e as autorizatárias de serviços públicos), de tal sorte que os agentes (presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral) dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade de danos causados a terceiros. Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarci-lo por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo. (...) O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe a pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização" ("*Curso de Direito Constitucional Positivo*", Ed. Malheiros Editores, 2011, 34ª ed., págs. 675-676).

Silvio Rodrigues não discrepa e acrescenta que: "*A ideia é de uma responsabilidade sem culpa, e a clareza do texto afasta, na verdade, qualquer dúvida ou o mister de maiores desenvolvimentos. O legislador constituinte quis assegurar à vítima de atos danosos de funcionários do Estado o devido ressarcimento. Essa responsabilidade abrange as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam funções delegadas do poder*" ("*Direito Civil - Responsabilidade Civil*" Ed. Saraiva, 1983, 7ª ed., volume IV, pág. 93).

O dispositivo constitucional dispensa a prova da culpa, uma vez que adota claramente a teoria do risco administrativo, ou seja, a responsabilidade pelo fato do serviço, somente elidida na hipótese de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

A Resolução n. 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que dispões sobre condições gerais do fornecimento de energia elétrica, no art. 210, igualmente prevê a responsabilidade da distribuidora, independente de culpa, pelos danos elétricos causados a equipamentos instalados em unidades consumidoras, ressalvadas exceções, como a falta de nexo causal.

Dito isso, o caso concreto é de elisão da responsabilidade da ré, pois está caracterizada a força maior, o fato da natureza, descargas elétricas ou atmosféricas (raios) que, segundo as peças acostadas (laudo de vistoria a fls. 25/28, laudos técnicos/orçamentos a fls. 29/33 e relatório de sinistro simplificado a fls. 45/49), deram causa à variação de tensão e à queima dos aparelhos segurados.

Acesso ao Sumário

As descargas elétricas, ainda que frequentes, não são intrínsecas ao risco da atividade de distribuição de energia elétrica. São acontecimentos da natureza, de força maior, hoje previstos no art. 393 do Código Civil de 2002 e previstos no art. 1.058, parágrafo único, do Código de 1916, extrínsecos.

Antigas lições de Arnoldo Medeiros da Fonseca, na monografia "Caso fortuito e teoria da imprevisão", Imprensa Nacional, 1943, 2ª ed., eram no sentido de que é sem utilidade a distinção entre força maior e caso fortuito e têm dois elementos: um interno, de caráter objetivo, que vem a ser a inevitabilidade do evento; outro externo, ou subjetivo, que vem a ser a ausência de culpa. Dizia ele que "*... não há acontecimentos que possam, '**a priori**', ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana*" (pág. 147).

Tem-se hoje meios de se medir descargas elétricas (raios), mas ainda não há meios de se prever a intensidade e os lugares de maior ou menor incidência, como outros fenômenos derivados de acontecimentos naturais como a inundação e o terremoto, mais forte do que a vontade ou a ação do homem.

Os raios, portanto, continuam sendo acontecimentos de força maior e têm o poder de romper o nexo de causalidade, exceto quando distribuidora de energia elétrica é avisada e não acautela providências.

Carlos Roberto Gonçalves aborda o tema e conclui que: "*Assim, por exemplo, se uma faísca elétrica, um raio, descobrir ou romper os fios de alta-tensão e inutilizar os isolantes, não será a empresa fornecedora da energia elétrica responsabilizada se alguém neles esbarrar e perecer eletrocutado. A menos que, informada do evento, não tome urgentes providências para sanar o problema*" ("*Responsabilidade Civil*", Ed. Saraiva, 1995, 6ª ed., pág. 523, n. 107).

A seguir, reportando-se à doutrina de Agostinho Alvim ("Da inexecução das obrigações e suas consequências", Ed. Jurídica Universitária, 3ª ed.), Carlos Roberto Gonçalves pondera que tem-se feito a distinção entre fortuito interno (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e fortuito externo (força maior, ou "**Act of God**" dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco (ob. cit., pág. 524).

Reconhece-se o evento de força maior, excludente da responsabilidade objetiva da ré, em sendo fortuito externo, a não ser que tivesse sido ministrada pela autora a prova de que as descargas elétricas foram previstas e a ré avisada de molde a providenciar algo em condições de minorar as consequências.

Sem a prova do nexo causal, conclusiva e irrefragável, a pretensão da autora é mesmo improcedente, mais ainda pela circunstância de que o contrato

Acesso ao Sumário

de seguro é daqueles no qual o risco constitui a sua substância; verificado o sinistro coberto pelo seguro, aleatório e ao acaso, a obrigação da seguradora é a de indenizar, sub-rogando-se no direito ao ressarcimento se provar que o sinistro é imputável a um terceiro.

Vencida, a autora continuará a suportar as custas e despesas processuais, as de reembolso com atualização desde os desembolsos, e honorários advocatícios.

A majoração da remuneração aos advogados é "***ope legis***" e está no art. 85, § 11, do novo CPC, cujo substrato não é o de inibir recursos, e sim remunerar condignamente o trabalho adicional realizado com a interposição ou defesa de recursos.

Os honorários ficam majorados a R$ 2.000,00 atualizados da prolação da sentença e acrescidos de juros de mora a contar do trânsito em julgado.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, com a majoração dos honorários advocatícios.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONCORDANTE, POR MOTIVOS DIVERSOS

(Voto nº 33336)

A despeito de concordar com o desembargador relator sorteado, que vota pelo desprovimento do apelo, o faço por motivação distinta, e, por isso, declaro voto concordante, ainda que por motivos diversos.

Sua Excelência advoga inexistir nexo de causalidade entre o fornecimento da energia pela requerida e os danos suportados pelo segurado da autora, pois os danos teriam ocorrido por suposta descarga elétrica (raio), o que constituiria força maior.

Ocorre que, normalmente, as petições iniciais sequer fazem referência expressa à suposta queda de raios, limitando-se a dizer que teria havido fornecimento de energia de 'péssima qualidade'. São, normalmente, genéricas, por vezes buscando regresso relativo a diversos segurados, cujos sinistros teriam ocorrido em datas e locais distintos.

Ora, não há sequer certeza de que a suposta má qualidade da energia tenha decorrido da ocorrência de descarga atmosférica (raios); e ainda que fosse demonstrada a 'queda de raio' na rede da requerida, inafastável a necessidade da demonstração de que os aparelhos danificados o foram por causa dessa sobrecarga.

O relator sustenta que sobrecarga de energia elétrica provocada por descarga atmosférica (raios) são acontecimentos estranhos ao serviço de distribui-

Acesso ao Sumário

ção de energia elétrica; que constituem excludente da responsabilidade objetiva da ré.

Porém, a jurisprudência vem se consolidando em sentido contrário, entendendo que a previsibilidade da ocorrência de 'raios' e a existência de mecanismos para evitar - ou pelo menos minimizar - os danos permitem que se atribua tais consequências ao risco da atividade desenvolvida pela requerida.

De fato, importante examinar eventual relação direta entre os danos e a energia fornecida.

Examinando estes autos, não se percebe suficiência nos documentos de fls. 30, 31, 32 e 33, que supostamente se prestariam à demonstração do nexo, de que os danos suportados teriam decorrido diretamente da energia recebida da requerida.

Todos eles são iguais, e telegráficos, atribuindo os danos a "descarga elétrica".

Vieram aos autos, ainda, o relatório fotográfico de fls. 42/44 e o 'Relatório de Sinistro Simplificado' de fls. 45/49 (repetindo o relatório fotográfico), que também se mostram insuficientes para a comprovação do nexo.

Conforme bem ressaltou o magistrado sentenciante:

> "***Pondero, no tocante aos laudos unilaterais juntados que, como regra, as pequenas empresas voltadas para consertos de eletroeletrônicos apenas têm condição de afirmar qual a peça avariada e o motivo (oscilação de energia). Nada mais.***
>
> ***Ocorre que a 'sobrecarga' pode ter origem dentro da própria residência ou por outro indutor distinto da rede de distribuição da concessionária.***
>
> ***A perícia especializada nos referidos equipamentos ou na peça substituída eliminaria tal dúvida.***
>
> ***Desse modo, ainda que a responsabilização da concessionária seja de fato objetiva, ela não pode produzir prova absolutamente diabólica, de modo que cabia à autora trazer elementos que fossem suficientes para se estabelecer nexo causal entre os danos e falha dos serviços da primeira***" (destaque no original - fls. 154/155).

Tem-se, assim, que a prova documental não é suficiente para imputação de nexo causal entre o dano e conduta da fornecedora da energia elétrica. A variação de energia, como visto, pode ter inúmeras causas, muitas das quais alheias à responsabilidade da ré.

Não se descarta a possibilidade de que os danos tenham, mesmo, sido motivados pela oscilação no fornecimento de energia, pela 'queda de raios', mas não há a suficiente certeza disso. Não se perca de vista que nem todo dano elétri-

Acesso ao Sumário

co advém de vício no fornecimento da energia, sendo indispensável a existência ao menos de indícios seguros dessa relação.

Forçoso, pois, reconhecer a absoluta insuficiência da tentativa de demonstração do nexo, ainda que, em alguns processos semelhantes, os laudos, mais bem elaborados, possam ser aceitos como suficientes.

Bem por isso, esta Turma Recursal vem constatando que demandas como a presente têm como marca constante a não preservação dos equipamentos avariados (alguns por terem sido reparados, e não substituídos), o que inviabiliza a realização de qualquer exame para constatação do real motivo dos danos. Ainda que isso ocorra, se a demanda vier instruída com prova técnica segura, objetiva, e não com meras abstrações consistentes em notas telegráficas sobre o motivo do dano, a procedência do pedido tem sido decretada.

Também não tem sido considerado pressuposto de admissibilidade a prévia busca administrativa de ressarcimento; porém, quanto a esse tema, não se pode perder de vista que a companhia seguradora autora se sub-roga nos direitos de seu segurado, na condição de consumidor, mas também nos seus deveres, entre os quais permitir que a companhia fornecedora de energia tenha acesso aos equipamentos e às instalações onde eles se encontravam ligados para apuração de eventual culpa do consumidor. Que tenha garantido direito ao contraditório.

No caso dos autos, a sub-rogação está demonstrada de modo suficiente pela contratação do seguro e pelo pagamento das indenizações; não está suficientemente demonstrado, ao contrário, a meu ver, o nexo de causalidade entre os danos e eventual vício no fornecimento da energia elétrica contratada.

Nem se diga que em relação de consumo possa haver inversão do ônus da prova, pois ainda assim seria necessário que o consumidor, aqui substituído pela seguradora, trouxesse ao menos fortes indícios de que pode ter havido o aludido nexo, viabilizando a prova inversa; mas, os indícios apresentados, repito, se mostram insuficientes.

A responsabilidade da fornecedora de energia é objetiva; isso, entretanto, não dispensa necessidade de demonstração do nexo que a viabilize. Nem permite seu reconhecimento sem que se proporcione à ré meios de demonstrar inocorrência do nexo, como poderia fazer, v.g., com o exame dos equipamentos danificados ou das instalações onde estavam ligados.

Reiteradamente se tem entendido que existem equipamentos no mercado que, instalados na entrada da energia podem evitar - ou pelo menos minimizar - danos causados por sobrecarga de energia; ao optar por não os instalar, a requerida assume o risco de responder por tais danos. Mas, ainda uma vez, se afirma a necessidade da comprovação desse nexo para essa responsabilização.

Em suma, analisando individualizadamente cada caso apresentado, entendo não haver, neste, suficiente demonstração desse alegado nexo, motivo

Acesso ao Sumário

pelo qual acompanho o relator sorteado na solução proposta.
JACOB VALENTE, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001373-85.2021.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., é apelado CLEBER FLORÊNCIO LUCENA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48990)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 25 de novembro de 2021.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: INTERNET. Ação de obrigação de fazer. Postagens em rede social Facebook que maculam a reputação profissional do requerente. Sentença de procedência para determinar ao réu o fornecimento de todas as informações relacionadas ao registro das contas, conteúdos de IP's, datas, horários de acesso, GMT e portas lógicas de acesso. O compartilhamento de endereços de IPv4 gerou a necessidade de fornecimento da porta lógica de origem para a individualização dos usuários. Necessidade de fornecimento do dado exclusivamente com relação aos endereços de IPv4 para garantir o cumprimento do dever legal dos provedores de aplicação de fornecimento dos registros de acesso a aplicações de internet para possibilitar a identificação do usuário que praticou eventual ilicitude. Exclusão da obrigação quanto aos endereços IPv6. Aplicabilidade dos artigos 5º, VIII e 15 da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet). Jurisprudência desta Corte e do STJ. Ônus da sucumbência integral-

Acesso ao Sumário

mente a cargo da ré. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER** proposta por Cléber Florêncio Lucena de Souza em face de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. julgada procedente pela sentença de fls. 406/418 proferida pelo ilustre juiz Antonio Carlos Lombardi de Souza Pinto, de relatório adotado.

Apela a ré alegando a carência do interesse de agir quanto ao fornecimento de portas lógicas de origem e a ausência de dever legal de cumprimento de tal obrigação. Sustenta ainda a impossibilidade de condenação ao ônus da sucumbência.

Contrarrazões às fls. 451/458.

Ao julgamento virtual se fez oposição.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Cléber Florêncio Lucena de Souza em face de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

Almeja obter os dados necessários à identificação dos usuários de rede social (Facebook) que fizeram postagens ofensivas ao requerente e ao exercício de sua profissão de mestre de Kung Fu, que afirma macular sua imagem e reputação perante terceiros.

Contestação e réplica, respectivamente, às fls. 357/392 e 398/405.

A r. sentença julgou os pedidos procedentes para, confirmando a decisão de antecipação dos efeitos da tutela, determinar à ré a remoção dos conteúdos lesivos à honra e à imagem do autor indicados pelas URLs de fls. 75/82, bem como fornecer todas as informações relacionadas ao registro das contas, conteúdos de IP's, datas, horários de acesso, GMT e portas lógicas de acesso, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00, limitada a R$ 30.000,00. Sucumbente, a ré também foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em R$ 1.000,00.

O recurso prospera em parte.

Para cada dispositivo que acessa a internet é necessária a obtenção de IP (*Internet Protocol*), que segundo o artigo 5º, III, do Marco Civil da Internet, é "*o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais*".

Com o fito de possibilitar a identificação de usuários que vierem a praticar eventuais atos ilícitos, a Lei que regula o Marco Civil da Internet, em seu art. 15, emanou a determinação no sentido de impor ao provedor de aplicação o dever de guarda de registros de acesso a aplicações de internet, registros estes

Acesso ao Sumário

que consistem no "*conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP*" (art. 5º, inciso VIII, da Lei 12.965/2014).

Ocorre que a rede de endereços atualmente utilizada a IPv4 - se esgotou e, em 2014, a medida paliativa adotada até a migração para a rede de endereços mais ampla a - IPv6 -, foi a possibilidade de compartilhamento dos endereços IPv4.

Na explicação da Anatel: "*Como solução paliativa até a migração plena para o novo protocolo foi acordado entre os participantes a adoção do compartilhamento de endereços IPv4* públicos por meio da implantação de plataformas CGNAT (Carrier Grade Network Address Translation), que possibilitam o compartilhamento de endereços IPv4 públicos, mais comumente conhecida como CG-NAT44. Isso significa que vários usuários poderão estar, num mesmo instante, acessando a Internet por meio do mesmo endereço IP público".

Assim, consoante observa **Giuliano Giova**, "*a identificação de origem e autoria não poderá mais se basear apenas no endereço IP, será necessário preservar também registros sobre qual foi a porta de comunicação utilizada em cada acesso, elemento que diferenciará as conexões feitas por empresas ou pessoas diferentes que utilizam simultaneamente um mesmo endereço IP válido na Internet*" (citado em "O Marco Civil da Internet, a Guarda e Fornecimento de Registros por Provedores de Conexão e de Acesso a Aplicações de Internet: Limites Legais e Questões Probatórias Relevantes", **Caroline Braun** e **Rafael D'Errico Martins**, *in* "Marco Civil da Internet Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial" , Coord. **Gustavo Artese**, Ed. Quartier Latin, 2015, p. 132).

Embora a Lei nº 12.965 não designe a responsabilidade pelo fornecimento da porta lógica, tratando-se o apelante de provedor de aplicação, que tem o dever legal de fornecimento de dados aptos a permitir a identificação de usuários, por certo que tem também o dever de fornecer a porta lógica de origem exclusivamente para as redes de endereço IPv4, dado indispensável para a individualização dos criadores das postagens em questão.

Acesso ao Sumário

Quanto aos endereços do tipo IPv6, desnecessária a obrigação de fornecimento da porta lógica pois o simples endereço de IP já viabiliza o cumprimento de obrigação de identificação do usuário.

Em casos análogos, já decidiu esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRELIMINARES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO "EXTRA PETITA" CONFIGURADO. NULIDADE PARCIAL. RECONHECIMENTO. MÉRITO. "PORTAS LÓGICAS DE ORIGEM". FORNECIMENTO PELO PROVEDOR DE APLICAÇÃO. DEVIDO E NECESSÁRIO. EXEGESE DO ARTIGO 10, § 1º, DA LEI

N. 12.965/2014. PRECEDENTES. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE TUTELA PROVISÓRA PELO "FACEBOOK". COMPROVADO. VALOR DA PENALIDADE. REDUÇÃO. PRECEDENTES. NÃO OBSERVÂNCIA DA DECISÃO PROVISÓRIA PELO "TWITTER" DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PRETENSÃO RESISTIDA EXCLUSIVAMENTE PELO "FACEBOOK". ATRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA. MODIFICAÇÃO. RECURSO DO "FACEBOOK" PARCIALMENTE PROVIDO E DO "TWITTER" INTEGRALMENTE PROVIDO. 1. Não se vislumbra negativa de prestação jurisdicional se, por meio de sentença coerente e fundamentada, os argumentos relevantes para a causa são apreciados, mesmo que em desacordo com as teses da parte requerida. 2. Configura julgamento "extra petita" a determinação de fornecimento de dados de cadastro de usuário responsável por perfil e/ou publicação em rede social que não consta do pedido. 3. É indispensável o fornecimento de "portas lógicas de origem" pelos provedores de aplicação, a fim de que seja possível identificar precisamente os usuários da rede cibernética, sobretudo porque o provimento jurisdicional deve ser efetivo, conferindo proteção jurídica adequada e concreta a quem merece. interpretação do artigo 10, § 1º, da Lei n. 12.965 de 2014. Precedente recente desta Câmara. 4. Quem descumpre injustificadamente tutela provisória, está sujeito à aplicação de multa cominatória em seu desfavor. 5. Embora o valor da multa diária deva ser alto, para compelir o devedor ao cumprimento da ordem judicial, não pode, em sua totalidade, importar em montante desproporcional à luz das circunstâncias do caso concreto e ocasionar enriquecimento indevido da parte beneficiada. 6. Ainda que, segundo o artigo 10 da Lei n. 12.965 de 2014, a instauração de processo judicial seja indispensável à obtenção da medida pretendida pelo autor, se o provedor de aplicação demandado resistir à pretensão deduzida em Juízo, responde pelos encargos da sucumbência. (Apelação Cível 1014444-51.2019.8.26.0100; Relator (a): **Maria do Carmo Honorio**; 3ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/06/2021)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. Criação de notícia falsa, ilustrada com foto dos autores, compartilhada milhares de vezes na rede social Facebook. Sentença de procedência parcial, determinando-se a exclusão dos compartilhamentos do link da notícia, fornecendo-se os dados da pessoa que fez o primeiro compartilhamento na rede social. 2. Fornecimento da URL dos conteúdos a serem excluídos. Desnecessidade no caso concreto. Material bem identificado nos autos. O Facebook possui o controle dos compartilhamentos de conteúdo em sua rede, cabendo-lhe adotar as cautelas que permitam a adequada identificação dos usuários. Inviável, outrossim, exigir dos autores a identificação de mais de 71.0000 compartilhamentos, sendo ainda impossível identificação do primeiro usuário a compartilhar a matéria. Obrigação mantida. Precedentes do C. STJ e desta Corte. 3. Porta lógica. Fornecimento que é indispensável à identificação do usuá-

Acesso ao Sumário

rio no protocolo IPv4, em virtude do IP compartilhado (protocolo "NAT"). Obrigação de guarda deste dado atribuível ao provedor de aplicação, conforme Relatório da Anatel, além de precedentes desta Câmara e do C. STJ. Obrigação legal de guarda de todos os dados necessários à identificação do usuário. Exegese do art. 10, § 1º, da Lei 12.965/2014. 4. Sucumbência. Derrota maior experimentada pelo réu. Condenação devida, em virtude da resistência apresentada ao pedido inicial. Observância do art. 85 do CPC. RECURSO DOS AUTORES PROVIDO, SENDO NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA RÉ. (Apelação Cível 1017281-79.2019.8.26.0100; Relator (a): **Donegá Morandini**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 28/05/2020).

Assim, a pretensão de exclusão do dever de fornecimento das portas lógicas de origem relacionadas aos endereços de IPv6 comporta acolhimento, mas quanto aos endereços de IPv4 deve ser rejeitada.

Impende transcrever julgado do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNET. PROVEDOR DE APLICAÇÃO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. ENDEREÇO IP. PORTA LÓGICA DE ORIGEM. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. MARCO CIVIL DA INTERNET. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

1. Ação ajuizada em 15/06/2015. Recurso especial interposto em 17/05/2018 e atribuído a este gabinete em 09/11/2018.

2. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela antecipada, na qual relata a recorrida que foi surpreendida com a informação de que suas consultoras estariam recebendo e-mails com comunicado falso acerca de descontos para pagamento de faturas devidas à empresa.

3. O propósito recursal consiste em definir a obrigatoriedade de guarda e apresentação, por parte da provedora de aplicação de internet, dos dados relacionados à porta lógica de origem associadas aos endereços IPs.

4. Os endereços IPs são essenciais arquitetura da internet, que permite a bilhões de pessoas e dispositivos se conectarem à rede, permitindo que trocas de volumes gigantescos de dados sejam operadas com sucesso.

5. A versão 4 dos endereços IPs (IPv4) esgotou sua capacidade e, atualmente, há a transição para a versão seguinte (IPv6). Nessa transição, adotou-se o compartilhamento de IP, via porta lógica de origem, como solução temporária.

6. Apenas com as informações dos provedores de conexão e de aplicação quanto à porta lógica de origem é possível resolver a questão da identidade de usuários na internet, que estejam utilizam um compartilhamento da versão 4 do IP.

7. O Marco Civil da Internet dispõe sobre a guarda e fornecimento de dados de conexão e de acesso à aplicação em observância aos direitos de

Acesso ao Sumário

intimidade e privacidade.

8. Pelo cotejamento dos diversos dispositivos do Marco Civil da Internet mencionados acima, em especial o art. 10, caput e § 1º, percebe-se que é inegável a existência do dever de guarda e fornecimento das informações relacionadas à porta lógica de origem.

9. Apenas com a porta lógica de origem é possível fazer restabelecer a univocidade dos números IP na internet e, assim, é dado essencial para o correto funcionamento da rede e de seus agentes operando sobre ela. Portanto, sua guarda é fundamental para a preservação de possíveis interesses legítimos a serem protegidos em lides judiciais ou em investigações criminais.

10. Recurso especial não provido. (REsp 1777769/SP, Rel. Ministra **NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 08/11/2019).

Por fim, considerando o oferecimento de resistência ao cumprimento integral do pedido inicial, nenhuma incorreção houve na condenação da requerida/apelante a arcar com a verba de sucumbência, cujos honorários foram bem arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Neste panorama, reforma-se a sentença apenas para afastar a obrigação de fornecimento da porta lógica de origem dos endereços de IP não compartilhados (IPv6).

Em decorrência do acolhimento parcial do recurso da parte ré, deixa-se majorar os honorários advocatícios sucumbenciais.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1093626-52.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOÃO HUANG (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CONDOMÍNIO CONJUNTO RESIDENCIAL BARONESA DE ARARY.

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 29930)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente sem voto), MOURÃO NETO e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 29 de novembro de 2021.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONDOMÍNIO - Inadimplência de débitos condominiais - Caráter propter rem da obrigação - Responsabilidade do arrematante pelo pagamento dos débitos condominiais vencidos desde a assinatura do auto de arrematação - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, para "declarar que o Embargante não tem responsabilidade sobre os débitos oriundos da execução anterior ao arremate no dia 15/10/2008" - RECURSO DO EMBARGANTE-EXECUTADO IMPROVIDO

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Embargante-Executado contra a sentença de fls.149/151, prolatada pelo I. Magistrado Leonardo Valente Barreiros (em 02 de dezembro de 2020), que julgou procedentes os "embargos à execução", para "declarar que o Embargante não tem responsabilidade sobre os débitos oriundos da execução anterior ao arremate no dia 15/10/2008", condenando o Embargado-Exequente ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fixados em 10% do valor da execução - a que foi atribuído o valor de R$ 58.399,66).

O Embargante-Executado opôs embargos de declaração (fls.158/164), que foram rejeitados (fls.170). Em seguida, apelou.

Alega que a responsabilidade do arrematante pelo pagamento dos débitos condominiais é condicionada à imissão na posse do imóvel, que a assinatura do auto de arrematação não transfere a propriedade do bem, que o antigo proprietário permaneceu na posse do imóvel durante a tramitação de embargos de terceiro, e que não observado o entendimento jurisprudencial. Pede o provimento do recurso, para a procedência dos embargos à execução (fls.173/180). Ausente o preparo, em razão da gratuidade.

Contrarrazões a fls.187/192.

É a síntese.

O Embargante-Executado sustenta, na petição inicial, que arrematou o imóvel em leilão realizado em 15 de outubro de 2008, que naquela data o antigo proprietário ajuizou embargos de terceiro (Processo número 0208784-95.2008.8.26.0100), que a expedição da carta de arrematação e a imissão na posse do imóvel ocorreram apenas dez anos após a arrematação, e que não é responsável pelos débitos condominiais vencidos nesse período.

Contudo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o arrematante é responsável pelos débitos condominiais vencidos a partir da assina-

Acesso ao Sumário

tura do auto de arrematação (além dos débitos anteriores indicados no edital do leilão), independente da imissão na posse do imóvel ou do registro imobiliário acerca da transferência da propriedade, em razão da natureza *propter rem* da obrigação.

Ademais, a arrematação do bem em leilão não se confunde com a celebração de promessa de compra e venda de imóvel, e, portanto, não configurada a hipótese prevista no precedente indicado nas razões recursais (REsp 1.345.331/RS).

Cabe destacar:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESPESAS CONDOMINIAIS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OPOSTA PELO ARREMATANTE DO IMÓVEL. DÉBITOS POSTERIORES À ARREMATAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. REGISTRO IMOBILIÁRIO E IMISSÃO NA POSSE DO BEM AINDA NÃO EFETIVADOS. IRRELEVÂNCIA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. AGRAVO PROVIDO.

1. A dívida condominial constitui obrigação propter rem, respondendo o arrematante pelos débitos constituídos a partir da conclusão da arrematação do imóvel, ainda que não imitido na posse do bem e não formalizado o registro imobiliário respectivo, uma vez que tais circunstâncias decorrem de relações jurídicas estranhas ao condomínio e que, por isso, não lhe podem ser impostas. Precedentes.

2. Aperfeiçoada a arrematação, com a lavratura do auto, resta materializada causa de transferência da propriedade com todos os direitos que lhe são inerentes, ressalvados aqueles que dependem, por lei, de forma especial para aquisição (REsp 833.036/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe de 28/03/2011).

3. Existência de distinção entre o presente caso e aquele julgado pela Segunda Seção no REsp 1.345.331/RS, da relatoria do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (Tema Repetitivo 886), uma vez que, aqui, não se cuida de contrato de compra e venda de imóvel, mas de aquisição em arrematação judicial, hipótese não aventada no precedente obrigatório (distinguishing).

4. Agravo interno provido para conhecer e dar provimento ao recurso especial.

(STJ, AgInt no AREsp 1.347.829/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 10.12.2019, DJe 19.12.2019).

Assim, presente a responsabilidade solidária do Embargante-Executado (Arrematante) pelo pagamento dos débitos condominiais inadimplidos desde 15 de outubro de 2008 (data da assinatura do auto de arrematação - fls.80), prevalecendo o interesse da massa condominial - sendo evidente que possível pleitear o eventual ressarcimento contra o antigo proprietário do imóvel, em ação própria

Acesso ao Sumário

(se o caso).

Dessa forma, de rigor a manutenção da sentença, adotados também os seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003914-16.2021.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelado ENEL DISTRIBUIÇÃO SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.294)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2021.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS - IMPROCEDÊNCIA - DANOS DE APARELHOS ELÉTRICOS NO IMÓVEL DO SEGURADO DA AUTORA EM RAZÃO DE OSCILAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - IMPROCEDÊNCIA - PRETENSÃO DE REFORMA - DESCABIMENTO - Na qualidade de concessionária de prestação de serviços públicos de energia elétrica, a responsabilidade da ré, ora apelada, é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da CF. Contudo, ainda que assim seja, não restou demonstrado nos autos que a oscilação de energia elétrica que ocasionou danos nos aparelhos eletrônicos da segurada da autora foi causada pela ré. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos...

Ação regressiva de ressarcimento de danos materiais, julgada improcedente (fls. 171/175).

Inconformada, a autora interpõe apelação. Sustenta que os documentos técnicos acostados ao feito comprovam que a queima dos equipamentos da sua segurada ocorreu em razão de variação de energia na rede elétrica. Pontua a necessidade do reconhecimento da responsabilidade objetiva da ré pela reparação dos danos descritos na petição inicial. Persegue, nos aludidos termos, a reforma da r. sentença, julgando-se a ação procedente (fls. 182/200).

Tempestivo, preparado e respondido, o recurso está pronto para julgamento.

Não houve oposição ao julgamento do recurso por sessão permanente e virtual.

É o relatório.

Na qualidade de concessionária de prestação de serviços públicos de energia elétrica, a responsabilidade da ré, ora apelada, é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Anote-se, ainda, que a relação entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, afinal, o artigo 786 do Código Civil dispõe que "*Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano*".

Estando, por conseguinte, sub-rogada nos direitos dos segurados (consumidores), a seguradora pode fazer uso da legislação aludida.

Contudo, na hipótese dos autos, não restou documentalmente demonstrado que os danos ocorridos nos aparelhos eletrônicos da segurada da apelante, decorreram de falha na rede elétrica de responsabilidade da apelada.

Com efeito, a despeito dos argumentos deduzidos pela apelante, o laudo elaborado pelo eletricista da segurada (fls. 46) indicou como causa da grande oscilação de energia elétrica, que teria levado à queima dos aparelhos foi um fio solto no quadro geral.

Tal condição não pode ser atribuída à concessionária ré, ora apelada, na medida em que não foram trazidas provas de que o quadro geral danificado que se observa a fls. 49 seja de responsabilidade da empresa ré apelada.

Em suma. Ausente demonstração do nexo de causalidade entre a responsabilidade que se pretende impor à apelada e os danos ocorridos nos aparelhos elétricos de titularidade do segurado da apelante, inexpugnável a ratificação do decreto de improcedência da ação.

Enfim, com insucesso do recurso e dentro da nova ordem processual com

Acesso ao Sumário

a aplicação do Código de Processo Civil em vigor, faz-se necessária a majoração da verba honorária destinada ao patrono da parte vencedora.

Consoante determina o § 11, do artigo 85 do NCPC: "*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 dos honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*".

Sendo assim, fixados em primeira instância os honorários em 10% sobre o valor atualizado da causa, de rigor a majoração da verba de sucumbência para 15%, nos termos da legislação processual vigente, considerando maior tempo e trabalho gastos para a solução da demanda.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso, com a majoração da verba honorária nos termos do art. 85,** §11, do Código de Processo Civil em vigor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003206-22.2021.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante V.C.B.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado B.B.S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25746)**

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

São Paulo, 1º de dezembro de 2021.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação declaratória cumulada com pedido indenizatório - Débito inserido nos órgãos de proteção ao crédito não reconhecido pelo autor - Pedidos improcedentes - Pleito de reforma - Possibilidade - Proposta de abertura de conta corrente - Inexistência de prova quanto à aprovação e renegociação do alegado débito - Obrigação fundada, exclusiva-

mente, em proposta de adesão - Inexigibilidade que se impõe - Inscrição indevida - Ilícito configurado - Inexistência de anotações anteriores - Afastamento da incidência da Súmula 385, do Superior Tribunal de Justiça - Dano moral configurado - Indenização fixada no montante de R$20.000,00, em atendimento aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade - Recurso provido.

Dispositivo: deram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto por **V.C.B.S.**, em face de r. sentença de fls.126/128, proferida pelo MM. Juízo de Direito da 8ª da Vara Cível da Comarca de Osasco, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de indenização por dano moral ajuizada em face do **B.B.S.A.**, por meio da qual foram julgados improcedentes os pedidos iniciais e o autor condenado no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformado, apela o autor, pleiteando a reforma do *quantum* decidido. Sustenta, em síntese, a prescrição da obrigação, causa suficiente para declarar a inexigibilidade. Aduz quanto à incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, especialmente a inversão do ônus da prova. Alega que os documentos coligidos pelo réu não demonstram a regularidade do débito, tampouco, se verifica evolução em conta. Requer, a reforma da r. sentença, para o fim de julgar procedentes os pedidos iniciais (fls.131/139).

O réu apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença proferida (fls.143/146).

Recurso tempestivo, sem necessidade de preparo, em razão da gratuidade concedida e regularmente processado.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade. No mérito, respeitado o entendimento da d. magistrada *a quo* dou provimento ao recurso.

Trata-se de ação declaratória, decorrente de restrição creditícia realizada pela ré em face do autor.

Argumentou ter tomado conhecimento da inserção de seus dados nos órgãos restritivos, em razão de suposto débito, no valor de R$118,89, que afirmou desconhecer.

De seu turno, em sede de contestação, a ré sustentou que o débito é oriun-

Acesso ao Sumário

do de inadimplemento quanto à renegociação do contrato de conta corrente, bem como, que a inscrição decorreu do exercício regular de direito, não havendo dano moral passível de indenização.

A relação jurídica estabelecida entre as partes está inserida no âmbito das relações de consumo, conforme se extrai da Súmula 297, do E. Superior Tribunal de Justiça:

"***O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras***".

Incidente, na hipótese, o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Incumbia ao réu o ônus de comprovar, em juízo, a legitimidade do débito contestado, não sendo razoável exigir do consumidor prova negativa, mormente se considerarmos a manifesta hipossuficiência técnica em relação à instituição financeira.

Todavia, a despeito da apresentação de contestação, desse ônus o requerido não se desincumbiu, tendo se limitado a refutar as alegações expostas na exordial, em razão da adesão à proposta de conta corrente (fls.94/102).

À luz dos autos, inexiste prova quanto à evolução do débito e renegociação da dívida oriunda do contrato. A mera proposta de adesão, hábil a indicar a existência da relação jurídica, não se presta a ratificar o débito. Nesse passo, a prova produzida corrobora a tese esposada pelo autor, no sentido de ser indevida a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito.

Vê-se, portanto, que o réu não trouxe aos autos documentos hábeis a corroborar ou desconstituir as afirmações do requerente, não se desincumbindo, assim, do ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, conforme prevê o artigo 373, inciso II do Código de Processo Civil.

Destarte, impõe-se a declaração de inexistência do débito.

Quanto aos danos morais, com razão o autor.

Acesso ao Sumário

A restrição creditícia indevida, capaz de ensejar dano moral, verifica-se quando aquele que reclama a indenização não suportava, por ocasião da negativação, situação idêntica, isto é, não passava pelo constrangimento de ter seus dados inseridos em cadastro de inadimplentes.

Nesse passo, no caso em tela, os documentos de fls. 19/20 demonstram a inexistência de apontamentos anteriores.

Dessa forma, adequado o afastamento da incidência da Súmula 385, do E. Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

"*Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, res-*

salvado o direito ao cancelamento".

No mesmo diapasão, recente precedente desta C. Corte de Justiça:

"**DANOS MORAIS - Inscrição indevida do nome do autor em órgão de proteção ao crédito - Dívidas já declaradas inexigíveis em ação anterior - Descumprimento a decisão transitada em julgado - Obrigação de indenizar configurada - Demais apontamentos em nome do autor excluídos ou suspensos antes da propositura da ação - Inscrições levadas a efeito pela ré que atualmente são as únicas responsáveis pelas restrições de crédito em nome do autor - Valor da indenização que não comporta reparos - Incidência dos juros a partir das negativações reclamadas nestes autos - Sucumbência recíproca afastada - Ônus exclusivo da ré - DOS RECURSOS, PARCIALMENTE PROVIDO O DO AUTOR E NÃO PROVIDO O DA RÉ.**" (TJSP; Apelação 1006974-64.2017.8.26.0576; Relator (a): Elcio Trujillo; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2017; Data de Registro: 05/10/2017)

Consigne-se, por oportuno, que em tais casos já se presume o dano apenas pela inscrição indevida, sendo desnecessária qualquer outra prova concreta de sua ocorrência.

Na hipótese, houve ofensa à honra objetiva e subjetiva do autor, que teve seus dados inseridos indevidamente em rol de maus pagadores, sendo, portanto, devida a indenização a título de dano moral, cujo *quantum* deve ser fixado em valor suficiente para reparar os prejuízos suportados pela autora.

Cediço que, à míngua de critérios objetivos para a fixação de indenização por dano moral, cabível ao magistrado valer-se de apreciação equitativa, levando em conta a extensão do dano, o grau de culpabilidade do ofensor e a situação econômica das partes, de modo a reparar o abalo sofrido, bem como inibir a repetição da conduta.

Ademais, inafastável a cautela de evitar "*o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor*" (STJ, AgRg no REsp nº 38.21 - SC, Terceira Turma, Min. Sidnei Beneti, j. 06/08/2013).

Destarte, considerada a situação fática apresentada, o importe de R$20.000,00, apresenta-se adequado, proporcional e razoável para o fim a que se destina, compensar os prejuízos suportados pela parte lesada, bem como, punir o causador do dano pela negligência na condução de seus negócios.

A atualização monetária deverá incidir do arbitramento, nos moldes da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça e, considerando a ausência de prova do contrato que ensejou o apontamento, os juros moratórios devem incidir a partir da restrição.

Acesso ao Sumário

Em razão da sucumbência exclusiva arcará, o réu, com o pagamento das custas e despesas processuais.

Quanto aos honorários advocatícios, arbitro-os em 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Ante o exposto, por meu voto, **dou provimento** à apelação nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019641-50.2020.8.26.0100, da Comarca de Barueri, em que é apelante ANA MARIA MEDEIROS CAETANO, é apelado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40490)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR e WALTER BARONE.

São Paulo, 2 de dezembro de 2021.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - TRANSPORTE AÉREO NACIONAL - ATRASO DE VOO - PERDA DE CONEXÃO - DANOS MORAIS - QUANTUM - MAJORAÇÃO - I- Sentença de procedência - Apelo da autora - II- Ausente recurso por parte da ré, incontroversa a existência dos danos morais - Indenização por danos morais que deve ser ponderada, suficiente para amenizar o abalo emocional experimentado, sem importar enriquecimento sem causa do lesado - Indenização bem fixada em R$1.000,00, face às circunstâncias do caso, especialmente o fato de que o atraso na chegada ao destino final ocorreu 08 horas depois do programado, sopesado o fato de a empresa ré ter prestado assistência material à autora e o fato de a apelante não ter sofrido maiores prejuízos em razão

Acesso ao Sumário

do atraso, quantia que se mostra suficiente para reparar o dano a ela causado - Sentença mantida - Apelo improvido.

VOTO

Apelo da autora em face da r. sentença de procedência, proferida nos autos da ação indenizatória.

Pugna, apenas, pela majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais para R$6.000,00 (fls. 141/151).

Contrarrazões da ré às fls. 157/185, pugnando pelo improvimento da apelação interposta.

É o relatório.

Trata-se de ação indenizatória, movida por Ana Maria Medeiros Caetano, em face de Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A.

Segundo consta dos autos, a autora celebrou com a empresa ré contrato de prestação de serviços de transporte aéreo nacional, para realização do itinerário Rio de Janeiro - Natal, com conexão em Recife, com saída do voo no dia 05/12/2019, às 05h30, e previsão de chegada ao destino final às 10h30 do mesmo dia (fls. 25/26).

Ocorre que o voo que saiu do Rio de Janeiro atrasou, tendo a autora desembarcado em Recife também com atraso (fls. 28).

Em razão desse atraso, a autora acabou por perder o voo que sairia de Recife com destino a Natal às 09h25, do dia 05/12/2019 (fls. 26).

A autora somente embarcou com destino a Natal no dia 05/12/2019, às 17h35, chegando ao destino às 18h35, do mesmo dia (fls. 27), isto é, 08 horas após o inicialmente programado.

Sentindo-se lesada, ingressou a autora com a presente ação indenizatória.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente, para condenar a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$1.000,00. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Contra esta decisão insurge-se a autora.

Ante a ausência de recurso por parte da ré, incontroversa a existência dos danos morais.

Assim, na hipótese, o inconformismo restringe-se ao *quantum* indenizatório.

Uma vez configurado o dano moral, a estipulação da indenização deve ser ponderada, suficiente para amenizar o abalo emocional experimentado, sem

Acesso ao Sumário

importar enriquecimento sem causa do lesado.

"*A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*" (cf. REsp. 318.379-0-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Boletim do STJ, 18/41, 2ª quinzena de novembro de 2001).

Consoante se extrai dos documentos acostados autos, em razão do atraso do primeiro voo, a autora perdeu a conexão para Natal, somente chegando a seu destino final 08 horas depois do originalmente previsto.

Contudo, na espécie, deve-se levar em consideração na fixação do *quantum* indenizatório, ainda, o menor grau de culpa da empresa aérea, na medida em que prestou assistência material à autora, fornecendo *vouchers* para alimentação (fls. 75).

Outrossim, inexiste nos autos qualquer prova de que, em razão do atraso na chegada ao destino, a autora acabou por perder compromissos de ordem pessoal ou profissional, ou que teve maiores prejuízos.

Assim, face às circunstâncias do caso concreto, especialmente o fato de que o atraso na chegada ao destino final ocorreu 08 horas depois do programado, sopesando-se o fato de a empresa ré ter prestado assistência material à autora e o fato de a apelante não ter sofrido maiores prejuízos em razão do atraso, entende a Turma Julgadora ser a quantia de R$1.000,00, fixada pela r. sentença proferida em 23/07/2021, suficiente para reparar o dano a ela causado.

De rigor, portanto, a manutenção do *decisum a quo*.

Uma vez que a autora restou integralmente vencida em seu apelo, deixo de majorar os honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §11, do NCPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1102457-89.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MEG CHILD VESTUARIO LTDA., ESTHER FLORES FONSECA e MATHEUS FLORES FONSECA, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49028)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCOS GOZ-

ZO (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 3 de dezembro de 2021.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer cumulada com pedidos de indenização por dano moral e restituição de valores. Numerário depositado pela autora, por equívoco, a favor de terceiro desconhecido. Improcedência da ação. Apelação. Autora que, livremente, enviou depósito para conta de terceiro. Banco que é parte ilegítima para ocupar o polo passivo da demanda. Ação de repetição que deve ser dirigida contra aquele terceiro, beneficiário da ordem, que se locupletou, indevidamente. Presença nos autos de informações suficientes para que a autora promova ação contra quem de direito. Ilegitimidade do banco reconhecida. Extinção do feito, de ofício, sem resolução do mérito. Sentença alterada nesse ponto. Recurso desprovido, com observação.

VOTO

A r. sentença de Primeiro grau julgou improcedente a ação de obrigação de fazer cumulada com pedidos de indenização por dano moral e restituição de valores movida por Meg Child Vestuario Ltda. contra Banco Bradesco S/A, sob o enfoque de que a remessa equivocada de valor para a conta corrente de terceiro desconhecido se deu por ato da própria autora, não havendo como ser responsabilizado o banco [fls. 108/114]. Apelou a vencida visando à reforma do decidido, de sorte que o banco seja condenado a restituir o valor enviado erroneamente por ela, autora, e a indenize, ainda, por ofensa moral. Pleiteou também a citação do terceiro, para que seja este incluído no polo passivo da ação [fls. 123/130]. Vieram as contrarrazões [fls. 144/147]. Processado o recurso, em seguida.

É o relatório.

O recurso é desprovido, com observação. Explica-se.

Atente-se que a autora alega ter enviado equivocadamente a terceiro desconhecido o valor de R$7.300.00, por meio de seu funcionário. Agiu de forma consciente, o que restou incontroverso, praticando ato livre de qualquer coação ou outro vício da vontade.

Ou seja, a autora realizou o depósito em nome de terceiro, sem interferência alguma do banco.

Acesso ao Sumário

Não pode o réu, portanto, ser responsabilizado por ato da vida civil que a autora praticou com equívoco.

Os fatos descritos na inicial guardam relação com a efetivação de transação por preposto da autora de forma errada, vindo o montante a ser creditado em conta de terceiro desconhecido, razão pela qual eventual ressarcimento deve ser buscado perante o beneficiário do crédito e, quiçá, o próprio preposto da autora que agiu com desídia, na justa medida em que o serviço prestado pelo banco foi levado a efeito exatamente com base nos dados bancários fornecidos.

No que se refere ao terceiro beneficiado, constam nos autos dados suficientes, tais como nome, número de conta e agência, para que a parte autora contra ele promova a devida ação de ressarcimento.

Eventual necessidade de mais informações a respeito do terceiro deve ser externada em ação própria, tendo em conta que o banco não pode livremente oferecer dados de seus correntistas, em razão do cumprimento de normas técnicas que regulam sua atividade.

O réu, portanto, é parte ilegítima para responder à pretensão inicial, pois, sabidamente, tem legitimidade para ocupar o polo passivo da demanda o terceiro beneficiado com o depósito feito em sua conta corrente. Afinal, foi esse terceiro que experimentou, sem que houvesse causa anterior (segundo o alegado pela autora), enriquecimento indevido.

Sendo assim, o decreto de improcedência do juiz de piso fica convertido para o de carência de ação, dada a ilegitimidade da parte passiva.

Extingue-se, então, a ação, de ofício, sem resolução do mérito, com apoio no art. 485, inciso VI, do diploma processual civil, ficando a autora responsável pelo pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, majorados de 10% para 11% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que toda matéria devolvida no apelo se encontra prequestionada, por força do comando contido no art. 1.025 do diploma processual civil.

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

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1014524-95.2018.8.26.0602/50000, da Comarca de Sorocaba, em que é

embargante DIEGO AUGUSTO SANTANA DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado FACULDADE ANHANGUERA DE SOROCABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.860)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Contradição. Honorários recursais. Fixação em percentual inferior àquele que já havia sido arbitrado pelo MM. Juízo "a quo". Restabelecimento determinado, considerando-se que a verba já havia sido fixada no teto legal pela r. sentença. Art. 85, §11 do CPC. Embargos acolhidos.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão de fls. 355/360, que negou provimento ao apelo interposto pelo réu, mantendo a r. sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais.

Aponta contradição no julgado, porquanto na r. sentença, a verba honorária de sucumbência foi fixada em 20% do valor atualizado da condenação a título de danos morais, e no dispositivo do aresto, houve a fixação de honorários recursais em 15% do valor da condenação.

Embargos tempestivos.

É a suma do necessário.

Assiste razão ao embargante.

O campo de aplicação dos embargos de declaração limita-se à existência de obscuridade, contradição ou omissão na decisão. Obscuridade é ausência de clareza impedindo-se a compreensão exata da sentença em sua motivação. A contradição é a desconformidade entre o que relevou a decisão e o que a final foi decidido. A omissão resulta na falta de exame, ou de menção, de determinados aspectos relevantes da causa viciando o silogismo decorrente do dispositivo.

"In casu", observa-se da leitura do "decisum" que, por um lapso, esta Relatoria majorou os honorários recursais para 15% do valor da condenação, quando, na realidade, a verba já havia sido fixada pelo MM. Juízo "a quo" no

Acesso ao Sumário

teto legal (20%).

Desse modo, de rigor o acolhimento dos presentes declaratórios para constar:

Derradeiramente, embora improvida a irresignação manifestada pelo réu, não é caso de imposição de honorários recursais (art. 85, §11 do CPC).

Dispõe o §11 do art. 85 do diploma processual que "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".

Considerando-se que a verba de sucumbência já foi arbitrada no teto legal, fica mantida tal qual fixada pelo MM. Juízo "a quo".

Posto isto, acolhem-se os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1014003-70.2019.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante AIG SEGUROS BRASIL S/A, é embargada SOCIETE AIR FRANCE - AIR FRANCE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20639)**

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

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - Inocorrência - Questões analisadas de forma precisa pela Turma Julgadora - "Mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada" (STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, julgado em 8/6/2016) - Os

Acesso ao Sumário

fundamentos expostos no acórdão embargado afastam a tese defendida pela embargante - Natureza infringente dos embargos de declaração - Ausência das hipóteses previstas no artigo 1.022, do novo Código de Processo Civil - Embargos de declaração rejeitados

VOTO

Embargos de declaração opostos por **AIG - SEGUROS BRASIL S/A** (fls. 01/08), contra o v. acórdão de fls. 322/329 que, por votação unânime, deu provimento ao recurso interposto pela embargada.

A embargante sustentou a ocorrência de omissão no aresto em questão, ao não observar a teoria da *actio nata*, uma vez que a demanda se tratava de ação regressiva de danos.

Salientou, em suma, que o termo inicial do prazo prescricional era a data do pagamento da indenização securitária.

Requereu, então o acolhimento dos presentes embargos de declaração para que fosse suprida a suposta omissão apontada.

É o relatório.

Nos termos do artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material.

Na espécie, a embargante opôs os presentes embargos de declaração com o intuito de sanar suposta omissão no que tange ao termo inicial do prazo prescricional.

Na espécie, a pretexto de omissão, pretende a embargante rediscutir matéria já analisada pela Turma Julgadora, nos seguintes tópicos do v. acórdão embargado (fls. 326/329):

"Destarte, nos termos do artigo 35 da Convenção de Montreal, o prazo prescricional para exercício da pretensão indenizatória é de dois anos, contados 'a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte'.

Na espécie, considerando que o segurado Almir Polycarpo chegou ao seu destino no dia 22 de dezembro de 2016 (fls. 04), e a presente ação foi ajuizada no dia 19 de fevereiro de 2019, encontra-se prescrito o direito da seguradora.

Neste sentido são os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

'TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO DE REGRESSO. Ajuizamento pela Seguradora. Danos causados por extravio de bagagem em voos doméstico e

internacional. Seguro coletivo de proteção a bagagens, celebrado com administradora de cartão de crédito. Sentença de extinção, sem julgamento do mérito, quanto ao sinistro do segurado Rafael e procedência quanto ao sinistro da segurada Karina. Irresignação da parte autora. Cabimento. Parte autora que pretende ressarcimento da indenização paga a dois de seus segurados, sem relação entre si, sendo voos diversos. Cumulação de pedidos cabível, uma vez presentes os requisitos do art. 327 do CPC. Extinção afastada. Sentença parcialmente anulada. Julgamento do mérito pelo Tribunal possível, por estar o feito devidamente instruído. Aplicação do artigo 1.013, §3º, I, do CPC. Responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros analisada pelo E. STF no RE 636.331/RJ e ARE 766.618/SP. 'Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor'. Prazo prescricional bienal não decorrido. Inaplicável o prazo prescricional anual previsto no artigo 206, §1º, II, do CC, pois não se trata de demanda ajuizada pelo segurado contra o segurador. Seguradora que se sub-rogou nos direitos do segurado em virtude de ter arcado com a indenização. Art.786 do Código Civil. Documentos dos autos indicam o dano em decorrência do extravio da bagagem, a comunicação do passageiro à requerida e o pagamento da indenização pela seguradora. 'Quantum' indenizatório abaixo do limite estabelecido pelas convenções em tela e abarcado pela apólice. Comprovado o pagamento da indenização ao segurado. Ação julgada integralmente procedente. Condenação da ré na integralidade das verbas de sucumbência. Honorários advocatícios fixados em R$1.000,00, nos termos do art. 85, §§2º, 8º e 11, do CPC. Recurso provido' (Apelação 1025208-70.2017.8.26.0002 Relator: Desembargado Walter Barone Comarca: São Paulo 24ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 31/01/2019 Data de publicação: 31/01/2019).

'PROCESSO - Rejeição da alegação de inépcia da inicial - A petição inicial satisfaz os requisitos dos arts. 319 e 320, do CPC/2015 (correspondentes aos arts. 282 e 283 do CPC/1973). LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAL - A seguradora autora apelada demonstrou sua legitimidade ativa e interesse de agir para a ação regressiva fundada em contrato de seguro com a prova do pagamento da indenização à segurada, sub-rogando-se nos direitos da mesma, sendo, a propósito, desnecessária a juntada da apólice para esse fim Com a prova do pagamento da indenização é que a seguradora se sub-roga nos direitos do segurado e pode exigir a indenização do causado do dano (CC/2002, art. 349; Súmula 188/STF) - A transportadores ré apelante é parte passiva legítima, visto que é a transportadora aérea, à qual foi imputado o descumprimento de sua obrigação de entregar a bagagem do segurado da autora, no tempo e no lugar convencionados, em razão do extravio no curso da execução do contrato

Acesso ao Sumário

de transporte TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL -Por força do deliberado no RE 636331 e no ARE 766.618, em julgados do Eg. STF, sob a sistemática da repercussão geral, de rigor, a aplicação das Convenções de Varsóvia e/ou Montreal, que regulam regras de unificação de transporte aéreo internacional e têm prevalência em relação ao Código de Defesa de Consumidor, em ações objetivando indenização por danos materiais e/ou morais em transporte aéreo internacional, dentre as quais se enquadra a presente ação regressiva promovida por seguradora, sub-rogada nos direitos de segurado, passageiro dono de bagagem extraviada, em transporte aéreo internacional, contra a transportadora. PRESCRIÇÃO - **A seguradora sub-roga-se plenamente nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano (art. 786, do CC), o que abarca o prazo prescricional da relação originária** - Por aplicação do princípio *actio nata* e do art. 189, do CC, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização ocorre no momento em que titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da violação e de toda a sua extensão e sua pretensão passa a ser, efetivamente, exercitável - Prazo prescricional aplicável à presente ação regressiva, ajuizada por seguradora objetivando o ressarcimento de indenização paga a segurado por extravio de bagagem em transporte aéreo de passageiro, por danos constatados em 01.01.2013, é o de dois anos, previsto no art. 35, da Convenção de Montreal, em vigor por força do DF 5.910/2012 - Reforma da r. sentença, para julgar extinto o processo, com resolução do mérito, com base no art. 487, II, do CPC, pelo reconhecimento da prescrição da ação. Recurso provido.' (Apelação 1089328-56.2016.8.26.0100 Relator: Desembargador Rebello Pinho 20ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 11/12/2017 Data de publicação: 12/12/2017). (*g.m.*)

Operou-se, portanto, a prescrição, conforme foi alegado nas razões recursais."

Incabível a alegação da embargante de que não foi observada a "actio nata" por se tratar de ação regressiva.

Isto porque, a seguradora sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, o que abrange o prazo prescricional da relação originária.

Por conseguinte, as questões foram analisadas de forma precisa pela Turma Julgadora que concluiu pela prescrição da ação.

Impende observar que a embargante não apontou qualquer argumento deduzido no processo, que deixou de ser analisado no acórdão embargado, capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (artigo 489, § 1º, IV do novo Código de Processo Civil).

A este respeito, cumpre conferir recente decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, acerca da fundamentação da decisão judicial, mes-

Acesso ao Sumário

mo após vigência da Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil):

"O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.

Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada" (STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. em 8/6/2016).

Na verdade, os presentes embargos têm caráter infringente, o que é inadmissível.

Neste sentido, vale lembrar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. PETRÓLEO. INSTALAÇÃO DE EMBARQUE E DESEMBARQUE DE PETRÓLEO. ABRANGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AOS ROYALTIES. DECRETO N. 01/91. LEGALIDADE. **AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE**.

1. 'Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omisso, contraditório ou obscuro'.

2. 'Fica evidente a pretensão infringente buscada pelo embargante, com a oposição destes embargos declaratórios, **uma vez que pretende ver alterado o acórdão de acordo com sua tese'**..." (EDcl no REsp 1169806/RJ - Embargos de Declaração no Recurso Especial 2009/0237129-2 - Relator: Ministro Humberto Martins - Segunda Turma - Julgado em 07/12/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 14/12/2010).

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração de fls. 1/8, dada a ausência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil, ficando prequestionados todos os dispositivos legais invocados pelo embargante, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2217008-40.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes KENIA CRISTINA DO LAGO e LENI ALVES BATISTA DE LIMA, é agravado 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: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.477)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 2 de novembro de 2021.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SERVIDORES DA ATIVA. Título judicial transitado em julgado nos autos nº 1032969-67.2015.8.26.0053 que reconheceu o direito à retroação da correção dos vencimentos a partir de março de 2011 a setembro de 2011. Todos os servidores ativos no período compreendido no título judicial se beneficiam da decisão transitada em julgado. Impossibilidade de exclusão dos servidores que passaram à inatividade após aquele período. Valores que devem ser suportados diretamente pela Fazenda Pública e não pela SPPrev. Decisão reformada. Recurso provido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído da Ação Civil Pública em fase de cumprimento de sentença nº1039243-

Acesso ao Sumário

37.2021.8.26.8.26.0053, interposto contra a r. decisão de fl. 183 dos autos principais, proferida pela **MM. Juíza da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que extinguiu a execução em relação às exequentes Kenia Cristina do Lago e Leni Alves Batista de Lima porque entendeu que o título judicial não contempla os servidores inativos e pensionistas, determinando que a execução prossiga em relação aos demais.

As particulares interpuseram o recurso sustentando, em síntese, que eram ativas no período de março e setembro de 2011, motivo pelo qual têm direito aos valores (fls. 01/09).

Não houve pedido de efeitos.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 166/168).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

Compulsando os autos, verifica-se que as agravantes estavam na ativa no Tribunal de Justiça no período compreendido entre março e setembro de 2011.

Deste modo, o título judicial as beneficia.

Isto porque, da leitura do V. Acórdão, é possível extrair que a Ação Civil Pública não foi proposta contra o Instituto de Previdência, motivo pelo qual não poderia beneficiar os aposentados.

Entretanto, os aposentados referidos no julgado são aqueles que já estavam em inatividade entre março e setembro de 2011.

Ora, se o servidor estava na ativa no período em que foi reconhecido o dever de pagar o reajuste, deve receber diretamente da Fazenda Pública, até porque, naquele período, nada recebida da SPPrev.

De outro lado, pouco importa a data da propositura da demanda, até porque foi distribuída a menos de 5 anos do ato ilícito reconhecido judicialmente e, no período contestado, todos eram ativos no Tribunal de Justiça.

Sendo assim, as exequentes possuem título judicial transitado em julgado contra a Fazenda Pública, motivo pelo qual incorreta a extinção da execução contra elas.

Por tais razões, comporta reparo a r. decisão, a fim de determinar o prosseguimento da execução com todos os exequentes.

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

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min. Her-

Acesso ao Sumário

man Benjamin, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2211098-32.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante JUSSARA BARREIRA SONNER, é agravado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.041)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: PROCESSO

Poder geral de cautela – Pandemia – Covid-19 – Vacinação – Terceira dose – Burla – Política pública de imunização – Carteira de vacinação – Retenção – Indisponibilidade de bens – Possibilidade:

– Pode o juiz, com base no poder geral de cautela, tomar as medidas necessárias para a garantia da efetividade processual.

VOTO

RELATÓRIO

Deferida liminar, em ação civil pública, para determinar à ré que entregue no cartório, no prazo de 48 horas, o comprovante de vacinação da dose fabricada pela Janssen, sob pena de multa diária no importe de R$10.000,00; determinada, ainda, a indisponibilidade de valores eventualmente existentes em suas contas bancárias, no importe de R$50.000,00.

Daí o agravo, no qual a ré pede, preliminarmente, que o recurso tramite em segredo de justiça. Após sua primeira imunização com a vacina Coronav realizou exame específico para verificar a sua resposta imunológica, por ter doença crônica, mas verificou inexistir qualquer proteção, buscando uma terceira dose

Acesso ao Sumário

tão somente para resguardar sua saúde, por conhecer pessoas que, mesmo vacinadas, vieram a falecer. É notório que em muitos países já se iniciaram testes de aplicações de uma terceira dose da vacina em razão das eficácias demonstrarem-se reduzidas. Conforme anúncio realizado pelo Ministério da Saúde, e pelo próprio Governo do Estado de São Paulo, pessoas idosas que contam com mais de 60 anos de idade deverão vacinar- se com uma terceira dose, a partir de 6.9.21. Arrependeu-se de sua medida precipitada, mas não cometeu ato ilícito, pois fatalmente acabaria por tomar a terceira dose. O laudo médico demonstra o nível de proteção atual, com anticorpos reagentes no patamar de 98%, de modo que a terceira dose surtiu os efeitos desejados. Nas duas primeiras doses, vacinou-se obedecendo a ordem de grupos prioritários e ordem cronológica. A constrição efetuada em sua conta bancária configura um verdadeiro arresto executivo, que consagra um título judicial antes mesmo da apresentação de defesa. Tal medida na sua essência se demonstra punitiva, uma vez que o seu resultado é de tornar indisponível tal numerário pertencente a Agravante privando-a do seu patrimônio e de valores que possa necessitar. O fundamento da decisão se demonstraria razoável no caso de no mínimo haver indícios cabalmente demonstrados de que em razão de tal demanda estivesse esvaziando o seu patrimônio com fim de evitar o cumprimento de eventual decisão judicial, o que não é o caso. Não há qualquer prova pré-constituída que demonstre o perigo de prejuízo ou risco ao resultado útil do processo. Determinar a entrega de documento inerente à sua vacinação tão somente para fins de servir de "exemplo" para que outras pessoas não se imunizem com a terceira dose é totalmente dissonante ao caráter acautelatório exigível para concessão da liminar. A carteira de vacinação é documento pessoal e intransferível, pois contém dados pertinentes à sua saúde. Sua apreensão e eventual destruição somente resultará no caráter punitivo, que não é o objeto do processo, por se tratar de reparação de danos.

FUNDAMENTOS

1. O juiz deferiu liminar, em ação civil pública, para determinar à ré que entregue no cartório, no prazo de 48 horas o comprovante de vacinação da dose fabricada pela Janssen, sob pena de multa diária no importe de R$10.000,00. Além disso, determinou a indisponibilidade de valores eventualmente existentes em suas contas bancárias, no importe de R$50.000,00, sob os seguintes fundamentos:

"Vistos.

Trata-se de pedido liminar em ação civil pública ajuizada pelo Município de Guarulhos em face de Jussara Barreira Sonner, a fim de que a ré seja compelida a entregar em juízo o comprovante de vacinação da 3º Dose do Imunizante da Janssen, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária. Narra o autor que a ré fraudou o sistema de vacinação municipal e tomou, além de duas doses da vacina contra a COVID-19

Acesso ao Sumário

fabricada pelo Instituto Butantan, em 09/02/2021 e 02/03/2021, a dose única da vacina fabricada pela Janssen em 30/06/2021 e teria narrado nas redes sociais o meio como utilizado para burlar o sistema, demonstrando que tinha pleno conhecimento da ilicitude de sua conduta, a qual, inclusive, não tem respaldo em qualquer orientação dos órgãos sanitários à frente do combate da COVID-19. Alega que a conduta da ré, além de eventuais riscos sanitários à própria saúde, já que desconhecidos os efeitos do cruzamento de diferentes vacinas, retirou a oportunidade de imunização de outra vida.

O Ministério Público opinou pela concessão da liminar a fls. 493/499.

É *de notório conhecimento os esforços empregados pelo poder executivo na administração das vacinas para toda a população, a despeito de todas as dificuldades impostas. Como bem salientou o autor, as pessoas tem esperado ansiosamente pela respectiva vez na fila da imunização, enquanto a autora, já devidamente imunizada como era de seu direito, agiu com tamanho egoísmo, que diga-se, é o mau da humanidade, e burlou o sistema, valendo-se da precariedade do posto de saúde ao qual se dirigiu, para ser imunizada com uma terceira dose, sem que isso fosse recomendado pelos órgãos responsáveis e com o fim, único e exclusivo de beneficiar-se em detrimento da coletividade. Além do mais, a ré sequer é dos autos que a ré sequer é munícipe de Guarulhos.*

Quanto ao pedido liminar, a vacina da fabricante Janssen, terceira dose adquirida pela ré, permite o ingresso em alguns países que fazem restrição às pessoas imunizadas pela Coronavac, fabricada pelo instituto Butatan, daí se infere o benefício individual almejado pela ré que publicou em suas redes sociais que "estaria livre para viajar para onde quisesse".

Sendo assim, considerando a farta documentação acostada com a inicial que demonstra a probabilidade do direito à indenização pelos danos praticados pela ré, bem como o perigo de dano que decorre, a uma, do possível extravio do documento, a duas, que é necessário impedir que a ré tire proveito da malgrada conduta de modo a não "incentivar" igual conduta de outras pessoas pela ausência de punição, DEFIRO a tutela de urgência e determino que a ré entregue no cartório deste juízo, no prazo de 48 horas o comprovante de vacinação da dose fabricada pela Janssen, sob pena de multa diária no importe de R$10.000,00.

Além do mais pelos mesmos fundamentos, acolho a cota do DD. Represente Membro do Ministério Público e com fulcro no poder geral de cautela (art. 139, IV do CPC), determino a indisponibilidade de va-

Acesso ao Sumário

lores eventualmente existentes em contas bancárias da ré no importe de R$50.000,00, correspondente a 10% do valor requerido na inicial, como medida necessária para eficácia de eventual provimento jurisdicional de mérito a ser concedido. Cite-se. Intime-se."

2. É incontroverso que a ora agravante burlou o sistema do SUS, tomando a terceira dose da vacina da Jansenn, em reforço às doses da Coronavac, antes de ela ser implantada no Sistema Nacional de Imunização.

Irrelevante que tenha realizado exame específico para verificar sua resposta imunológica, e que este tenha apontado a ausência de anticorpos contra a Covid, pois é notório que a imunidade não se dá apenas pela presença de anticorpos, havendo também a imunidade celular cujos exames efetuados não são capazes de detectar.

Além disso, a segurança da imunização depende sempre da quantidade de indivíduos vacinados com as doses constantes da bula. Em suma, cada um está protegido somente se a comunidade a que pertence estiver protegida também.

Tais informações estão sempre repetidas nos meios de comunicação e decorrem dos mais recentes estudos científicos realizados em todo o mundo.

Repare-se que a Sociedade Brasileira de Imunizações, em Nota Técnica emitida em 26.3.2021, não recomendou a realização de sorologia para avaliar a resposta imunológica às vacinas para Covid-19:

"Tudo isso vem desencadeando uma grande procura espontânea dos vacinados por testes sorológicos, com o intuito de saber se o indivíduo desenvolveu anticorpos. A complexidade da imunidade pós-vacinal ou mesmo após doença natural, no entanto, não corrobora a realização dos testes, ***pois os resultados não traduzem a situação individual de proteção.***

(...)

Está claro que as vacinas licenciadas pelos diferentes órgãos regulatórios se mostraram eficazes e seguras, apresentando-se como ferramenta eficaz incontestável para redução de formas graves de COVID-19 e óbitos, o que já vem sendo demonstrado em países com processos de vacinação mais adiantados que o Brasil.

Porém, os estudos de avaliação de eficácia vacinal baseados em testes sorológicos têm demonstrado grandes variações em diferentes cenários epidemiológicos frente às diferentes vacinas, complicando ainda mais a interpretação dos resultados de mensuração de anticorpos neutralizantes no cenário de circulação das novas variantes de atenção/preocupação (variants of concern, na sigla em inglês) em vários países ou regiões.

(...)

Acesso ao Sumário

A complexidade que envolve a proteção contra a doença torna desaconselhável a dosagem de anticorpos neutralizantes com o intuito de se estabelecer um correlato de proteção clínica, pois certamente não se avalia a proteção desenvolvida após vacinação apenas por testes laboratoriais "in vitro" através da dosagem de anticorpos neutralizantes[1].

Acrescente-se que a vulnerabilidade do recorrente já foi considerada quando da aplicação das primeiras doses, por integrar grupo prioritário, de modo que nova aplicação de imunizante antes do restante da população redunda em afronta ao princípio da isonomia.

Embora a terceira dose tenha sido recentemente indicada para vacinados com a Coronavac, o procedimento de sua aplicação também é submetido à lista de prioridades.

A conduta da agravante configura ato ilícito, pois desconsidera as políticas públicas de saúde.

Com base no poder de cautela, pode o juiz tomar as medidas necessárias para a garantia da efetividade processual.

Considerando a farta documentação juntada à inicial, e à confissão da conduta irregular, que confere probabilidade do direito à indenização pelos danos morais coletivos, razoável, no caso presente, que se efetive a retenção do comprovante de vacinação na posse da agravante, pois incontroverso que a aplicação da vacina ocorreu em burla à lista de prioridades aprovadas pelo SUS.

Também há fundamento para a indisponibilidade de bens, pois incumbe ao juiz 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 (art.139, inc.IV do Código de Processo Civil).

Além disso, a indisponibilidade de bens não é condicionada à comprovação da efetiva ou iminente dilapidação do patrimônio.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2111422-14.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes IREI INSTITUTO DE RECREAÇÃO E EDUCAÇÃO INFANTIL COSME LTDA-ME e IREI INSTITUTO DE RECREAÇÃO E EDUCAÇÃO INFANTIL COSME LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

1 FONTE: (endereço eletrônico constante no texto original).

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 11.977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 5 de novembro de 2021

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Decisão que indeferiu a antecipação da tutela pela qual as agravantes visavam, a partir do afastamento das normas municipais de isolamento social, à autorização de retomada de algumas atividades escolares infantis presenciais, nos termos preconizados pelo Plano São Paulo, conduzido pelo Estado de São Paulo – Pleito de reforma – Não cabimento – Ausência de hierarquia entre os entes federativos – Observância ao princípio da predominância do interesse local, sob pena de se esvaziar a competência reconhecida aos municípios para disporem, mediante decreto, sobre o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais durante o período de enfrentamento da pandemia – Precedentes do STF – À míngua de clara ilegalidade, não cabe ao Poder Judiciário usurpar a competência do Poder Executivo na implementação de políticas públicas – Impossibilidade de reforma do mérito dos atos normativos municipais – Precedentes deste TJ/SP e desta 3ª Câm. de Dir. Púb. – Probabilidade do direito das agravantes não verificada – Decisão mantida – AGRAVO DE INSTRUMENTO não provido.

VOTO

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto por **IREI - Instituto de Recreação e Educação Infantil Cosme Ltda. (matriz e filial)** (juntas) contra a r. **decisão** (fls. 276/279 dos autos principais) proferida nos autos da **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER**, ajuizada pelas agravantes em face do **Município de São Paulo**, que **indeferiu** o pedido de antecipação de tutela, pelo qual visa-

Acesso ao Sumário

vam as agravantes à autorização de retomada das atividades presenciais, para acolhimento, reforço e recuperação, nos termos autorizados no Plano São Paulo, de maneira opcional, com a devida autorização do responsável legal do aluno, dentro do percentual de alunos permitido e com o devido protocolo sanitário.

Alegam as agravantes no presente recurso (fls. 01/18), em síntese, que a atividade das escolas particulares é essencial nos termos dos decretos estaduais, embora tal fato não tenha sido considerado pelo Município. Defendem que o indeferimento da medida conduz as escolas à falência e ainda prejudica os colaboradores e alunos. Apontam a configuração de discriminação, pois bares, shoppings, cinemas, academias, escolas de idiomas, entre outros, estão autorizados a funcionar. Afirmam que a justificativa do agravado não se baseia em dados epidemiológicos, o que seria necessário, uma vez que a contrariada autorização estadual de retomada tem amplo respaldo científico. Sustentam violação ao direito constitucional de exercício de atividade econômica. Discorrem sobre os impactos negativos das escolas fechadas e sobre a baixa incidência da doença na faixa etária dos alunos, que são considerados como de pouca ou muito pouca contribuição ao contágio populacional. Asseveram que há discriminação entre os próprios estabelecimentos particulares de ensino, já que cursos livres, técnicos e de ensino superior estão autorizados a funcionar.

Com tais argumentos pediram a concessão da antecipação da tutela recursal, para que sejam prontamente autorizadas a retomar, de maneira opcional, as atividades presenciais de apoio emocional, acolhimento, reforço e recuperação, nos termos autorizados pelo Plano São Paulo para que, ao final, seja dado provimento ao presente agravo de instrumento para a reforma da decisão atacada (fls. 17/18).

A antecipação da tutela recursal foi indeferida em segunda instância por este Relator (fls. 289/292).

Dispensada a intimação do agravado, pois este ainda não constituiu advogado nos autos principais[1].

1 PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. INAUDITA ALTERA PARS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTIMAÇÃO PARA O OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES. DESNECESSIDADE. RELAÇÃO PROCESSUAL AINDA NÃO FORMADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. 1. Os acórdãos confrontados por ocasião da alegação de existência de divergência jurisprudencial não guardam similitude fática apta a amparar o provimento do recurso. Enquanto o acórdão recorrido tratou de matéria relativa à concessão de medida cautelar inaudita altera pars nos autos de ação de improbidade administrativa, o aresto colacionado para confronto (REsp nº 1.148.296/SP) cuidou de hipótese na qual já havia sido aperfeiçoada a triangulação jurídico-processual de ação ajuizada com o intuito de discutir a anulação de lançamentos tributários. 2. **Nos casos em que o agravo de instrumento tem por objeto a concessão de medida liminar inaudita altera pars – tal como se verifica no presente recurso –, não existe obrigatoriedade de intimação da parte agravada para apresentar contrarrazões, porquanto a relação processual ainda não formada**. 3. Em sendo possível a concessão de medida cautelar sem a prévia oitiva da parte contrária, não há óbice a que, em sede de agravo de instrumento, seja dado provimento ao recurso para o fim de conceder a medida restritiva, momento a partir do qual a parte prejudicada terá ciência do processo e estará habilitada a praticar os meios processuais

Acesso ao Sumário

O recurso é tempestivo.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Atendidos aos requisitos necessários para conhecimento, como já exposto na análise inicial do presente agravo de instrumento.

A atribuição da "tutela de urgência antecipada", em primeira instância, exige que haja elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, embora modificados os termos, são os conhecidos "fumus boni iuris" e "periculum in mora", que de uma forma mais sintética expressam o que deve ser avaliado neste momento recursal (artigo 300 do Código de Processo Civil).

No caso em tela, os requisitos legais acima referidos não estão presentes, conforme foi decidido naquele Juízo "a quo".

Trata-se de **ação de obrigação de fazer** ajuizada pelas agravantes, que são duas escolas infantis particulares, em face do agravado, visando à autorização para a "retomada das atividades presenciais, para acolhimento, reforço e recuperação, nos termos autorizados no Plano São Paulo, de maneira opcional, com a devida autorização do responsável legal do aluno, dentro do percentual de alunos permitido e com o devido protocolo sanitário".

Para tanto, sustentam as agravantes que o município agravado tem mantido postura mais rígida do que aquela que vem sendo exigida pelo denominado Plano São Paulo, conduzido pelo Estado de São Paulo, que deve prevalecer.

Pois bem. Desde abril de 2020, quando houve inicial estabelecimento jurisprudencial de competências entre entes federativos para fins de adoção de medidas de contenção da pandemia de Covid-19, por meio do tão noticiado julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, pelo Supremo Tribunal Federal, restou decidido que não há hierarquia entre os entes federados, inclusive devendo ser observada a diretriz constitucional de municipalizar os serviços de saúde. "Verbis":

> REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. **COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL**. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a

cabíveis. 4. Agravo interno a que se nega provimento. **(Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 720.582/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018)** (negritei)

Acesso ao Sumário

liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. **O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas**. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, **implementem as políticas públicas essenciais**. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. **A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.** 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, **a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.** 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, **a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.** 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. **(Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, DJe de 12/11/2020)** (negritei)

Acesso ao Sumário

Meses depois, o mesmo E. Supremo Tribunal Federal debruçou-se de forma mais concreta sobre conflitos entre normas restritivas estaduais e municipais.

Analisando seu referido julgado anterior e considerando o princípio da predominância do interesse local, decidiu que a imposição das normas estaduais aos municípios acabaria por esvaziar a competência que fora reconhecida a estes para disporem, mediante decreto, sobre o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais durante o período de enfrentamento da pandemia.

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. **OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NA ADI 6.341 MC** (REDATOR P/ ACÓRDÃO MIN. EDSON FACHIN, TRIBUNAL PLENO, JULGAMENTO EM 15/4/2020) **DIANTE DA IMPOSIÇÃO ABSOLUTA DE REGRAS ESTADUAIS A MUNICÍPIOS**. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A dinâmica estabelecida pelo ato impugnado, ao impor aos municípios, de forma absoluta, as regras da Deliberação nº 17/2020 e da Lei Estadual 13.317/1999 caminha, inevitavelmente, na contramão do federalismo cooperativo, em efetivo prejuízo ao **princípio da predominância do interesse local**, conforme assentei em mais de uma oportunidade em que esta CORTE debateu sobre o federalismo brasileiro, (ADI 901 MC, Relator CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ de 4/2/1994; ADI 5312, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 11/2/2019; ADI 5792, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 4/11/2019; ADI 5833, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 9/9/2019; ADI 5939, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 6/8/2020; ADI 5996, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 30/4/2020), mais especificamente, em meu voto proferido na ADI 6.341 MC (Redator p/ o Acórdão Min. EDSON FACHIN, Pleno, julgamento em 15/4/2020). 2. Nessas circunstâncias, o Tribunal de origem, **ao impor as normas estabelecidas no âmbito estadual aos municípios, acabou por esvaziar a competência própria dos municípios do Estado de Minas Gerais para dispor, mediante decreto, sobre o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais durante o período de enfrentamento da pandemia, ofendendo, por consequência, o decidido por esta CORTE na ADI 6341** (Redator p/ o Acórdão Min. EDSON FACHIN, Pleno, julgamento em 15/4/2020). 3. Recurso de agravo a que se nega provimento. **(Agravo Regimental na Reclamação nº 42.590, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, DJe de 15/12/2020)** (negritei)

Assim, não prospera o argumento de que os decretos estaduais, mais favoráveis à reabertura das escolas, possam se sobrepor às normas municipais mais rígidas.

No que concerne ao mérito das vedações municipais, certo é que, não

Acesso ao Sumário

obstante os judiciosos argumentos das agravantes, há complexa gama de direitos e interesses a serem sopesados a fim de se estabelecer, com base nas prioridades políticas, as medidas e os graus de restrição das atividades desenvolvidas na sociedade, bem como seu ritmo de retomada.

Assim, não deve o Poder Judiciário usurpar a competência do Poder Executivo e reformar o teor das normas editadas no implemento de políticas públicas, ainda que estas eventualmente aparentem alta fragilidade lógica.

Portanto, à míngua de inequívoca ilegalidade, não pode ser alterado o mérito do ato do Poder Executivo.

Analogamente, decidiu recentemente este E. Tribunal de Justiça de São Paulo adotando tais fundamentos:

> TUTELA ANTECIPADA – AÇÃO POPULAR – MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO – Pretensão à determinação ao ente para que apresente, em cinco dias, relatório a respeito das atividades desenvolvidas para a preparação das escolas para a retomada das aulas presenciais – Argumentação que se limita a criticar os dados divulgados e as medidas adotadas pelo Poder Executivo municipal para tentar conter o avanço da disseminação do vírus COVID-19 – **Desnecessidade de aplicação irrestrita e incondicionada dos Decretos Estaduais nº 64.994/20 e 65.061/20 – Autonomia municipal – Entendimento do C. STF no MC na ADI 6341/DF – Ausência de ilegalidade – Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como substituto do Executivo na implementação de políticas públicas** – Recurso não provido. **(TJSP; Agravo de Instrumento nº 2037427-65.2021.8.26.0000; Rel. Des. Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 03/05/2021; Data de Registro: 03/05/2021)** (negritei)

Inclusive, também decidiu nesse sentido recentemente esta C. 3ª Câmara de Direito Público, em caso semelhante envolvendo outra escola de educação infantil:

> **RESTABELECIMENTO DE ATIVIDADES** – NO CASO EM TELA, EMBORA POSSÍVEL CONCLUIR PELA EXISTÊNCIA DO RISCO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA CASO CONCEDIDA APENAS AO FINAL, NÃO SE VISLUMBRA A PRESENÇA DO FUNDAMENTO RELEVANTE, ASSIM ENTENDIDA A FUMAÇA DO BOM DIREITO – Cabe ressaltar que o direito fundamental maior a ser preservado é a vida, o qual, diferentemente daqueles relacionados ao trabalho e livre iniciativa, uma vez perdido, não mais se recupera. **A solução da crise econômica gerada pela pandemia e que realmente afeta duramente a sociedade brasileira (e o mundo todo) não virá do Judiciário, muito menos em liminar.** Nem mesmo para a ora agravante, na medida em que **o simples retorno às aulas não significa, pura e simplesmente, cessação da crise, posto que as medidas de restrição na cidade foram necessárias para estancar o caos nos hospitais** – Recurso improvido. **(TJSP; Agravo**

Acesso ao Sumário

de Instrumento nº 2074120-48.2021.8.26.0000; Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/05/2021; Data de Registro: 05/05/2021) (negritei)

Nesse contexto, mesmo diante da pretensão de retomada de atividades presenciais de acolhimento, reforço e recuperação nos precisos termos do Plano São Paulo, parece, em uma análise perfunctória, que não pode ser contrariada a postura municipal mais rígida do agravado, que obsta a reabertura.

Portanto, ausente a "fumaça do bom direito" ou a "probabilidade do direito" alegado, o que é o bastante para o indeferimento da antecipação da tutela requerida em primeiro grau.

Portanto, deve ser mantida a r. decisão de 1ª instância agravada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente **agravo de instrumento**, para manter a r. **decisão** questionada por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246956-27.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante EDMILSON SOUZA SANTOS, é agravado SECRETÁRIO DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

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 32.750)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 19 de novembro de 2021.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PODER LEGISLATIVO – VEREADOR – FUNÇÃO LEGISLATIVA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO – PEDIDO DE INFORMAÇÕES E CÓPIAS DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS – NEGATIVA

FUNDADA EM SIGILO FISCAL – ATO IMPUGNADO – LIMINAR – INDEFERIMENTO – ADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. Para concessão de liminar em mandado de segurança é necessária a concorrência dos requisitos da relevância da fundamentação e da irreparabilidade do dano (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09).

2. Vereador que pretende obter informações e cópias de procedimentos administrativos em trâmite no Município. Negativa do Secretário da Fazenda ao argumento de que se trata de informações tributárias protegidas pelo sigilo fiscal (art. 198 CTN). Ato que, em princípio, não se mostra flagrantemente ilegal ou abusivo. Ausência de risco de ineficácia da segurança, caso esta venha a ser concedida a final. Liminar indeferida. Admissibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

É agravo de instrumento tempestivo tirado de mandado de segurança e de decisão que indeferiu liminar para obtenção de cópias de procedimentos administrativos em trâmite perante o Município de Guarulhos, assim como resposta aos requerimentos nº 1.850/21 e 2.192/21, aprovados pela Câmara daquele Município.

Inconformado recorre o agravante objetivando a reforma da decisão. Para tanto, sustenta, em síntese, que concorrem os requisitos da liminar, pois nos termos do julgamento do RE nº 865.401 o Colendo STF já se decidiu que os parlamentares podem exercer plenamente seu direito fundamental de exigir informações do Poder Executivo, de interesse pessoal ou coletivo, por meio do instrumento legislativo de requerimento, nos termos do artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal, e da Lei da Transparência, no intuito de verificar o cuidado com a coisa pública, em especial a atuação de funcionários da Administração, como os inspetores fiscais.

Negada a antecipação da tutela recursal, dispensou-se contraminuta por se tratar de decisão que versa sobre tutela de urgência (art. 9º, parágrafo único, II, CPC). Anota-se a ausência de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Merece confirmação a r. decisão agravada, mas por outros fundamentos.

Para concessão de liminar em mandado de segurança é necessário a con-

Acesso ao Sumário

corrência dos requisitos da relevância da fundamentação e da irreparabilidade do dano (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09). Ambos devem existir, sendo insuficiente a ocorrência de apenas um deles.

No caso vertente, em sede de cognição sumária própria dessa fase do procedimento, conquanto relevante a fundamentação invocada, calcada no exercício da função legislativa e sua função de controle e fiscalização dos atos do Poder Executivo (art. 29, XI, CF), inexiste risco de ineficácia da segurança, caso esta venha a ser concedida a final, pois a medida não será inútil à tutela do interesse primário contido na impetração, tendo em vista os efeitos *ex tunc* da sentença e o rito célere e concentrado da ação mandamental.

Como cediço, os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade e veracidade que decorre do princípio da legalidade da Administração (art. 37 CF), elemento informativo de toda a atuação governamental. A consequência dessa presunção – ensina HELY LOPES MEIRELLES – "é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 32ª edição, pág. 138). No mesmo sentido: DIÓGENES GASPARINI (Direito Administrativo, Saraiva, 11ª edição, pág. 74) e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, Atlas, 19ª ed., pág. 208).

Nessas circunstâncias, ausente a demonstração de plano de manifesta ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo impugnado, descabida a concessão de liminar.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2203081-07.2021.8.26.0000, da Comarca de Vargem Grande Paulista, em que é agravante MUNICÍPIO DE VARGEM GRANDE PAULISTA, é agravado ESSENCIAL CONTÁBIL EIRELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.585)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e BURZA NETO.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.
HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Insurgência contra decisão concessiva da liminar – Taxa de Transporte Público de Passageiros – Suspensão da exigibilidade da aludida taxa por aparente ilegalidade – Inteligência do artigo 79 do CTN – Decisão mantida – Precedentes deste E. Tribunal – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de Vargem Grande Paulista** contra a decisão que, nos autos do mandado de segurança impetrado por **Essencial Contábil Eireli**, deferiu a liminar para suspender a exigibilidade do crédito decorrente de taxa de transporte público de passageiros.

A Municipalidade pretende a reforma da r. decisão alegando possível comprometimento de seu planejamento orçamentário, pois o serviço de transporte público não pode ser interrompido. Narra que a taxa em comento é fonte prioritária de receitas do programa "Transporte para Todos" ou "Tarifa Zero" – implementado para solucionar as crises de transporte no Município – e que a exação tem como objetivo desonerar a iniciativa privada dos custos decorrentes da oferta de transporte a seus empregados, através do "vale transporte". Defende que a lei autoriza que o valor seja descontado do empregado – destinatário dos transportes – argumentando que o agravado é beneficiário indireto do programa. Sustenta, ainda, que o julgamento do presente mandado de segurança depende da análise da constitucionalidade da LCM nº 94/2019, a ser submetida ao Tribunal Pleno.

Recurso processado sem a concessão de efeito suspensivo (fls. 281/282).

O agravado não apresentou contraminuta (fls. 284).

É o relatório.

Nos termos do art. 7º, inc. III, da Lei 12.016/09, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido "*quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, quando finalmente deferida*". E no caso, estão presentes os requisitos para concessão da liminar. Senão, vejamos.

A Prefeitura Municipal de Vargem Grande Paulista instituiu em seu território a cobrança de taxa, prevista no artigo 2º da Lei Complementar 94/19 (fls.

Acesso ao Sumário

48/49), para custear o serviço de transporte municipal[1], oferecido gratuitamente aos usuários:

> "Art. 2º - A taxa que trata o artigo 1º incidirá mensalmente sobre toda pessoa jurídica instalada no Município, tendo por base o número de funcionários vinculados as pessoas jurídicas instaladas no Município, com alíquota fixa de R$ 39,20 (trinta e nove reais e vinte centavos) por funcionário".

Consoante se observa, o valor da taxa passou a ser exigido das empresas instaladas no Município, com base no número de funcionários existentes e de acordo com valor fixo por funcionário.

Nos termos do artigo 77 do CTN, as taxas são cobradas em razão do exercício regular do poder de polícia, ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Por sua vez, o artigo 79 do CTN traz as seguintes definições:

> "Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
>
> I - utilizados pelo contribuinte:
>
> a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
>
> b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
>
> II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;
>
> III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários".

Embora o serviço seja específico (pois é possível identificar o sujeito passivo) e divisível (pois é suscetível de individualização pelo contribuinte), a cobrança realizada pela Municipalidade, a princípio, não encontra amparo legal. Isso porque, as pessoas jurídicas sediadas no Município não utilizam dos serviços de transporte, seja efetiva ou potencialmente.

Ademais, sequer a atividade da agravada guarda relação com a referida taxa, pois é empresa que se dedica à prestação de serviços contábeis.

Nesse sentido, os diversos precedentes deste E. Tribunal envolvendo a referida taxa instituída pela Municipalidade de Vargem Grande Paulista:

> "Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva de liminar em Mandado de Segurança – Município de Vargem Grande Paulista – Instituição de taxa, cobrada das pessoas jurídicas sediadas no Município, que visa a subsidiar o transporte público municipal, que passa a ser gratuito a todos os habitantes – Aparente ilegalidade da taxa por violação

Acesso ao Sumário

1 Programa criado pela Lei Municipal nº 1.092 de 2019 que universalizou a oferta gratuita de transporte coletivo na Cidade através de gestão própria. O programa é custeado pelo "Fundo Municipal de Transporte e Trânsito Urbano - FMTU" que tem como principal receita a taxa ora discutida.

a divisibilidade do tributo, já que não é possível a cobrança de taxa de um contribuinte para subsidiar serviço posto a disposição de número indeterminado de usuários – Liminar em mandado de segurança em que suficiente a existência de fundamento relevante, não sendo necessária análise exauriente da questão – Presentes, portanto, indícios relevantes de ilegalidade da cobrança do tributo, possível a concessão de liminar para afastar a obrigatoriedade de pagamento pelo impetrante – Precedentes do Tribunal em casos análogos referentes à mesma taxa – Agravo improvido, mantida a liminar concedida na origem". (Agravo de instrumento nº 2098675-32.2021.8.26.0000, Relatora: Tania Mara Ahualli, Data de Julgamento: 02/09/2021, 15ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/09/2021).

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR. TAXA DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS. LEI QUE ESTABELECE, COMO CONTRIBUINTES, PESSOAS JURÍDICAS SEDIADAS NO MUNICÍPIO. EMPRESA QUE NÃO É BENEFICIÁRIA DIRETA OU POTENCIAL DO SERVIÇO. LIMINAR MANTIDA. RECURSO DO ENTE TRIBUTANTE IMPROVIDO. Cabível liminar em mandado de segurança se taxa instituída pelo Município não observa os requisitos essenciais do tributo contraprestacional e tem, como contribuinte, pessoa jurídica que não usufrui efetiva ou potencialmente do serviço prestado (transporte público coletivo)". (Agravo de instrumento nº 2186015-14.2021.8.26.0000, Relator: BOTTO MUSCARI, Data de Julgamento: 15/09/2021, 18ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/09/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Taxa de Transporte Público de Passageiros – Decisão que deferiu a liminar para suspender a exigibilidade da cobrança – Manutenção do r. decisório – Lei Municipal que institui a cobrança da referida taxa em face de todas as pessoas jurídicas instaladas no município, prevendo alíquota por número de funcionários – Em se tratando de Taxa, o contribuinte da exação é o próprio usuário do serviço diretamente prestado ou colocado à sua disposição (Art. 145, II, da CF e arts. 77 e 79 do CTN) – Empresa impetrante que não faz uso do serviço, tampouco atua no ramo de transporte – Suspensão da exigibilidade que, por ora, fica mantida – Recurso não provido". (Agravo de instrumento nº 2132544-83.2021.8.26.0000, Relatora: Silvana Malandrino Mollo, Data de Julgamento: 27/08/2021, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/08/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Taxa de transporte público de passageiros – Insurgência em face de decisão que concedeu a liminar para suspender a exigibilidade de todo e qualquer crédito tributário decorrente da Taxa de Transporte Público de Passageiros (LCM 94/2019) – Alegação de que a taxa foi instituída, após estudos técnicos, programa denominado "Transporte para todos" (Tarifa zero), que é custeado pelas receitas provenientes do Fundo Municipal

Acesso ao Sumário

de Transporte e Trânsito Urbano - FMTU, prioritariamente, pela taxa de transporte público de passageiros que incidirá mensalmente sobre toda pessoa jurídica instalada no Município, com alíquota fixa de R$ 39,20 por funcionário – Para a instituição de taxa é necessário observar a presença dos requisitos da especificidade e da divisibilidade dos serviços prestados ou postos à disposição do contribuinte, indispensáveis à licitude da composição de seu fato gerador (art. 145, II da CF e artigos 77 e 79 do CTN) – Fato gerador da taxa que, aparentemente, não guarda relação com a atividade desenvolvida pela empresa impetrante – Decisão mantida – Recurso improvido". (Agravo de instrumento nº 2151234-63.2021.8.26.0000, Relator: Rezende Silveira, Data de Julgamento: 31/08/2021, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/08/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória – Insurgência contra decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência para suspender a exigibilidade da taxa de transporte público de passageiros, instituída pela Lei Complementar nº 94/2019 do Município de Vargem Grande Paulista – Cobrança exigida indistintamente de todas as pessoas jurídicas estabelecidas no Município – Autora que, numa análise superficial, não utiliza direta ou potencialmente do serviço tributado – Aparente maltrato ao art. 79, I, do CTN – Precedentes das Câmaras Especializadas em Tributos Municipais – Presença dos elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo – Inteligência do art. 300, do CPC – Decisão mantida – Recurso improvido". (Agravo de instrumento nº 2169068-79.2021.8.26.0000, Relator: Eutálio Porto, Data de Julgamento: 24/09/2021, 15ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/09/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Taxa de Transporte Público de Passageiros – Município de Vargem Grande Paulista – Lei Complementar nº 094, de 11 de dezembro de 2019, a todas as pessoas jurídicas instaladas no município, prevendo a alíquota fixa de R$ 39,20 por funcionário – Liminar deferida pelo d. Magistrado "a quo" – Possibilidade – Considerações doutrinárias acerca dos requisitos aos requisitos da especificidade e divisibilidade – Impetrante que não faz o uso diretamente do serviço, bem ainda atua em ramo completamente diverso – Presença dos requisitos previstos no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009 – Decisão mantida – Recurso desprovido". (Agravo de instrumento nº 2099979-66.2021.8.26.0000, Relator: Burza Neto, Data de Julgamento: 14/06/2021, 18ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/06/2021).

Acesso ao Sumário

Outrossim, destaca-se que a Municipalidade deduziu, perante a E. Presidência desta C. Corte, **pedido de suspensão de liminares nº 2036759-94.2021.8.26.0000** em face do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Vargem Grande Paulista, ocasião em que o Exmo. Presidente deste Tribunal

afastou a existência de lesão de difícil reparação decorrente da suspensão dos créditos:

> "*In casu*, as decisões atacadas suspenderam a exigibilidade de todo e qualquer crédito tributário decorrente da Taxa de Transporte Público de Passageiros (LCM 94/2019).
>
> Entrementes, não há como extrair grave lesão à ordem e à economia públicas pela suspensão de exigibilidade de crédito tributário decorrente da mencionada taxa e que justifique a concessão deste excepcional remédio, que é a suspensão de liminar pela Presidência do Tribunal competente e em substituição ao juízo natural, é dizer, o órgão recursal competente.
>
> Vale considerar que, sob o vértice do periculum in mora, inexistem razões que confiram à decisão potencial a ensejar grave lesão à ordem e à economia públicas. Esse panorama não foi demonstrado, nem mesmo no aspecto puramente financeiro, insuficiente a referência genérica à importância da arrecadação tributária, o que sempre existe, ou mesmo às dificuldades decorrentes da atual pandemia".

Por ora, há razões suficientes para determinar a suspensão dos créditos, pois há aparente ilegalidade na cobrança. Nesse sentido, descabido obrigar a agravada ao recolhimento da taxa para, em caso de procedência da demanda, haver pedido de restituição. Em sentido contrário, caso a segurança seja denegada, a Municipalidade poderá realizar a cobrança normalmente, sem prejuízo.

Desta feita, tendo em vista que há mera análise de legalidade da cobrança, caberá à Municipalidade pleitear observância à Súmula Vinculante nº 10[2] caso haja declaração de inconstitucionalidade da referida lei.

Correta, portanto, a concessão da medida nos termos da decisão agravada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2167965-37.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCELO RODRIGUES VIEIRA, é agravado RICARDO GUIMARÃES UHL.

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

2 Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 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.

integra este acórdão. **(Voto nº 38.932)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Nomeação de bens à penhora (imóvel penhorado em demanda diversa além da incidência de dívida por tributo em atraso) – Recusa do exequente – Admissibilidade.

A indicação de bens à penhora deve observar, além da concordância da exequente, a ordem legal e a efetiva liquidez de sua alienação, cujos aspectos decorrem de lei.

Decisão mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Marcelo Rodrigues Vieira interpôs agravo de instrumento contra r. decisão do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública no cumprimento provisório de sentença que lhe promove Ricardo Guimarães Uhl, que deferiu penhora de bem imóvel indicado pelo exequente, ora agravado, uma vez que naquele bem indicado pelo devedor já incide constrição judicial. Aduz razões para a reforma, pedindo a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso.

A **liminar** foi indeferida (fls. 344/345).

Contraminuta (fls. 351/355).

É o relatório.

Trata-se na origem de cumprimento provisório de sentença referente a honorários de sucumbência no valor de R$ 104.770,12, atualizado até dezembro de 2020, quantia esta fixada após acolhimento da impugnação oposta pelo agravante (fls. 140/141).

Na sequência, não havendo pagamento voluntário, houve deferimento do pedido de penhora *on line* pelo sistema BacenJud do valor atualizado (R$ 125.724,14) para maio/2021 (fls. 154), com resposta negativa (fls. 155/156), sobrevindo nomeação à penhora pelo executado/agravante do imóvel matrícula 181.701, arrematado nos autos n. 0013622-12.2001.8.26.0100, ao qual apontou

Acesso ao Sumário

estar avaliado em R$ 300.000,00 e não registrado no CRI (fls. 159/160).

O exequente/agravado manifestou-se às fls. 168/169, discordando da nomeação e acolhido pelo Juízo, decisão contra a qual ora se recorre.

Alega o recorrente que a penhora do imóvel localizado na Avenida Jaguaré, 247, bloco I, apto. 151, Butantã - SP, correspondente a matrícula 181.706 do 18º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, afronta ao princípio da menor onerosidade para o devedor, uma vez que o valor do imóvel por ele indicado, em que pese já incidir constrição proveniente de processo que tramita perante a 5ª Vara Cível do Foro Regional XI (autos n. 0006236-37.2020.8.26.0011) e débitos de IPTU discutidos em ação própria, é suficiente para satisfazer os créditos em ambas a demanda.

Razão não assiste ao agravante.

O disposto no § 2º do art. 829, do CPC, determina que a penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente e somente será direcionada àquele apontado pelo executado se comprovado que a constrição lhe será menos onerosa e não causará prejuízo ao exequente, o que não ficou comprovado no presente caso.

Conforme se verifica do documento às fls. 173, o agravante arrematou quatro imóveis em hasta pública levada a efeito nos autos n. 0013622-12.2001.8.26.0100 que tramitou perante a 25ª Vara Cível Central (matrículas 181.701, 7.421, 181.706 e 181.704 do 18º CRI), sendo que aquele por ele indicado já se encontra penhorado nos autos de cumprimento de sentença da ação de indenização por dano material (proc. 0006236-37.2020.8.26.0011 – 5ª Vara Cível F. R. XI – fls. 178) e possuir débito junto à Prefeitura referente ao IPTU dos exercícios de 2001 a 2019 (fls. 314/317).

Com efeito, o sustentado pelo agravante sobre a configuração de excesso de penhora não pode ser acolhido, vez que "*A redução na penhora, por excesso, em regra é possível tão somente após a avaliação dos bens (STJ-3ª TY., AI 679.334-AgRg, Min. Paulo Furtado, j. 14.4.09, DJ 12.5.09)*", conforme anota Theotonio Negrão (Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 47ª edição, nota 1 ao art. 874) e a avaliação foi determinada na decisão que deferiu a constrição sobre o imóvel indicado pelo exequente, de modo que tal alegação é descabida, ressaltando que os valores apontados às fls. 303/309 foram produzidos nos autos que tramitam perante a 5ª Vara Cível de Pinheiros e que não constam homologados pelo Juízo.

Ademais, o art. 847, do CPC, estabelece que "*O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente"*, anotando-se que "É legítima a recusa do exequente à substituição do bem sobre o qual já recaiam outras penhoras (RT 839/407)".

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, recente julgado deste Tribunal:

"*Agravo de Instrumento – Decisão que indeferiu a substituição do imóvel penhorado – Nos termos do artigo 847 do CPC, "O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente". Não há, excepcionalidade que justifique a substituição do imóvel penhorado, por outro que sequer está em nome da devedora, mesmo porque foi indicado pela própria executada e já se encontra devidamente registrada a constrição. Assim, a substituição da penhora está diretamente vinculada à demonstração, pela parte devedora de que a nova constrição, além de lhe ser menos onerosa, não diminui a efetividade do feito executivo, o que não é a hipótese dos autos – Decisão Mantida – Agravo Desprovido*" (Agravo de Instrumento nº 2210312-85.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, 15ª Câm. Direito Privado, j. 05.11.2021).

Relevante ainda registrar que o Novo Código de Processo Civil prevê expressamente a questão no tocante à valoração do bem penhorado, sendo expresso que "*Será admitida a redução ou a ampliação da penhora, bem como sua transferência para outros bens, se, no curso do processo, o valor de mercado dos bens penhorados sofrer alteração significativa*" (art. 850).

Destarte, em que pese a irresignação do recorrente, o certo é que a decisão do MM. Juiz *a quo* não denota qualquer infringência à norma prevista no art. 805, do CPC.

Dessa forma, consolidada a jurisprudência no sentido de que a execução é realizada no interesse do credor, não se configura a alegada ofensa ao princípio da menor onerosidade.

Muito embora o artigo 805, do Código de Processo Civil disponha que a execução far-se-á de forma menos gravosa para o devedor, jamais poderá sê-lo em prejuízo aos interesses do credor, o que dá ensejo inclusive a possibilidade de recusa à oferta de bens indicados em garantia, se forem de difícil comercialização.

Nesse sentido, o decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*O princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) pode, em determinadas situações específicas, ser invocado para relativizar o rigorismo da ordem legal da nomeação dos bens à penhora estabelecida no artigo 655 do Código de Processo Civil, amoldando-se às peculiaridades do caso concreto, conforme assentado em já antiga jurisprudência do STJ.*

Todavia, tal princípio não tem força para comprometer a gradação legal, que, salvo situações justificadas e que não provoquem prejuízo à efetividade da execução, deve ser observada." (AgRg nos EDcl no Ag 1000824/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJE 17/06/2009). (g.n.)

Assim, pertinente a r. conclusão monocrática, motivo pelo qual fica mantida por seus próprios e jurídicos, ficando prequestionados os dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3005568-14.2021.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada JOSÉ VALENTIM LACAVA.

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 24.932)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e KLEBER LEYSER DE AQUINO.

São Paulo, 23 de novembro de 2021.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO MÉDICO.

O art. 196, da CF, é norma de eficácia imediata, independendo, pois, de qualquer normatização infraconstitucional para legitimar o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos ou tratamentos.

Prevalece nesta Câmara o entendimento de que a negativa ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos fere o direito subjetivo material à saúde.

MULTA DIÁRIA.

Cabível a cominação de multa diária como forma de impulsionar o poder público no cumprimento das medidas judiciais a ele impostas.

Também não é o caso exclusão da multa diária, em razão de sua natureza coercitiva, justamente para incentivar o cumprimento da ordem judicial. Multa que

foi fixada em patamar adequado ao fim almejado, não comportando redução.

Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão que proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, que deferiu em parte pedido de tutela de urgência, para o fim de determinar ao Estado-réu providenciasse a submissão do autor, ora agravado, ao procedimento cirúrgico divisado.

Aduz o agravante, em síntese, inexistência de probabilidade do direto da parte agravada, que os Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência estão disciplinados na Portaria GM 2048, de 5 de novembro de 2002, por meio da qual o Ministério da Saúde define Regulação Médica como a ordenação do acesso aos serviços de saúde que participam do SUS. Assevera, ainda, a desnecessidade da imposição de multa cominatória, eis que o ente público não se nega a cumprir a decisão judicial. Pugna pela concessão de efeito suspensivo, bem como pelo provimento do recurso, para que a decisão liminar seja inteiramente revogada ou, subsidiariamente, que a multa diária seja revogada ou reduzido o seu valor.

Processado sem efeito suspensivo (fls. 20 /26), o recurso não foi respondido (cf. certidão fls. 31).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Insurge- se o agravante face a seguinte decisão:

"O caso em comento, mesmo para pedido de tutela de urgência, é de difícil desfecho.

Isso porque o direito à saúde, erigido constitucionalmente, assiste a todos, e não somente àqueles que ingressam no Poder Judiciário. De rigor esta assertiva porque, contando, esta urbe, com quase duzentos mil habitantes, e não dispondo de nosocômio apto à realização da cirurgia da qual necessita o autor (cirurgia ocular de alta complexidade), por certo que há se observar eventual fila de espera para a realização do procedimento cirúrgico.

Deixar com que o paciente, que veio até o Poder Judiciário, passe na frente de todos os demais pacientes, que aguardam na fila, é violar, de maneira flagrante, o princípio da isonomia, outrossim de jaez constitucional, mormente porque e esse é um dado fático que nenhuma argumentação jurídica tem o condão de sobrepor os recursos materiais, humanos e instrumentais, são limitados, diante da própria limitação orçamentária estatal, frente às necessidades da população.

Em sendo assim, é apenas em casos extremos, de comprovado iminen-

Acesso ao Sumário

te risco de piora grave do estado de saúde da parte autora, que há, o Poder Judiciário, de impor, ao Poder Executivo, a obrigação de realizar a cirurgia de determinado paciente, em detrimento do direito de vários outros que estejam aguardando pela mesma cirurgia, e que, inclusive, possam encontra- se em situação mais grave do que aquele que ingressou no Poder Judiciário.

Aliado a isso deve haver prova robusta de extraordinária demora do Poder Público, quanto ao atendimento do paciente, não sendo qualquer a demora passível de se configurar em ato ilegal, e, por conseguinte, comprobatório da probabilidade do direito invocado.

Dos documentos acostados aos autos, em especial a prescrição médica de p. 21 e o relatório de p. 33, verifico que a situação do autor é sim de urgência, pois contam com a informação de que o paciente foi diagnosticado com tumor cerebral, e que em decorrência da evolução da doença há perda visual progressiva com comprometimento do campo visual, sendo que o atraso ou demora no tratamento cirúrgico poderá causar consequências irreversíveis na visão do autor, e outrossim danos neurológicos, o que justifica a realização da cirurgia em caráter de urgência. Observo, em subsídio, que há, no caso em comento, certa demora no atendimento do autor uma vez que ao menos desde dezembro de 2020 o autor foi encaminhado para tratamento no centro especializado, mas não há previsão de quando a cirurgia será realizada. Assim sendo, porquanto preenchidos os pressupostos erigidos no artigo 300 do CPC, DEFIRO EM PARTE o pedido de tutela de urgência, para o fim de determinar ao Estado-réu, que atua nos casos de alta complexidade, que providencie a submissão do autor ao procedimento cirúrgico divisado, em qualquer hospital da rede pública ou particular, no prazo de vinte dias, salvo se sobrevier recomendação médica pela não realização da cirurgia, sob pena de multa cominatória diária no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a incidir, ao menos de proêmio, por trinta dias. Evidente, fica refutada a pretensão, porquanto sem estofo legal, de obrigar os entes da Federação a custear o procedimento com o médico indicado pela parte".

Pois bem.

Consigne-se que a pretensão ao fornecimento de remédio, insumos, realização de determinado exame ou aparelho necessário à saúde, por força do artigo 196 da Constituição Federal, é uma obrigação de natureza solidária, podendo ser dirigida em face da União, Estado ou Município porque a indisponibilidade do direito à saúde já foi reconhecida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (RESP 662033/RS). Derruba por terra, assim, qualquer alegação de ilegitimidade passiva:

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEI N. 8.080/90. PRECEDENTES.

Acesso ao Sumário

1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356 do STF quando a matéria suscitada no recurso especial não foi debatida no acórdão recorrido e nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração.

2. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido."

(Resp. 772.264-RJ – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 09/05/2006).

Com efeito, o direito à saúde faz parte dos denominados direitos sociais, direitos de segunda geração que se apresentam como prestações positivas a serem implementadas pelo chamado Estado Social de Direito. Tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, também, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CR de 1988).

Enquanto direito fundamental que é, o direito à saúde tem aplicação imediata, conforme o art. 5º, § 1º, da Constituição da República, não sendo o caso de não abrangência jurídica ou exigência moral.

Além disso, a doutrina há tempos aponta duas vertentes para os direitos sociais, principalmente no que tange ao direito à saúde: (a) natureza negativa: o Estado ou terceiros devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; (b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.

É justamente na natureza positiva do direito à saúde que se insere o pedido liminar ao fornecimento de medicamentos para tratamento médico ao qual a impetrante não possui condições financeiras para arcar. Existe, sim, obrigação do Estado de implementar referido direito e de fornecer medicamentos e tratamento médico adequado à população.

Acesso ao Sumário

Saliente-se que a pretensão ao fornecimento de remédio, realizar determinado exame ou fornecer aparelho necessário à saúde pode ser dirigida em face da União, Estado ou Município porque a indisponibilidade do direito à saúde já foi reconhecida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (RESP 662033/RS).

Há nos autos prova documental de que o autor agravado necessita da cirurgia pleiteada, tendo o médico que o assiste receitado o tratamento em questão. Tudo isto está atestado pelo receituário médico que consta nos autos e, por serem provenientes de profissional médico regularmente habilitado, presumem-se idôneos as prescrições e os tratamentos indicados.

Portanto, tendo por base o receituário proveniente de profissional médico

regularmente habilitado, observe-se que não cabe ao Poder Público decidir qual medicamento é o mais indicado ao tratamento da parte autora, bem como sua pertinência ou possíveis substituições por outros produtos da rede pública.

Já no tocante a imposição de multa diária, a Jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores é no sentido de sua admissibilidade contra a Fazenda Pública na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer, nos termos do artigo 497 do Novo Código de Processo Civil (art. 461 do Código revogado):

> "As astreintes podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público, que ficará obrigada a suportá-la caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado (STJ-RF 370/297: 6ª T. REsp 201.378). No mesmo sentido: STJ-5ª T., REsp 267.446-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 3.10.00, deram provimento, v.u., DJU 23.10.00, p. 174: STJ-1ª T., REsp 690.483-AgRg, rel. Min. José Delgado, j. 19.4.05, negaram provimento, v.u., DJU 6.6.05, p. 208: STJ 2ª T., REsp 810.017, rel. Min. Peçanha Martins, j. 7.3.06, deram provimento, v.u., DJU 11.4.06, p. 248: RT 808/253, 855/255 (cfe. Nota 7b do art. 461 do CPC e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 40ª ed., pág. 560/561).
>
> Confira-se, ainda:
>
> "ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE MULTA PELO NÃO-CUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. 1. Revela-se possível a imposição de multa cominatória (astreintes), de ofício ou a requerimento da parte, com o objetivo de assegurar o adimplemento da obrigação de fazer da Fazenda Pública, consistente no fornecimento de medicamentos. Precedentes. 2. Recurso especial a que se dá provimento" (REsp 788558/RS, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias, julgado em 11.03.2008, publicado em 31.03.2008).
>
> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO LIMINAR DETERMINANDO A REALIZAÇÃO DE EXAME. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. ASTREINTES FIXADAS EM R$ 2.000,00. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO" (AREsp 335.859/AP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 05.9.2013).

Portanto, entendendo perfeitamente cabível a fixação da multa diária, conforme ficou assentado no Agravo de Instrumento 0120249-29.2013.8.26.0000, de Mogi das Cruzes, j. 24.07.2013, Rel. a Desª. ISABEL COGAN, que adoto como parte da razão de decidir.

> "Essa multa objetiva apenas a garantia de cumprimento da decisão judicial e foi fixada em patamar adequado ao fim almejado, para resguardar o direito à saúde.
>
> Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"...Por derradeiro, cabíveis as chamadas "astreintes" contra o Poder Público, em inexistindo proibição legal no pertinente e sendo esse mecanismo próprio da ação de obrigação de fazer, como na espécie. Os arts. 461, § 4º, e 644 do CPC não fazem distinção entre devedor público ou particular. (Apelação nº 0002704-84.2010.8.26.0438, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ivan Sartori, j. em 09.05.12)."

Por fim, considerando-se que se põe em risco o bem da vida com o descumprimento da ordem judicial, e de que o valor total só foi alcançado devido a demora da Fazenda no cumprimento, não comporta redução o valor da multa diária, tendo em vista, de que a sanção pecuniária foi razoavelmente quantificada, assim como a mesma foi arbitrada visando a obtenção do efeito coercitivo, de modo que, se houver a redução do valor, a medida se torna inócua por não atingir a sua finalidade ínsita.

Nestes termos, nego provimento ao presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0080955-77.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é agravado JOAQUIM ALBINO DO NASCIMENTO FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.576)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Acidente do Trabalho – Execução – Diferenças de precatório – Conta inicial elaborada em novembro de 1997 – Precatório expedido em julho de 2004 – Depósito efetuado em agosto de 2005 – Índice de correção **– Jurisprudência da época – Continuidade do IGP-DI até a data da inscrição e, somente após, IPCA-E – Recurso improvido.**

Acidente o Trabalho – Execução – Diferenças de pre-

catório – Homologação de quantia superior àquela exigida pelo próprio credor – Inadmissibilidade – Recurso provido nessa parte.

Dou parcial provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO.

Agravo de instrumento contra r. decisão xerocopiada à fl. 39 que homologou cálculo de diferenças de precatório elaborado pelo contador judicial, no valor de R$ 58.989,95.

O agravante, preliminarmente, sustenta a inexistência de preclusão da matéria ora impugnada, eis que mero despacho fixando parâmetros para elaboração da conta não configura hipótese de decisão recorrível. Em seguida, alega que a atualização do precatório deve ser feita com a aplicação da UFIR até sua extinção e, após, IPCA-E. Requer, assim, seja afastado o cálculo elaborado pela contadoria judicial, inclusive por apresentar valor superior ao do autor. Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, total provimento do recurso (fls. 01/14).

Recurso tempestivo (fl. 39vº).

Proferido acórdão por esta c. Câmara (fls. 54/62), os autos retornaram ao Tribunal de Justiça para novo pronunciamento, tendo em vista decisão em recurso extraordinário (fls. 128/130).

Pelo despacho de fls. 136/137, foi conferido efeito suspensivo ao recurso.

Sem contrarrazões (cert. fl. 141).

FUNDAMENTO E DECIDO.

Cuida-se de ação acidentária em fase de execução, na qual já houve depósito de valores inscritos em precatório.

O exequente alegou a existência de saldo remanescente.

O INSS defende a utilização da UFIR/IPCA-E na atualização do montante inscrito em precatório.

Contudo, sem razão.

A execução teve início com um demonstrativo elaborado pelo exequente, no mês de novembro de 1997 e o precatório foi expedido somente em julho de 2004 (fl. 28), pago em agosto de 2005 (fl. 31).

Nesse sentido, julgamento proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0068479-41.2006 (antigo nº 586595.5/7-00), de Relatoria do Exmo. Des. Oswaldo Cecara, em 13.03.2007:

"EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO – EXECUÇÃO – CÁLCULO DE DIFERENÇAS – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – UFIR – INAPLICABI-

LIDADE – IGP-DI ATÉ A INSCRIÇÃO DO PRECATÓRIO – APÓS, IPCA -E – LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS.

(...)

Por outro lado, esta Câmara tem decidido que, para atualização do precatório, adota-se o IGP-DI, desde a data da conta da liquidação até a inscrição do mesmo e, a partir daí, inicia-se um novo procedimento, aplicando-se o IPCA-E, conforme a Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 23 da Lei nº 10.266/01; art. 25 da Lei nº 10.524/02; art. 23 da Lei nº 10.707/03 e art. 25 da Lei nº 10.934/04).”

Por outro lado, verifico que a conta elaborada pelo contador judicial resultou em saldo remanescente de R$ 58.989,95 (fl. 36), enquanto o cálculo anteriormente apresentado pelo autor totaliza R$ 7.215,17 (fls. 32/33).

Sabido que, em fase de liquidação, com exceção à ocorrência de erro material ou ofensa à coisa julgada, se mostra inadmissível agravar a situação do devedor.

Assim, no caso dos autos, de se observar a quantia originalmente exigida pelo credor, no tocante a diferenças de precatório, de R$ 7.215,17.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201187- 93.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO - COHAB/SP, é agravado FRANCISCO DA CONCEIÇÃO SOUZA.

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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.184)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente) e OSVALDO MAGALHÃES.

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer. Pretensão de anular o incidente de cumprimento de sentença, sob argumento de que não

teria sido formalmente instaurado. Rejeição. Anulação que, nesse caso, constituiria formalismo exagerado, restritivo da garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e comprometedor do objetivo maior da atividade jurisdicional. Multa mantida, ante a recalcitrância da agravante em dar cumprimento à ordem judicial. Entrega do imóvel em condições de acessibilidade. Obrigação que não consta do título judicial. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO (COHAB) contra r. decisão que, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move FRANCISCO DA CONCEIÇÃO SOUZA (a) **aplicou multa diária de R$ 200,00** (limitada ao montante de uma OPV), em razão de **descumprimento de ordem judicial**; e (b) concedeu novo prazo de 30 dias para que a agravante **comprove a obrigação de fazer** (oferecimento de uma unidade habitacional em favor do agravado), **sob pena de nova multa diária**, desta vez de R$ 500,00 (também limitada ao valor máximo de 1 OPV).

Busca a agravante a reforma da decisão, argumentando (i) que **não foi instaurado procedimento próprio para o cumprimento da sentença;** (ii) que a COHAB ofertou o imóvel, tal como restou determinado pelo v. acórdão transitado em julgado; (iii) que a decisão transitada em julgado não determinou que referido imóvel fosse oferecido **em plena condição de acessibilidade**; (iv) e que a imputação de multa, sem ao menos iniciar o cumprimento de sentença, além da insegurança gerada, afronta a legislação em vigor.

Deferida em parte a antecipação da tutela recursal, o agravado apresentou resposta, seguindo-se parecer da douta Procuradoria de Justiça opinando pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A decisão da presente **ação de obrigação de fazer** transitou em julgado em 19/03/2019.

Baixados os autos à origem as partes foram intimadas para darem prosseguimento ao feito (fls. 277), e nessa fase a própria agravante, em petição datada de 24/05/2019, **ofertou imóvel ao agravado**, a fim de cumprir o julgado. (fls. 308).

Ocorre que referido imóvel **não foi aceito em razão de entraves burocráticos** apresentados pela própria agravante, o que, inclusive, já motivou a aplicação de multa em decisão anterior, dada a demora da agravante em cumprir

compromisso por ela mesma assumido.

Assim, anular tudo o que já foi feito nestes autos, **depois de dois anos**, ao argumento de que não teria sido instaurado formalmente incidente próprio para o cumprimento da obrigação **constituiria solução injusta** e **contrária à orientação do CPC**[1], ou seja, não poderia ser entendida de outra forma senão como **formalismo exagerado**, restritivo da garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e **comprometedor do objetivo maior da atividade jurisdicional**.

De fato, se o novo Código de Processo Civil é destacado pelo objetivo de tornar o processo mais célere e de dar maior liberdade às partes, com enfoque nos princípios da **eficiência**, **primazia da decisão de mérito** e **efetividade do processo** (REsp nº 1.773.776/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/11/2018), seria, no mínimo, **contraditório** interpretar seus dispositivos exatamente para extrair uma conclusão inversa, **como essa proposta pela agravante**, que prestigia o apego à forma em detrimento do exame do direito material.

Conforme já decidiu aquela Corte de Justiça, "**no desiderato de melhor atender aos comandos da lei e permitir o equilíbrio na análise do direito material em litígio, autoriza-se a aplicação da melhor interpretação possível dos comandos processuais, com a primazia da instrumentalidade das formas e do acesso à Justiça em detrimento ao formalismo exagerado**" (AgRg no Ag 1.249.816/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/09/2010).

Dessa forma, **a multa diária fica mantida**, pois busca conferir efetividade ao processo e garantir a autoridade da decisão transitada julgada, diante da recalcitrância da agravante em atender ao comando judicial.

No que diz respeito a entrega de uma unidade habitacional **em condições de acessibilidade**, a decisão agravada comporta reforma, pois o título judicial não autoriza a exigência dessa obrigação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento em parte ao recurso** apenas determinar que o imóvel a ser entregue ao agravado não precisa ter condições de acessibilidade, e sim de habitabilidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2242971-50.2021.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante IRMANDADE DA SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS, é agravada CLÁUDIA OLIVEIRA MENDES RIBEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito

1 Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.306)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

SILVIA MEIRELLES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação indenizatória – Cumprimento de sentença – Indicação de bem imóvel à penhora – Cabimento – Forma menos onerosa à executada, que se trata de pessoa jurídica sem fins lucrativos – Observância ao art. 805 do NCPC – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão de fls. 84/87, dos autos principais, em relação ao capítulo que rejeitou o pedido de suspensão da execução por recusa da exequente e em razão do bem oferecido em penhora (imóvel) não seguir o rol de preferência do artigo 835 do CPC.

Sustenta a agravante, em síntese, que a execução deve correr na forma menos gravosa para o executado, nos termos do artigo 805 do NCPC. Aduz que é instituição filantrópica, sem fins lucrativos, sendo um hospital de referência em alta complexidade e em urgências na região metropolitana da Baixada Santista, além de ser referência terciária para os Municípios do Vale do Ribeira e do Litoral Norte do Estado de São Paulo. No entanto, a penhora de numerários poderá impedir a prestação dos serviços de saúde à população de tais localidades, ainda mais se considerando que a sua situação financeira, que já não era boa, foi agravada pela pandemia do COVID-19.

Assim, requer a reforma da r. decisão, com o deferimento da penhora do bem imóvel ofertado como garantia à execução, em atenção ao princípio da menor onerosidade ao executado.

O efeito ativo foi concedido a fls. 193/195.

Não foi apresentada contraminuta (fls. 198).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, verifica-se que a ordem de penhora indicada no artigo 835 do NCPC não é absoluta, devendo ser conjugada com o que dispõe o artigo 805

Acesso ao Sumário

do mesmo diploma legal, o qual estabelece que, "*quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado*."

No caso, por se tratar a agravante de entidade sem fins lucrativos, que presta relevantes serviços de saúde, cuja atuação é de suma importância à população local, pode haver prejuízo relevante, e talvez irreversível, acaso sejam penhorados seus numerários, mormente em razão do agravamento de sua situação financeira em decorrência da pandemia causada pelo covid-19.

Desse modo, não se mostra escorreito prosseguir-se com a execução por meio de penhora de numerários da entidade, o que pode inviabilizar a continuidade da prestação de seu serviço essencial, ainda mais considerando que o juízo encontra-se garantido por meio do imóvel por ela indicado.

Destarte, a reforma da r. decisão agravada se impõe neste caso.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do NCPC (STJ. EDcl no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 - Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2259770-71.2021.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é agravante RUMO MALHA PAULISTA S/A, é agravado ATEMIR CAETANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.322)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 2 de dezembro de 2021.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Possessória Liminar indeferida – Fortes indícios de invasão parcial de bem público, consistente em faixa de domínio de ferrovia – Relação que se estabelece entre o particular e a área pública que não configura posse, mas mera detenção – Presença dos requisitos para a liminar em reintegração de posse – Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Rumo Malha Paulista S/A** contra decisão interlocutória do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Catanduva (fls. 254/256 do processo digital de primeiro grau), em demanda possessória ajuizada em face de **Atemir Caetano.** O recurso é tirado de decisão que indeferiu liminar de reintegração de posse.

A agravante pretende a reforma da decisão agravada, alegando, em síntese: **(a)** estão presentes os requisitos da liminar em reintegração de posse; **(b)** o agravado ocupa indevidamente faixa de domínio de ferrovia; **(c)** a relação que se estabelece entre o particular e o bem público é de mera detenção, não protegida pela posse.

Deferida a antecipação da tutela recursal, foram dispensadas as informações e resposta ao recurso.

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A decisão agravada comporta reparo.

Trata-se, na origem, de demanda possessória, relativa à faixa de domínio de ferrovia, cuja liminar foi indeferida.

Ocorre que a própria decisão recorrida reconhece que há construção próxima à ferrovia (fls. 254/256 do processo digital de primeiro grau). E, neste contexto, há relatório de fiscalização da agravante, no qual se identifica a área invadida (construção a 18 m da linha férrea), a área de faixa de domínio, suas metragens (20 m de cada lado da linha férrea), bem como a data, relativamente recente (5.7.2021), da ciência da indevida ocupação de bem público (fls. 234/246 do processo digital de primeiro grau).

Assim, há fortes indícios de que o imóvel em questão é público, consistente em trecho de faixa de domínio de ferrovia.

Neste contexto, não é demais destacar que, em se tratando de imóvel público, a relação jurídica estabelecida entre o particular e o bem não se qualifica como posse na acepção jurídica do termo, mas se cuida de mera detenção que

Acesso ao Sumário

não autoriza a defesa via interditos contra o Poder Público. Por isso, comprovado o domínio público e o esbulho possessório, é de rigor a concessão de liminar ao ente público.

Nesse aspecto, "*configurada a ocupação indevida de bem público, não há falar em posse, mas em mera detenção, de natureza precária, o que afasta o direito de retenção por benfeitorias*" (REsp 699.374/DF, rel. **Min. Carlos Alberto Menezes Direito**, Terceira Turma, j. 22/03/2007).

Nesse sentido, já decidiu esta C. Câmara:

> *"Agravo de Instrumento – Liminar em reintegração de posse – Bem público – Possibilidade. O bem público não propicia ao detentor particular legitimidade para se sustentar na posse. É admissível, mesmo em posse de mais de ano e dia, o deferimento liminar de reintegração da mesma ao Poder Público, já que tal bem não é passível de apropriação privada. Recurso negado"* (AI nº 385.505-5/2-00, rel. **Des. Danilo Panizza**, j. 16/11.2004);
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – AUTORIZAÇÃO DE USO – TERMO DESCUMPRIDO – PRECARIEDADE DA OCUPAÇÃO – NEGATIVA DE RESTITUIÇÃO QUE CONFIGURA O ESBULHO POSSESSÓRIO – LIMINAR CONCEDIDA – ADMISSIBILIDADE. Quando se trata de bem público, irrelevante a posse datar de mais de ano e dia para efeito de reintegração liminar, porque surge apenas direito de detenção e a permissão de uso constitui ato unilateral, discricionário e precário. Decisão mantida. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO MANTIDA"* (AI nº 0317833-12.2010.8.26.0000/990.10.317833-5, rel. **Desª. Regina Capistrano**, j. 22/03/2011).

Assim, havendo imóvel público e resistência à sua desocupação pelo particular, é o que basta para ser de rigor a reintegração de posse ao ente público.

No mais, ainda que não seja caso de liminar em possessória, pode ser deferida a simples tutela provisória de urgência, pois é sabido que é possível a antecipação dos efeitos da tutela mesmo em ações de força velha (Rev. Jurídica 286/99, referida por THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 38ª ed., Rio de Janeiro: forense, 2007, p. 113). Aliás, já decidiu o C. STJ que "*em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto*" (REsp 201219/ES, rel. **Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira**, Quarta Turma, j. 25/06/2002).

Acesso ao Sumário

Por fim, não se olvide do caráter dúplice das ações possessórias, assim como da fungibilidade entre os interditos possessórios, de modo que, por qualquer ângulo que se analise a questão, a pretensão recursal mostra-se viável.

Deste modo, o caso é de concessão da liminar de reintegração de posse.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2202791-89.2021.8.26.0000, da Comarca de Origem do Processo Não informado, em que é agravante LORENA OLIVEIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado DIRETORA DA ESCOLA ESTADUAL "PROFESSORA HUGO GAMBETTI".

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), KLEBER LEYSER DE AQUINO e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de dezembro de 2021.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Licença-maternidade. Servidora contratada em caráter temporário. Deferimento do pedido para extensão do período do benefício para 180 dias. Possibilidade. Observância ao princípio da isonomia. Precedentes desta Corte. Decisão atacada reformada. Recurso provido, portanto.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (folhas 1 a 9) interposto por *Lorena Oliveira dos Santos* à decisão (folhas 27 a 29) pela qual, a propósito de mandado de segurança cuja ação fora promovida contra ato praticado pela *Diretora da Escola Estadual "Professor Hugo Gambetti*" e pela *Dirigente da Diretoria de Ensino da Região de Lins/SP*, indeferido o provimento liminar objetivado por essa impetrante a fim que se lhe conferisse licença-gestante pelo prazo de cento e oitenta (180) dias.

Essa agravante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) ter ela, autora, direito a licença como gestante pelo prazo de cento e oitenta (180) dias, nos termos do artigo 198 da Lei 10.261/1968; b) não estabelecer essa regra que o benefício se restrinja a titulares de cargos; c) a Lei Complementar Estadual 1.093/2009 vincula apenas a servidora temporária ao Regime Geral de Previdência Social; d) serem de observância os artigos 25 e 26 da Lei Estadual

Acesso ao Sumário

500/1974 e 71 da Lei 8.213/1991; e) portanto, requerer a concessão de tutela antecipada recursal e, ao final, o provimento do recurso a fim de que determinado o acréscimo de sessenta (60) dias à licença de gestante a ela deferida.

Concedeu-se a objetivada antecipação de tutela recursal (folhas 47 a 51).

Sobreveio resposta pela agravada (folhas 70 a 88), em resumo, na seguinte conformidade: 1. vedação legal à concessão de provimento liminar na hipótese sob exame; 2. implicar a medida extensão de vantagens ao servidor público; 3. a licença-maternidade representa benefício previdenciário; 4. não fazer a recorrida jus a esse proveito por cento e oitenta (180) dias; 5. ofensa ao princípio da legalidade; 6. logo, ser de rigor a manutenção da decisão.

É o **relatório**, preservado, no mais, o referente a essa decisão *a quo*.

Impõe-se dar provimento a este recurso.

A propósito, a ora agravante promoveu mandado de segurança contra ato da *Diretora da Escola Estadual "Professor Hugo Gambetti"* e da *Dirigente da Diretoria de Ensino da Região de Lins/SP* objetivando licença-gestante por cento e oitenta (180) dias.

O MM. Juiz da causa indeferiu o objetivado provimento de urgência com os seguintes termos (folhas 27 a 29):

"(...) *Na hipótese, não obstante os argumentos lançados pela parte impetrante, eles não autorizam a concessão da liminar na forma pretendida. Isso porque, ao menos em cognição sumária, não restaram preenchidos os requisitos legais, haja vista que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, não sendo razoável a concessão da medida antes de prestadas as informações pela autoridade impetrante* (...)."

Sem desdouro a essa convicção, é caso de reforma desse respeitável *decisum*.

A bem ver, à primeira vista, aplicável às servidoras contratadas por período determinado, nos termos da Lei Complementar Estadual 1.093/2009, o prazo de licença-maternidade concedido às servidoras efetivas, qual seja, durante cento e oitenta (180) dias, conforme o artigo 198 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, Lei Estadual 10.261/1968.

É que, não bastasse a observância ao princípio da isonomia, esse benefício se refere à necessária atenção a ser dada à criança nos primeiros meses de vida.

Outrossim, para a hipótese de eventual improcedência do pedido principal – admissão para efeito de raciocínio –, poderá a autora, se o caso, ressarcir os dias de trabalho licenciados. Daí não haver prejuízo aos cofres públicos com a concessão de provimento liminar pelo digno juiz *a quo*.

Nesse sentido, outrossim, *mutatis mutandis*, são de consideração arestos

Acesso ao Sumário

deste Tribunal de Justiça (TJSP) cujas ementas seguem transcritas:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Liminar deferida para prorrogar licença-maternidade para 180 dias. Professora contratada nos termos da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009. Irrelevância. Licença maternidade é um benefício social assegurado pela Constituição Federal sem qualquer distinção entre servidoras temporárias e efetivas. Medida, ademais, que envolve o bem-estar de menor impúbere, a recomendar a mitigação do disposto no § 2º do art. 7º da Lei Federal nº 12.016/2009. Preponderância da proteção da dignidade familiar. Decisão de 1º grau mantida. Recurso conhecido e não provido"[1].

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE 120 PARA 180 DIAS. Professora da rede pública estadual, contratada nos termos da LCE 1.093/09. Os funcionários públicos estatutários já gozam da licença de 180 dias, conforme o art. 198 da Lei 10.261/68 (estatuto dos servidores civil do Estado), com a redação que lhe deu a LCE 1.196/13. Apesar de o art. 20 da LCE 1.093/09 estabelecer a vinculação da contratada ao Regime Geral de Previdência Social, não se impede a concessão da licença pelo período de 180 dias de que trata o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado. Isonomia do direito. Por isso, não há que se negar o benefício também aos temporários. Recurso não provido"[2].

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2103564-63.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO DA SERRA, são agravados AMOS SPINA e REFLOR SPINA LTDA.

Acesso ao Sumário

1 Agravo de instrumento 3004490-82.2021.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, relatora a desembargadora Vera Angrisani, julgamento em 10 de novembro de 2021.

2 Agravo de instrumento 3004451-22.2020.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, relator o desembargador Camargo Pereira, julgamento em 26 de janeiro de 2021.

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 51.570)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), ROBERTO MARTINS DE SOUZA e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2021.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Agravo Interno – Interposição contra decisão monocrática que insurge o Município de São Lourenço da Serra, no que tange ao não recolhimento das custas respectivas para citação do executado – Alegação de desrespeito à coisa julgada material, tendo em vista a impetração de mandado de segurança n. 2066805-37.2019.8.26.0000, que ao final, teve a ordem concedida – Recentes decisões de 22/09/2021, publicadas em 01/10/2021, o C. Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos dos citados REsps nºs 1.858.965/SP, 1.865.336/SP e 1.864.751/SP, da Relatoria do Min. SÉRGIO KUKINA, que foram afetados ao rito dos recursos repetitivos e referendando a nulidade do Provimento CSM nº 2.292/2015 deste E. Tribunal de Justiça, firmou-se a tese no sentido de que "A teor do art. 39 da Lei 6.830/80, a fazenda pública exequente, no âmbito das execuções fiscais, está dispensada de promover o adiantamento de custas relativas ao ato citatório, devendo recolher o respectivo valor somente ao final da demanda, acaso resulte vencida" – Decisão monocrática reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto contra a decisão monocrática trazida por cópia digitalizada às fls. 12/16 que, ***negou provimento ao recurso***.

Inconformado, agrava o ***MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO DA SERRA***, aduzindo, em síntese que, segundo seu entender, a decisão interlocutória violou coisa julgada no Mandado de Segurança 2066805-37.2019.8.26.0000, cuja ementa assim restou decidida: ***MANDADO DE SEGURANÇA – Impugnação de ato judicial – Despesas – Citação por carta – Exigência de prévio***

pagamento pela Fazenda Municipal – Inadmissibilidade – Direito líquido e certo do impetrante quanto ao regular processamento das execuções fiscais – Pagamento ao final, se vencida a Municipalidade – Arts. 39 da LEF e 91 do NCPC – Precedentes do STJ – Ordem concedida. Diante de tais argumentos, pretende a reforma da r. decisão, de modo a determinar o regular processamento da execução fiscal, sem o recolhimento prévio das custas, devendo ser paga ao final, se vencida, nos exatos termos do quanto decidido pelo V. acórdão transitado em julgado, nos autos do ***mandamus*** supracitado.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

De fato, "o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio de venerando acórdão proferido nos autos do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 0010747-09.2018.2.00.0000, anulou o Provimento TJSP n. 2.292/2015", e c) "como se não bastasse tal decisão do CNJ que anulou o provimento TJSP n. 2.292/2015, no dia 22/09/2021 (quarta-feira), no julgamento do REsp n. 1858965/SP (2020/0014640-6), que fora afetado ao rito dos recursos repetitivos.

A Primeira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para que a execução fiscal tenha regular seguimento no juízo de primeira instância, afastada a exigência do adiantamento de custas para a realização do ato citatório postal, com o também reconhecimento da ilegalidade do Provimento CSM 2.292/2015 do TJSP.

Segundo consta no Informativo de Jurisprudência n. 710, do STJ, que foi divulgado no dia 27 de setembro de 2021, a Primeira Seção, por unanimidade, deu provimento ao REsp 1.858.965-SP (que fora afetado ao rito de julgamento dos recursos repetitivos, sob o Tema 1054), da Relatoria do Eminente Ministro Sérgio Kukina, recurso que foi julgado em 22/09/2021.

Como é cediço, a E. Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça afetou os recursos especiais números 1.858.965, 1.865.336 e 1.864.751 para, sob o rito dos repetitivos, definir sobre a "***obrigatoriedade, ou não, de a Fazenda Pública exequente, no âmbito das execuções fiscais, promover o adiantamento das custas relativas às despesas postais referentes ao ato citatório, à luz do artigo 39 da Lei 6.830/1980***" (Tema 1.054).

De fato, no julgamento ocorrido em 19/06/2020, restou decidido pelo Colegiado daquela Superior Corte de justiça a "***suspensão da tramitação, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão ora afetada, sem prejuízo de que os juízes continuem ordenando a realização do ato citatório inicial, de modo a interromper o curso da prescrição, nos termos do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80;***".

E como se infere da singela leitura da r. decisão ora agravada é exatamente a questão posta em debate.

Acesso ao Sumário

Todavia, como bem demonstrou a Fazenda Pública Municipal ora recorrente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio de v. acórdão proferido nos autos do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0010747-09.2018.2.00.0000, na Sessão Virtual de 05/03/2021, da Relatoria da Conselheira Candice Lavocat Galvão Jobim, anulou o Provimento CSM nº 2.292/2015 desta C. Corte de Justiça, assim restando redigida a ementa:

> RECURSO ADMINISTRATIVO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROVIMENTO CSM TJSP Nº 2.292, DE 15 DE SETEMBRO DE 2015, QUE DETERMINA O RECOLHIMENTO ANTECIPADO DA DESPESA POSTAL RELATIVA AO ATO DE CITAÇÃO PELAS FAZENDAS MUNICIPAIS NAS AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL. ATO EM DESCONFORMIDADE COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E COM A LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) QUE DISPENSAM O PAGAMENTO ANTECIPADO DA REFERIDA PARCELA PELAS FAZENDAS PÚBLICAS. RECURSOS PROVIDOS.**
>
> 1. Recursos administrativos contra decisão que deixou de conhecer do pedido de anulação do Provimento CSM TJSP nº 2.292/2015, tendo em vista a incompetência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para conhecer de pedidos que envolvam, ainda que indiretamente, matéria jurisdicional ou mesmo para uniformizar decisões judiciais eventualmente conflitantes.
>
> 2. Conforme reiterada jurisprudência, compete ao CNJ, como órgão de controle da atuação administrativa e financeira, nos termos do artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal, examinar a legalidade de atos administrativos editados pelos Tribunais que disponham sobre o recolhimento de custas judiciais.
>
> 3. Judicialização da matéria. Inocorrência. Inexistência de identidade entre o resultado prático pretendido e a causa de pedir suscitados nas esferas administrativa e judicial. A judicialização posterior de matéria, perante outro órgão que não seja o Supremo Tribunal Federal (STF), não obsta o exercício das competências deste Conselho. Precedentes do CNJ.
>
> 4. **O pagamento do valor correspondente à citação postal encontra-se abrangido no conceito de custas processuais, razão pela qual as Fazendas Públicas são isentas do recolhimento prévio do referido dispêndio nas execuções fiscais. Matéria apreciada pelo STJ por meio da sistemática prevista no artigo 543-C do CPC/1973. Sistema brasileiro de precedentes criado pelo CPC/2015 para evitar a multiplicidade de processos em que se discute questões idênticas. Vinculação dos juízes e magistrados, nos termos do artigo 927, III, do CPC. Segurança Jurídica.**
>
> **5. Recursos a que se dão provimento, a fim de anular o Provimento CSM TJSP nº 2.292/2015.** (destaquei);

Acesso ao Sumário

Mas não é só.

Em recentes decisões de 22/09/2021, publicadas em 01/10/2021, o C. Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos dos citados REsps nºs 1.858.965/SP, 1.865.336/SP e 1.864.751/SP, da Relatoria do Min. SÉRGIO KUKINA, que foram afetados ao rito dos recursos repetitivos e referendando a nulidade do Provimento CSM nº 2.292/2015 deste E. Tribunal de Justiça, firmou-se a tese no sentido de que "***A teor do art. 39 da Lei 6.830/80, a fazenda pública exequente, no âmbito das execuções fiscais, está dispensada de promover o adiantamento de custas relativas ao ato citatório, devendo recolher o respectivo valor somente ao final da demanda, acaso resulte vencida***".

Confira-se a ementa redigida no REsp nº 1.865.336/SP, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TEMA 1.054/STJ. RITO DO ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC E ART. 256-I DO RISTJ. EXECUÇÃO FISCAL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO DAS CUSTAS PARA A REALIZAÇÃO DA CITAÇÃO POSTAL DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA INDEVIDA. EXEGESE DO ART. 39 DA LEI 6.830/80. ESPECIAL APELO DO MUNICÍPIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. **DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA**: Definição acerca da obrigatoriedade, ou não, de a fazenda pública exequente, no âmbito das execuções fiscais, promover o adiantamento das custas relativas às despesas postais referentes ao ato citatório, à luz do art. 39 da Lei 6.830/80.

2. A Primeira Seção do STJ, ao julgar os **EREsp 464.586/RS** (Rel. Ministro Teori Zavascki, DJ 18/04/2005), consolidou a compreensão de que a fazenda pública está dispensada do pagamento prévio da importância referente à postagem do ato de citação na execução fiscal.

3. Nada obstante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo passou a condicionar a realização desse mesmo ato citatório ao adiantamento das respectivas custas, ao fundamento de que, em se tratando de despesa processual de natureza diversa de taxa judiciária, não há falar em dispensabilidade de seu prévio recolhimento (Provimento CSM 2.292/2015).

4. É entendimento assente no STJ o de que "*Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos fora da atividade cartorial*" (**RMS 10.349/RS**, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 20/11/2000).

5. Sobre a natureza dos valores despendidos para realização do ato citatório, esta Corte Superior tem firme orientação no sentido de que a "*citação postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartorial, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por Oficial de Justiça*" (**REsp 443.678/RS**, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 7/10/2002).

Acesso ao Sumário

6. É fato, ademais, que as duas Turmas componentes da Primeira Seção do STJ continuam, de há muito, referendando a diretriz pela dispensabilidade de adiantamento de despesas com o ato citatório: **EREsp 357.283/SC**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 27/6/2005, p. 215; **EREsp 449.872/SC**, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 12/12/2005, p. 262; **EREsp 506.618/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 13/2/2006, p. 655; **REsp 253.136/SC**, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º/2/2006, p. 470; **REsp 653.006/MG**, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, DJe 5/8/2008; **REsp 1.342.857/MG**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/09/2012; **REsp 1.343.694/RS**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 09/10/2012; **REsp 1.776.942/SP**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/6/2019; e **REsp 1.851.399/SP**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 27/2/2020.

7. À luz do art. 39 da Lei 6.830/80, conclui- se que a fazenda pública exequente não está obrigada, no âmbito das execuções fiscais, a promover o adiantamento das custas relativas às despesas postais concernentes ao ato citatório.

8. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 e seguintes do CPC (art. 256-I do RISTJ), fixando-se a seguinte TESE: "**A teor do art. 39 da Lei 6.830/80, a fazenda pública exequente, no âmbito das execuções fiscais, está dispensada de promover o adiantamento de custas relativas ao ato citatório, devendo recolher o respectivo valor somente ao final da demanda, acaso resulte vencida**".

9. **RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO: recurso especial do Município de Vargem Grande do Sul a que se dá provimento**, ao efeito que a execução fiscal tenha regular seguimento no juízo de primeira instância, afastada a exigência do adiantamento de custas para a realização do ato citatório postal, com o também reconhecimento da ilegalidade do Provimento CSM 2.292/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (REsp 1.865.336/SP, 1ª Seção, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, julg. 22/09/2021, publ. em 01/10/2021 – os negritos constam no texto original – sublinhei);

Portanto, com razão o **MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO DA SERRA** ao sustentar que está dispensado de adiantar as custas relativas ao ato citatório.

Diante dessas considerações e por tais fundamentos, não há como manter a r. decisão monocrática de fls. 12/16.

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

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003088-48.2020.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante EVERTON DE JESUS ALMEIDA, é apelado CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A.

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 37.125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente), LEONEL COSTA e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – Obra de acesso rodoviário que obrigou a concessionária a construir conjunto habitacional para realocar as famílias removidas do local – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Questão meramente de direito – Autor que confessou não residir no imóvel ao tempo da remoção das famílias – Imóvel ocupado pela irmã, que foi beneficiada pelo programa de moradia – Ausência de demonstração de que as provas não produzidas poderiam conduzir a um resultado diverso – Sentença de improcedência mantida – Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 133/138) tempestivamente interposto por Everton de Jesus Almeida contra a r. sentença de fls. 122/126, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido de indenização por desapropriação indireta supostamente promovida pela Concessionária Ecovias dos Imigrantes S/A em imóvel do apelante.

Argui preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que não pode produzir as provas que pretendia para demonstrar que o imóvel desapropriado pela apelada era por si ocupado e que a irmã lá se encontrava apenas a título de

comodato.

Contrarrazões às fls. 142/154.

É o relatório.

Everton de Jesus Almeida ajuizou ação de indenização por desapropriação indireta por parte da Concessionária Ecovias dos Imigrantes S/A. Narra que a ré, para construir alça de acesso para a Rodovia Anchieta desalojou diversas famílias de baixa renda do local as obras e foi obrigada a construir um conjunto habitacional para realocar essas pessoas. Afirma que seu pai, já morto, deixara um imóvel naquele lugar, que era ocupado por ele. Porém, ao tempo da realização das obras, o autor estava em outra cidade e quem morava na casa era sua irmã e ela foi incluída no programa habitacional ao passo que ele, não.

A sentença de improcedência teve por fundamento o fato de não ter ocorrido desapropriação indireta, mas remoção das famílias que viviam no local da obra para um conjunto habitacional e que a irmã do autor, lá residia, foi inserida no programa de moradia.

O artigo 370 do Código de Processo Civil dispõe que "*caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*" e que ele, juiz, "*indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

No caso dos autos verifica-se que a decisão é fundamentada unicamente em questão de direito que precede qualquer questão probatória. Vale dizer, ainda que se produzissem as provas pretendidas, elas não conduziriam a um resultado diverso porque o julgador compreende que impossível que o Poder Judiciário reveja as políticas de moradia e que o autor ingresse no programa que beneficiou a moradora do imóvel que teria sido desapropriado, e que o próprio autor confessa que não residia mais naquele local.

De se destacar ainda que a apelação afirma genericamente que seria necessário produzir outras provas, mas não explicita qual o direito elas poderiam provar ou de que modo poderiam provar o suposto direito do apelante.

Sendo esta a única questão devolvida para este Tribunal de Justiça, encerra-se este julgamento com a manutenção da sentença.

Ante o exposto, por meu voto **nego provimento ao recurso (honorários de sucumbência majorados para 11% [onze por cento] do valor atualizado da causa, conforme artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade concedida).**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028924-21.2017.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes/apelados MARCELO CAVALCANTI ALBUQUERQUE (JUSTIÇA GRATUITA) e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.103)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 1º de novembro de 2021.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ocupação de área de preservação permanente, instabilidade e insalubridade para moradias – Pretensão à remoção das famílias e a reparação dos danos urbanísticos e ambientais pertinentes à área denominada SP- GRU -SR-45/CPRM, margem esquerda do Ribeirão Baquirivu Guaçu.

RESPONSABILIDADE PELA REGULARIZAÇÃO DA OCUPAÇÃO – Dever do Município de conservá-la e de preservá-la de ocupação clandestina com situação de risco – Ofensa ao direito ambiental e urbano – Remoção e assentamento das famílias e necessária recomposição do meio ambiente.

ORDEM DE REMOÇÃO – Manutenção – Área **com iminente risco de solapamento e condições insalubres de moradia – Necessidade de realização de estudos técnicos que justifiquem as melhorias ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior.**

APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – Possibilidade – Poder Público também deve se sujeitar às regras e penalidades processuais, aplicadas com prudência e cautela – Valor da multa fixado de maneira adequada ante a natureza e complexidade da pretensão – Sentença de procedência da ação, confirmada – Recursos

Acesso ao Sumário

de apelação do Município e da De**fensoria, desprovidos.**

VOTO

Relatório

Ação civil pública aforada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE GUARULHOS, com a finalidade de o- brigar o réu a remover cerca de 360 construções, com 1.800 moradores; recuperar e reurbanizar área com alto risco de inundações de residências, área urbana denominada SP-GRU-SR-45/CPRM, situada entre a Rua Maria Paula Mota Presidente Dutra, em Guarulhos, margeando um trecho do Ribeirão Baquirivu Guaçu; promover regularização de uso e ocupação do solo, dando- lhe a destinação originária de área institucional e de sistema de lazer, assentando as famílias em local apropriado; alternativamente, a urbanização da comunidade, com obras de infraestrutura; cumulativamente, a reparação dos danos ambientais.

Em julgamento de agravo de instrumento, foi deferido o ingresso da Defensoria Pública no processo (fls. 495/499).

A r. sentença, de relatório adotado,[1] acolheu o pleito do MP nos seguintes termos: "*condenar o réu à remoção dos ocupantes da APP, proporcionando-lhes moradia condigna em próprios municipais (bens dominiais) ou em áreas sem restrições ambientais, urbanísticas e legais e a criação de faixa* non aedificandi *de 15 metros, no prazo máximo de 120 dias. Se houver moradores fora da APP e da faixa* non aedificandi*, o réu deverá urbanizar o núcleo habitacional, com a manutenção dos ocupantes atuais e realização das obras de infraestrutura (canalização do esgoto e água, instalação oficial de energia elétrica, pavimentação das vias de circulação, implantação de sistema de captação, drenagem de águas pluviais etc.), segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, no prazo de um ano, eliminando em caráter definitivo o risco hoje existente. Deverá o réu reparar integralmente o dano ambiental por meio do recobrimento do solo destas áreas ou faixas com vegetação nativa; realização de obras que propiciem a despoluição dos cursos d´ água eventualmente contaminados pela implantação do parcelamento em tela e que assegurem a proteção dos corpos d´água, nascentes e cursos d´água contra poluição e assoreamento; afastamento das áreas de proteção ambiental dos efluentes dos sistemas de esgotos sanitários; e implantação de todas as providências mitigadoras dos impactos negativos trazidos por este desmembramento irregular. A reparação* ambiental deve ser realizada no prazo de 120 após o término do prazo para desocupação da área. Por fim, o réu deverá tomar todas as providências para que a área não seja ocupada novamente*. A multa diária para descumprimento de qualquer uma das obrigações é fixada em R$1.000,00. Considerando que foi*

1 Sentença, fls. 1009/1018.

Acesso ao Sumário

detectada a descarga no Ribeirão de resíduos sólidos (plástico) provenientes de uma empresa localizada R. Maria Paula Mota, 1279 (M.M.P Comercial Industrial de Plásticos Ltda. – CNPJ n.º 02.631.949/0001-15)."

Recorre a Municipalidade: (i) discorre longamente sobre sua falta de responsabilidade para suportar a condenação imposta, alega que o autor não levou em conta o contexto das disposições previstas na Lei nº 13.465/2017, que regula, dentre outros assuntos, a regularização fundiária, mesmo em se tratando de ocupações inseridas em área de risco ou de preservação permanente, para sua efetivação é necessário que sejam realizados diagnósticos prévios, indicar a viabilidade ou não de intervenções que possam afastar ou corrigir os riscos, sendo a realocação apresentada como a última medida; (ii) requer a exclusão ou redução da multa, que não pode ser revertida ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (Lei Estadual nº 13.555/2009), tal como pretendido pelo autor; (iii) requer ampliação dos prazos para o cumprimento da condenação e que seja desconsiderada a necessidade de fornecer moradia ou aluguel social à população desalojada; (iv) o pagamento de indenização referente aos danos urbanísticos prevista na r. sentença, deve ser revertida aos fundos municipais, relacionados às matérias tratadas no presente feito: habitação e proteção ao meio ambiente, na proporção de 50% para cada um.

Apela a Defensoria do Estado de São Paulo, sustentando: (i) a nulidade da perícia por falta de delimitação da área a ser atingida e falta de qualificação dos moradores; (ii) direito à moradia; (iii) possibilidade de regularização fundiária sem a retirada dos moradores; (iv) direito de retenção do bem pelas benfeitorias realizadas ou, ao menos, a necessidade de prévia avaliação das benfeitorias realizadas no terreno antes de qualquer desocupação (fls. 1.027/51). Subsidiariamente, requer a condenação do Município para que forneça atendimento habitacional provisório e definitivo às famílias removidas, com a disponibilização de unidades habitacionais.[2]

Recursos processados e respondidos. Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento.[3]

Fundamentação

A sentença recorrida exige confirmação.

Recurso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Sobre a alegada nulidade, esta não se mostra presente, uma vez que a área foi corretamente indicada na inicial, tanto que foi objeto de detidos estudos para se chegar às conclusões referidas nos autos.

Ademais, a pretendida qualificação dos moradores e das próprias edificações irregulares é matéria afeta à fase de liquidação, por- quanto é sabido que a

2 Recursos de apelação, fls. 1027/1051 e fls. 1053/1095, respostas fls. 1112/1125 e fls. 1126/1144.
3 Parecer, fls. 566/587.

área tem ocupação volátil, com acréscimo de construções e população flutuante, de modo que seria inócuo apresentar relação nominal e descrição especificada de cada imóvel no limiar do processo, revelando-se inútil tal medida.

Ofensas às normas processuais podem implicar nulidade; contudo, a nulidade só deve ser reconhecida se pressupor prejuízo ao exercício de defesa; não se presume a nulidade, seja ela absoluta ou relativa. Sempre presente a velha máxima francesa, **pas de nullité sans grief**, amplamente adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere à ordem de remoção dos ocupantes da área de preservação permanente, tal medida não comporta alteração.

Pese o zelo da Defensoria na defesa dos interesses da população envolvida, não é o caso de manutenção no local daqueles que estão nas áreas de proteção permanente, pois, além da degradação ambiental constatada, trata-se de área com iminente risco de solapamento, e por se tratar de áreas de várzea, são permanentemente úmidas e insalubres para a moradia, fator agravado pela presença de esgoto descarregado in natura no leito dos diversos cursos d'água existentes na área.

As provas confirmam a existência de danos ambientais por impedimento de regeneração da mata ciliar, com a edificação de construções realizadas dentro da APP de 30 m de faixa estipulada na Lei Federal n.º 12.651/2012 relativa ao Ribeirão Baquirivu Guaçu, além de danos por lança- mento de esgotos (**fls. 930/933**).

Embora o art. 64 da Lei Federal nº 12.651/12,[4] autorize a manutenção de núcleo urbano informal em área de preservação permanente, há exigência de que sejam realizados estudos técnicos que justifiquem as melhorias ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior, inclusive por meio de compensações ambientais.

Para a manutenção dos moradores na área de preservação permanente não basta eliminar os riscos de desabamento/inundação, sendo necessária a aprovação de projeto de regularização fundiária, realizado nos termos definidos pelas Leis Federais nºs 12.651/12 e 13.465/17, com reparação dos riscos ambientais.

O estudo não foi realizado nos autos, inexistindo justificativa para a manutenção dos moradores em área de risco e em condições insalubres.

Em vista da impossibilidade de permanência de determinado grupo na área, evidentemente, caberá ao Poder Público a realocação correspondente em atenção, não somente, ao direito do cidadão ao acesso a moradia, como também em respeito princípio da dignidade humana, conforme artigos 30, VIII e 182 da CF, bem como o direito constitucional à mora- dia digna (art. 6º da CF), o que foi determinado na r. sentença.

Acesso ao Sumário

4 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Quanto à tese da Defensoria, referente à apuração e eventual indenização por benfeitorias no local, este não é o momento e a via adequada para a sua discussão, pois não se insere nos limites da lide. Demais disso, a r. sentença já contempla, a cargo do Município, os ocupantes, "*proporcionando-lhes moradia condigna em próprios municipais (bens dominiais) ou em áreas sem restrições ambientais, urbanísticas e legais*".

Neste sentido, já teve o C. Superior Tribunal de Justiça oportunidade de se manifestar a respeito (REsp 945.055/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 20/08/2009).

Recurso da Municipalidade

É fato incontroverso que a ocupação da área urbana, como acontece em lugares urbanos e rurais os mais inadequados e impróprios à ocupação humana, foi procedida de modo clandestino, ao arrepio da lei, apontando o conjunto probatório pelo risco de inundações e desmoronamento e de dano de maior monta aos moradores e ao próprio meio ambiente.

No exercício de seu dever constitucional, incumbia ao Município, mediante constante e regular fiscalização, antecipar-se ao fato de modo a impedir ocupação desordenada do solo e a consequente degradação de área de interesse e proteção ambiental, assim, a responsabilidade do Município, *in casu*, se dá com a constatação de omissão manifesta de sua parte no que tange ao seu poder-dever de fiscalização administrativa.

Pese haja responsabilidade solidária entre os entes da Federação na promoção de moradias, de melhorias nas condições habitacionais e proteção do meio ambiente, a teor do disposto nos artigos 23, inciso IX, e 225, parágrafo 1º, inciso I, CF; é certo que cabe aos Municípios o controle local do uso, parcelamento e ocupação do solo, bem como a promoção de política de desenvolvimento urbano que promova o bem-estar dos habitantes, nos termos do artigo 30, inciso VIII, e 182, CF.

Não se exime a Administração, sempre fundada no velho escudo da discricionariedade e nos critérios de conveniência e de oportunidade, de cumprir sua obrigação constitucional de cuidar bem de seu povo e de preservar seus bens e o meio ambiente; a discricionariedade tem limites naquilo que o administrador público pode decidir entre fazer ou não fazer.

Isto porque, a responsabilidade por danos ambientais é objetiva e solidária, tem-se por inafastável a imputação em face do Poder Público porque concorreu efetivamente para a causação do dano ao não impedir e controlar o uso inadequado do solo.

Ademais, o Município de Guarulhos estava ciente da situação de risco da área objeto desta ação (desde 2011), assim como de inúmeras outras na mesma situação (noventa e uma).

Acesso ao Sumário

Como bem pontuado no Parecer Técnico emitido pelo CAEX:

> Após os fortes eventos catastróficos ocorridos seguidamente nos anos de 2010 (AL/PE), 2011 (SC), 2011(RJ) e 2012 (RJ/ES/MG e AC), o Governo Federal, utilizando uma ação coordenada da Casa Civil e diversos Ministérios, criou um programa de prevenção de desastres naturais, que está sendo executado pelo Serviço Geológico do Brasil - CPRM.
>
> O **projeto foi iniciado em 2011**, com previsão de duração de 04 (quatro) anos, em localidades selecionadas pela Defesa Civil Nacional. Entre tais localidades está o Município de Guarulhos - SP.
>
> Naquele município, a CPRM indicou a existência de **91 (noventa e uma) áreas de Risco Alto e Risco Muito Alto**. Também apresentou vistas aéreas obtidas pelo Google Earth, indicando tais áreas. Ressalta que foram encontradas 46 (quarenta e seis) áreas de encosta com risco de deslizamento/movimentos correlatos, concentradas nas proximidades da Serra da Cantareira, Região Norte do Município e 45 (quarenta e cinco) áreas de margens de rios e córregos, com risco de inundações e/ou solapamento de margem, concentradas na Região Sul/Sudoeste do Município.

A propósito, o órgão do MP aforou contra o mesmo Município inúmeras ações judiciais do gênero, em tudo e por tudo iguais a esta. Trago duas ementas que cuidaram do tema:

Acesso ao Sumário

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE GUARULHOS. PARCELAMENTO DO SOLO. DESOCUPAÇÃO DE ÁREA DE RISCO. PRETENSÃO À REMOÇÃO DAS FAMÍLIAS DO LOCAL, COM DEMOLIÇÃO DAS CONSTRUÇÕES E REPARAÇÃO AMBIENTAL. 1. Nulidade da sentença. Necessidade de inclusão dos ocupantes da área no polo passivo da demanda. Descabimento. Litisconsórcio passivo facultativo. Interesses dos moradores que já estão tutelados pelo Ministério Público e Defensoria Pública. 2. Cerceamento de defesa. Estudo técnico para verificação da viabilidade de regularização fundiária, nos termos da Lei nº 13.465/2017. Inocorrência. Há nos autos prova inconteste da ocupação irregular em área de preservação permanente, identificada como de risco muito alto de deslizamento, com grave degradação ambiental e social, localizada integralmente dentro da zona de amortecimento da Unidade de Conservação do Parque Esta- dual Turístico da Cantareira, instituído pela Lei nº 10.228/1968. Zona de amortecimento que não pode ser transformada em zona urbana (Lei nº 9.985/2000, art. 49, par. Único). Novo estudo que demandaria muito tempo e poderia dar ensejo a grave calamidade humana e ambiental. 3. Responsabilidade do Município quanto à ocupação e ordenação do solo urbano, com a manutenção de adequadas condições de moradia. Inteligência do art. 30, VII da Constituição Federal. Poder-dever do ente municipal. 4. Realocação das famílias. Poder Público que tem o dever de zelar pela integridade das pessoas que sofrerão as consequências da desocupação, sendo cabível a adoção de meios alternativos e temporários ao realojamento dessas famílias, tal como auxílio-aluguel. 5. Multa diária. Possibilidade. É cabível a fixação de astreintes em desfavor da Fazenda Pública como meio coercitivo para cumpri- mento de decisão judicial. Valor fixado em observância à razoabilidade e proporcionalidade, considerando a natureza do direito pleiteado. Reversão de valores aos Fundos Municipais de Habitação e Meio Ambiente. Descabimento. Inteligência do art. 13 da Lei Federal nº 7.347/85. 6. Prazo para cumprimento da obrigação fixado em 01 (um) ano. Manutenção. Município que já vem se mobilizando para adotar as medidas administrativas necessárias para o cumprimento da determinação judicial. Prazo que pode ser revisto e ampliado na fase de cumprimento de sentença. 7. Sentença mantida. 8. Recursos não providos. **(Apelação Cível 1032360-85.2017.8.26.0224; Relator: Osvaldo de Oliveira; 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos; Data do Julgamento: 14/09/2021)**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MUNICÍPIO DE GUARULHOS – Área de alto risco SP-GRU-SR-77-cprm mapeada pelo serviço geológico do brasil, situada no distrito novo recreio, bairro Cabuçu – Construções erigidas às margens e sobre o córrego Cabuçu suscetíveis a inundações constantes, riscos geotécnicos e de solapamento, além da comprovada insalubridade – Conclusões constantes do mapeamento elaborado pelo órgão do governo federal não infirmadas por visto-

Acesso ao Sumário

rias realizadas pelo município e Caex, cujos laudos mostraram-se concordantes no sentido de tratar-se de área "non aedificandi" de preservação permanente consistente em 15m² ao longo das margens de cursos d'água, portanto insuscetível de regularização fundiária "ex vi" do disposto nos arts. 39, §2º da lei federal nº 13.465/2017, arts. 4º e 65, §2º da lei federal nº 12.651/2012 (código florestal brasileiro), art. 40 lei 6.766/79 – Compete aos municípios, ademais, promover a desocupação irregular de áreas de risco nos exatos termos do artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal – Danos urbanísticos e ambientais manifestos que autorizam a procedência da ação com a consequente condenação do ente federativo a proceder a retirada dos ocupantes dessa área de risco, realocando-os em locais seguros e salubres, bem como à reparação dos danos urbanísticos e ambientais postulados pelo ministério público – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido. **(Apelação Cível 1032355-63.2017.8.26.0224; Relator: Ferraz de Arruda; 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos-Data do Julgamento: 19/03/2021)**

Em relação à imposição de multa diária por descumpri- mento da obrigação, no valor de R$ 1.000,00, não assiste razão a apelante.

O art. 536 do CPC, prevê: "… *o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente*"; pode determinar, entre outras medidas, a imposição de multas (*astreintes*).

O art. 537 permite ao juiz, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa imposta, desde que entenda que, entre outros, se tornou insuficiente, para obrigar ao executado o cumprimento da obrigação.

Admite-se, portanto, que sejam oponíveis multas ao Poder Público, que também deve se sujeitar às regras e penalidades processuais para quem descumpre decisão judicial.

É preciso impô-las e aplicá-las com maior prudência e cautela, sob pena de onerar demais o erário, o que foi observado pelo MM. Juízo, pois a multa aplicada no valor de R$ 1.000,00, apresenta-se razoável e proporcional à hipótese *sub judice*.

Acesso ao Sumário

Eventual fixação em patamar inferior poderia afastar o elemento de inibição da conduta, afinal, a situação fática subjacente já perdura, no mínimo, há mais de dez anos (desde 2011), sem que o Município de Guarulhos tenha demonstrado empenho em sua superação.

Também descabida a pretensão da Municipalidade de reversão de eventuais valores (a título de multa e indenização), porventura devidos ao Fundo Municipal de Meio Ambiente e ao Fundo Municipal de Habitação, pois tal requerimento afronta o disposto no art. 13 da Lei Federal nº 7.347/85, e retirariam o elemento de coerção que é da natureza do instituto.

Encampo, por fim, o alentado parecer do eminente Procurador de Justiça Rossini Lopes Jota, que enfoca com precisão os fatos, o conjunto probatório e os fundamentos jurídicos do pleito ministerial.

Confirma-se, portanto, a sentença, por seus e pelos fundamentos aqui deduzidos. E sendo antigo o processo, distribuído em agosto de 2017, e a sentença proferida em abril/2021, não há motivo para mais prorrogações de prazo ou coisa que o valha; os prazos fixados na sentença deverão ser observados e cumpridos a partir da publicação deste acórdão; sem embargo de o juiz, em decisão fundamentada, prorrogá-los em cumpri- mento de sentença, se as circunstâncias assim o exigirem.

Dispositivo

RECURSOS DE APELAÇÃO, DESPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000533-83.2021.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FLAVIO FABRIS FERNANDES, são apelados VIP TRANSPORTES URBANO LTDA., AMERICAN LIFE COMPANHIA DE SEGUROS e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.207)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente) e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Procedimento Comum – Indenização por danos materiais e morais – Atropelamento por ônibus – Culpa exclusiva da vítima, que estava alcoolizada e se desequilibrou, caindo na pista exclusiva de ônibus – Ausência de nexo de causalidade – Responsabilidade civil não configurada – Sentença de improcedência mantida por seus próprios fundamentos – Artigo 252 RITJSP – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de Procedimento Comum proposta por FLAVIO FABRIS FERNANDES em face de PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e VIP TRANSPORTES URBANOS LTDA., objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de atropelamento por ônibus. Houve denunciação da lide à seguradora AMERICAN LIFE COMPANHIA DE SEGUROS.

A sentença de fls. 288/192 julgou improcedente o pedido do Autor, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, observando-se a gratuidade judicial concedida. A lide secundária foi extinta sem julgamento do mérito, condenando-se o réu denunciante ao pagamento das custas e despesas em relação à seguradora, bem como de honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00.

Recorre o Autor, requerendo a reforma do julgado (fls. 296/305). Alega que o fato de ter consumido bebida alcóolica não é o suficiente para caracterizar sua culpa pelo acidente, já que os motoristas de ônibus devem adotar precauções para não atropelar os usuários que eventualmente estejam no espaço entre o veículo e a calçada.

Recurso tempestivo e sem preparo (artigo 98, parágrafo 1º do CPC), com contrarrazões (fls. 308/320, 322/326 e 327/339).

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Extrai-se da inicial que em 30/08/2019 o Autor, ao fazer sinal de parada, desequilibrou-se e caiu na pista exclusiva de ônibus, sendo atropelado pela roda traseira e vindo a perder um membro inferior.

Analisando o conjunto probatório juntado aos autos, conquanto o Autor alegue que o acidente teria sido causado pelo motorista do ônibus, é certo que ele próprio admitiu à autoridade policial que se desequilibrou ao dar sinal de parada. Acrescentou, ainda, que estava alcoolizado no momento do acidente (fl. 13).

Acesso ao Sumário

E, sob o fundamento de culpa exclusiva da vítima na ocorrência do acidente, o Magistrado de origem com acerto julgou improcedente o pedido do Autor.

Desse modo, a r. sentença deve ser 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. Ressalte-se que isso 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.

FLAVIO FABRIS FERNANDES move a presente ação indenizatória contra VIP TRANSPORTES URBANOS LTDA. e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Afirma, em síntese, que ao dar o sinal de parada para o ônibus, se desequilibrou e caiu; acabou sendo atropelado e perdeu um membro inferior. Diz que estava alcoolizado no momento do acidente. Requer indenização pelos danos morais e estéticos descritos, além de pensão vitalícia e custos com o tratamento.

Os réus apresentaram contestação a fls. 28/41 e 108/123.

O Município arguiu sua ilegitimidade passiva e, no mérito, afirmou que os fatos não indicam nenhuma omissão da Administração.

A empresa VIP denunciou à lide a seguradora "American Life Seguros". No mérito, assentou que não há demonstração de ato culposo de seu motorista, e que o acidente aconteceu por culpa exclusiva do autor.

A denunciada apresentou contestação a fls. 169/199. Teceu considerações sobre o contrato de seguro celebrado e pleiteou sejam observadas as limitações ali previstas. Por fim, sustentou que a culpa pelo acidente foi exclusivamente da vítima.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O feito comporta julgamento no estado, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil, mormente porque o pedido de prova pericial se ateve exclusivamente à verificação da extensão dos danos para apuração do quantum indenizatório.

A responsabilidade civil das requeridas é de natureza objetiva segundo se infere do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Em consequência, o autor estaria dispensado de comprovar a culpa do preposto da ré.

Nesse sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves: "O importante, na espécie, é ressaltar que o particular está dispensado da prova de culpa do motorista funcionário: ela é presumida. Assim, basta a prova do dano e da relação de causalidade entre ele e a ação ou omissão do agente público. Se o Estado provar que o fato ocorreu em virtude de culpa exclusiva, ou concorrente, da vítima, poderá livrar-se por inteiro, ou parcialmente, da obrigação de indenizar. Mas se nada provar, ou seja, se a vítima não provar a culpa do motorista-funcionário (mas provar tão-somente o dano e a mencionada relação de causalidade) e o Estado não provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, arcará com a responsabilidade pela indenização integral reclamada" (Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, 8ª ed., p. 197).

Sucede, contudo, que logo na petição inicial o autor reconhece que estava alcoolizado no dia dos fatos. Afirma que "estava saindo de um barzi-

Acesso ao Sumário

nho e havia ingerido bebida alcoólica, portanto, no momento do acidente estava alcoolizado".

Somado a isso, todos os dados de convicção colhidos nos autos indicam que o triste episódio foi provocado pela conduta exclusiva do autor, provavelmente em estado de embriaguez, o qual estava na calçada, mas se desequilibrou e caiu entre a guia e o veículo, vindo a ser atingido pela última roda do coletivo.

Os documentos oficiais elaborados tanto pela Polícia Militar (fls. 9/18), quanto pelo Centro de Operações da SPTrans (fls. 42/54), relatam que o ônibus trafegava pela faixa exclusiva, quando o autor bateu na lateral do veículo e caiu entre a guia e a roda traseira. Em ambos menciona-se o estado etílico do autor.

A dinâmica do acidente também é fato incontroverso e, pela descrição do evento, o autor teria se desequilibrado depois da passagem do veículo, tanto que foi atingido pela roda traseira. O motorista relatou no BOPM que olhou pelo retrovisor e viu que um pedestre se desequilibrou e bateu na lateral do ônibus, vindo a cair entre a guia e a última roda (fls. 11). Não se constata nenhuma das modalidades culposas em seu agir, como sugerido inicialmente.

Destarte, não há como responsabilizar as rés pelo acidente, uma vez que a culpa exclusiva da vítima rompe o nexo de causalidade entre o dano suportado pelo autor e a ação ou omissão dos prepostos das rés.

Conforme ensinamentos doutrinários, "Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima. É o que se dá quando a vítima é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade; ou quando o motorista, dirigindo com toda a cautela, vê-se surpreendido pelo ato da vítima que, pretendendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo. Impossível, nestes casos, falar em nexo de causa e efeito entre a conduta do motorista e os ferimentos, ou o falecimento da vítima" (ob. cit., p. 717).

Desse modo, embora este juízo se compadeça com os tristes fatos ocorridos com o autor, não há como atribuir responsabilidade às rés.

Por fim, reconhecida a ausência de responsabilidade da ré denunciante, fica prejudicada a apreciação da denunciação da lide, conforme dispõe o artigo 129, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a demanda, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência, pagará o autor as custas processuais e os honorários do advogado da parte contrária, que fixo em 10% sobre o

Acesso ao Sumário

valor da causa, observada a concessão da gratuidade.

Em relação à lide secundária, JULGO EXTINTO o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, diante da perda superveniente do interesse processual.

Condeno o réu denunciante ao pagamento das custas e despesas processuais em relação à seguradora denunciada, bem como ao pagamento de honorários advocatícios referente à lide secundária no valor de R$ 1.500,00, com fundamento no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Após o trânsito em julgado, nada sendo requerido, arquivem-se os autos com as cautelas legais.

P.I.C."

Sublinhe-se que a sentença se mostra em conformidade com a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Acidente de trânsito envolvendo ônibus escolar – Culpa exclusiva da vítima caracterizada – Vítima que agiu de forma imprudente ao adentrar na via pela contramão – Nexo causal entre o dano e a ação do agente público não caracterizados – Inexistência do dever de indenizar pela Administração Pública – Sentença mantida – Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Cível 0002585-72.2014.8.26.0539; Relatora: Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Cruz do Rio Pardo - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2021; Data de Registro: 28/05/2021).

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Prova testemunhal indicando que a própria vítima, cambaleando entre a calçada e o meio fio, colidiu com a parte traseira do ônibus da requerida, que trafegava na via pública, em baixa velocidade. Ônus da prova do requerente, porque inaplicável o Código de Defesa do Consumidor. Ausência de provas da alegação do autor no sentido de que foi acometido de crise de diabetes. Hipótese de culpa exclusiva da vítima, situação que afasta a responsabilidade civil do Estado. Sentença de improcedência do pedido mantida. Majoração da verba honorária, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, observada a gratuidade judiciária. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1031547-92.2016.8.26.0224; Relator: Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/10/2020; Data de Registro: 21/10/2020).

ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE POR ÔNIBUS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TRAVESSIA FORA

Acesso ao Sumário

DA FAIXA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA DE ÔNIBUS. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1015824-65.2017.8.26.0008; Relator: Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 30ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/03/2019; Data de Registro: 28/03/2019).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Por força do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 11% do valor atualizado da causa, observada a condição do Autor de beneficiário da justiça gratuita.

Ante o exposto, NEGA-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005545-40.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada LETICIA SANTOS FERREIRA, é apelado/apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao do réu. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.411)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

RENATO DELBIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Responsabilidade civil – Indenização por danos morais – Erro na prestação de serviço médico – Falha na entrega de resultado de exame a pessoa diversa – Admissibilidade – Em razão do diagnóstico equivocado, a autora, gestante à época dos fatos, realizou tratamento para uma doença que não possuía, estando caracterizada ofensa moral, sendo evidentes a dor, a mágoa, a tristeza, e a situação vexatória da família, a ensejar a indenização – Valor fixado – Necessária majoração em observância à pro-

porcionalidade e razoabilidade das especificidades do caso – Sentença parcialmente reformada – Recurso da autora parcialmente provido, desprovido o apelo do réu.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas nos autos de ação de indenização por danos morais, julgada **procedente** pela r. sentença de fls. 69/74.

Recorre a autora (fls. 79/89) requerendo a majoração da indenização para R$ 100.000,00, alegando ter sofrido sérias consequências em razão do erro de diagnóstico, pois iniciou tratamento médico contra a doença comparecendo frequentemente ao hospital, tomando injeções desnecessárias, calmante leves pelo medo do filho possuir sequelas, quedas de pressão pelo nervoso do resultado, bem como, término do relacionamento amoroso com seu companheiro, por confiar no exame e não na palavra dele. Alega desproporcionalidade no valor fixado à titulo de indenização por danos morais pela r. sentença, destacando a necessidade de majoração a fim de atender não só ao dano psicológico interno, mas também aos efeitos externos no âmbito familiar, de reputação, social, de "fama", profissional entre outros.

Recorre também o Estado de São Paulo (fls. 95/100), requerendo a reforma da r. sentença por ser inconcebível a sua condenação ao pagamento de indenização à autora. Alega, em resumo, embora se queira atribuir a responsabilidade pelo ocorrido inteiramente ao hospital, o fato é que a autora, ora recorrida, quando recebeu o exame também não notou que era destinado a outra pessoa (homônimo), bem como o equívoco não tem o condão de configurar dano moral à autora, mas mero aborrecimento que afasta a pretensão indenizatória, porquanto o erro foi corrigido a tempo.

Os recursos não receberam respostas.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

1. A autora Letícia Santos Ferreira ajuizou ação de indenização por dano moral em face do Estado de São Paulo e Hospital Maternidade Leonor Mendes de Barros, em razão de erro na prestação de serviço médico, consistente em falha quanto à pessoa na divulgação de resultado de exame com diagnóstico de sífilis.

Narra na inicial, na data de 13.01.2020, durante uma das consultas no Hospital Maternidade Leonor Mendes de Barros, ao retirar o resultado de um dos exames, constatou-se possuir uma DST (Doença Sexualmente Transmissível) em seu período gestacional, mais especificamente, Sífilis (fls. 26), causando-lhe enorme temor com sua gestação e uma série de cuidados para não afetar

Acesso ao Sumário

o bebê. Com o resultado da doença, tomou injeções de Benzetacil (3 doses), conforme orientação médica (fls. 27), pois mesmo sendo um medicamento forte, o qual poderia afetar seu filho, era necessário para maior segurança. Além disso, mencionou que em 15.10.2019, 3 meses antes do resultado do referido exame, havia realizado o mesmo exame, porém com resultado negativo, motivo pelo qual concluiu pela infidelidade de seu noivo nesse período e terminou o relacionamento. Após a mudança drástica da sua vida, ocasionada pelo resultado do exame, sua obstetra solicitou novo exame no qual não constou a doença (fls. 30) e, desta forma, ao analisar atentamente o resultado positivo (fls. 26) verificou que referido exame não lhe pertencia, mas sim, a um homônimo, ou seja, jamais teve a doença. Alega que todo constrangimento perante a família, o medo de perder o bebê, as injeções e medicamentos ministrados, podendo colocar a saúde de seu filho em risco, não deveriam acontecer, se não ocorresse a falha na prestação de serviço médico dos réus, ou seja, o erro ao entregar resultado de exame a pessoa diversa. Em decorrência destes fatos, ajuizou esta ação requerendo a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00.

A ação foi julgada procedente, nos seguintes termos:

"JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por Letícia Santos Ferreira em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo para condená-la ao pagamento de R$ 11.000,00 (onze mil reais) corrigidos a partir desta decisão e com incidência de juros moratórios, a contar da data da citação, pelos danos morais sofridos pela autora, sem qualquer desconto (contribuição ou imposto de renda), dada a natureza indenizatória da verba.

Sobre os percentuais dos juros e correção monetária deverá ser observado o que vier a ser decidido pelo STF no julgamento do Tema 810.

Julgo extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC. Diante da recíproca sucumbência, as partes ratearão o pagamento das custas e das despesas processuais, nos termos do artigo 86, do CPC, fixados os honorários para cada uma das partes no percentual mínimo previsto no §3º, do artigo 85, do CPC, observando-se o valor da condenação".

Ambas as partes recorreram.

2. O artigo 37, § 6º da Constituição Federal prevê que as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Hely Lopes Meirelles em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", 24ª edição, página 593, ensina:

Acesso ao Sumário

"Para obter indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração".

Ou seja, há necessidade de o autor da ação de indenização demonstrar, de forma clara, o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, sendo certo que o fato lesivo deve derivar de ação ou omissão praticados por agentes estatais.

Acerca do dano moral, ensina SILVIO RODRIGUES[1]:

"Danos morais, na definição de WILSON MELLO DA SILVA, que entre nós é o clássico monografista da matéria, "são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico".

Trata-se assim de dano sem qualquer repercussão patrimonial. Se a injúria, assacada contra a vítima em artigo de jornal, provocou a queda de seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial, e não meramente moral. Este ocorre quando se trata apenas da reparação da dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio. Ou, na definição de GABBA, referida por AGOSTINHO ALVIM, é o "dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio". É a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem (vide Vol. I, n.º 145)".

No caso dos autos, o nexo causal entre o fato lesivo e o dano causado se mostra evidente, pois o requerido foi responsável pela entrega equivocada à autora, gestante à época, exame com resultado positivo para DST (Sífilis), ocasionando-lhe inúmeros transtornos tais como tratamento médico com 3 injeções de Benzetacil, visitas ao médico e hospitais, que, só por si, são capazes de causar dor e sofrimento à autora e sua família, não podendo ser reconhecida como mero dissabor.

A presente situação ultrapassou o mero incômodo, o enfado e o desconforto de algumas circunstâncias que o ser humano suporta em razão da vida em sociedade, sendo presumida a dor, mágoa, tristeza, ou qualquer exposição à situação degradante, de modo a ser passível de indenização.

Vale lembrar que a indenização por dano moral não tem cunho patrimonial, pois visa indenizar o ofendido pela dor psíquica suportada, pela tristeza do

1 *In* RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil, Volume IV. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 189/190.

Acesso ao Sumário

fato ocorrido.

Quanto ao valor do ressarcimento pelo dano moral, tem-se que é sempre difícil a sua mensuração, em verdade, envolve a aplicação de alguns conceitos preestabelecidos. E estes conceitos quase sempre levam em conta a situação pessoal, social e econômica da vítima ou daquele que pede a indenização, bem como daquele que deve pagá-la, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação, não podendo ser fonte de locupletamento, visando indenizar de forma justa a reparação do prejuízo.

No caso vertente, analisados tais pressupostos, ressaltando a situação pessoal da autora e a extensão dos danos causados, considero a necessidade de pequena majoração em relação a quantia fixada pelo juízo sentenciante, (R$ 11.000,00 reais), entendendo como razoável e proporcional a fixação da indenização no valor de R$ 15.000,00.

Referida quantia mostra-se compatível com os fatores que regem a reparação, quais sejam a gravidade dos danos causados, os caracteres punitivo-pedagógico e compensatório da medida e a inexistência de enriquecimento sem causa, impondo-se, assim, a reforma da r. sentença neste aspecto.

Diante disso, reforma-se parcialmente a r. sentença apenas no tocante ao "quantum" fixado à título de indenização por dano moral.

Nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro em 2% a verba honorária fixada, em favor da autora.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido analisada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso da autora e nego provimento ao do réu.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002006-89.2019.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante LOJAS AMERICANAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recursos desprovidos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ISABEL COGAN.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.
BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Execução fiscal. Embargos do devedor. Auto de Infração e Imposição de Multa. Suposto creditamento indevido de ICMS. Operações de entrada ditas desacompanhadas de documentação idônea. Declaração posterior de inidoneidade. Enunciado nº 509 das Súmulas do E. Superior Tribunal de Justiça. Prova pericial sobre efetividade das operações. Boa-fé que se presume. Auto de infração anulado. Critério para ressarcimento de despesas processuais. Pretendida inclusão de custos com seguro-garantia e/ou fiança bancária para garantir a execução. Descabimento. Recursos desprovidos.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento terem sido julgados procedentes embargos opostos por LOJAS AMERICANAS S.A. à execução fiscal ajuizada pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, anulado *o auto de infração nº 4.060.288-6* (págs. 1.885/1.886 e 1.897), contra o que as partes apelaram.

A embargante, para se condenar a exequente-embargada *a restituir todos os gastos ou eventuais outras modalidades de caução que venham a ser ofertadas na execução fiscal originária, até o trânsito em julgado do feito* (págs. 1.902/1.909); A embargada, para suster presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, não afastada *após a atenta leitura dos autos e correto sopesamento das provas produzidas, donde decorre a higidez da CDA em excussão* (págs. 1.893/1.896).

Recursos bem processados, respondidos nas págs. 1.917/1.920 e 1.921/1.930.

É o relatório, adotado, no mais, o da **r. sentença.**

A FAZENDA DO ESTADO ajuizou execução fiscal para cobrar multa imposta a LOJAS AMERICANAS S.A., mediante auto de infração nº 4.060.288-6, lavrado em 17/06/2015 nos seguintes termos:

Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R$ 124.315,20 (cento e vinte e quatro mil, trezentos e quinze reais e vinte centavos), no período de agosto e outubro de 2011, decorrente da escrituração de documentos fiscais abaixo discriminados, inábeis, que foram desclassificados nos

Acesso ao Sumário

termos do Inciso I, do Artigo 184 do RICMS/00, relativamente à entrada de mercadorias no estabelecimento e que não atendem às condições previstas no item 3 do §1º, do artigo 59 do RICMS/00, conforme se comprova pelas cópias dos documentos juntadas.

Todos os documentos fiscais supostamente emitidos por TY DO BRASIL COMERCIAL DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., IE 147.814.645.116, CNPJ 13.229.437/0001-43, foram declarados inidôneos, nos termos do Processo SF nº 1000371-1207825/2012 (**sic**).

O valor da execução, para novembro/2018, era de R$ 763.812,28.

Procedentes os embargos opostos, foi anulado *o auto de infração nº 4.060.288-6* (págs. 1.885/1.886 e 1.897), contra o que as partes apelaram, mas, respeitados esses esforços, não vejo razão para modificar o entendimento original, alicerçado, quanto ao cerne, em robusta prova pericial.

Antes do mais, quanto ao recurso fazendário, observo vir a apelação sem os fundamentos de fato e de direito que deram causa ao inconformismo, ou seja, sem fazer referência direta aos fundamentos do pronunciamento judicial, como base para desenvolver as razões recursais, como, aliás, bem realçou a embargante em contrarrazões.

Tanto assim que, como se vê, houve singela petição recursal afirmando sobre ser caso de prevalecer presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Entretanto, essa parca fundamentação não há de ser suficiente para implicar ofensa ao princípio da dialeticidade recursal, porquanto é possível extrair irresignação da parte e propósito de reforma.

Com essas necessárias considerações, conheço do recurso e passo ao seu exame, mas, já em repetição, não há motivo para reforma da r. sentença.

Não há disputa sobre ter ocorrido a declaração de inidoneidade da empesa TY do BRASIL em momento posterior às operações denunciadas pelo Fisco, e, após regular trâmite, apurou-se neste feito sobre terem sido efetivas as operações, tais quais referidas pela embargante, o que fomenta a conclusão sobre impertinência da autuação.

Produziu-se, aqui, prova sobre efetividade das operações comerciais, extraída da farta documentação trazida pela embargante, a realçar regularidade escritural das operações, todas ocorridas, repito, em datas anteriores à declaração de inidoneidade da empresa TY do Brasil Comercial de Produtos de Informática Importação e Exportação Ltda.

E, se não bastasse, a realçar de forma definitiva a conclusão acima, houve minucioso laudo pericial contábil, por intermédio do qual assim apurou o **expert**, quanto ao cerne:

A análise documental apresentada pela Autora, evidenciou que as

operações mercantis com empresa fornecedora TY DO BRASIL COMERCIAL DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., ocorreram no período de agosto/2011 e outubro/2011 e, a declaração de inidoneidade desta empresa somente se deu no processo administrativo nº 1000371-1207825/2012, na data de 07 de novembro de 2011, portanto, á época em que as operações foram realizadas, a empresa fornecedora se encontrava regularmente inscrita junto ao Estado de São Paulo;

As operações foram amparadas por notas fiscais válidas emitidas pela empresa fornecedora, as quais se encontram acostadas aos Autos;

As notas fiscais foram devidamente escrituradas no livro registro de entradas da requerente, como se constata na documentação presente nos autos;

Os documentos fiscais e os respectivos pagamentos foram regularmente contabilizados pela requerente como se constata pelos documentos anexos aos autos.

Assim sendo, com base nos documentos acostados nos autos e nos registros fiscais e contábeis, citados acima, não outra conclusão a não ser a de que as operações, que ensejaram o Auto de Infração, foram regularmente realizadas, ocorrendo a entrada das mercadorias no estabelecimento da requerente e efetivado seu pagamento (**sic** – págs. 1.794/1.847 e 1.867/1.874).

Em hipóteses como a em análise, a jurisprudência vinha se firmando no sentido de afastar a responsabilidade tributária do comerciante, porquanto se presume conduta de boa-fé, na medida em que não teria condições de apurar a idoneidade dos adquirentes.

Conquanto, *via de regra a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato* (art. 136, CTN), é cediço não ser possível aos contribuintes fiscalizar a regularidade dos atos de seus fornecedores, mormente se considerado que somente o Fisco possui competência para a realização de algumas das diligências necessárias a tal desiderato.

Ainda que pretenda o Fisco exigir dos contribuintes a cautela de consultar dados públicos sobre as empresas, demonstrado nos autos estar a empresa TY do Brasil habilitada no Cadastro Sintegra/ICMS quando da realização das operações (pág. 1.835), como também afirmado na resposta ao quesito nº 1 da perícia – *a requerente apresentou nos autos documentos de cadastro relativos a Inscrição Estadual – IE: nº 147.814.645.116 do fornecedor TY DO BRASIL da época em que efetuou operações mercantis com o mesmo* [...] *O Anexo II, acostado ao presente laudo, contempla cópia de documentos apresentados pela*

Acesso ao Sumário

autora – e, registre-se, ir além disso implica desbordar dos limites da boa-fé.

Demais disso, segue que, sem a publicação das decisões do Fisco acerca da inidoneidade dos documentos fiscais emitidos pela empresa TY do Brasil Comercial Produtos de Informática Importação e Exportação Ltda., as operações eram presumidas legais.

Mudando o que necessário for, o entendimento foi consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento, **sob o rito do art. 543-C, do CPC** e da Resolução STJ 08/2008, do REsp. nº 1.148.444/MG, rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 27.04.2010, nestes termos: *1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (...). 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN (...)* (sem grifos no original).

De rematada sabença, ademais, que *o vendedor ou comerciante que realizou a operação de boa-fé, acreditando na aparência da nota fiscal, e demonstrou a veracidade das transações (compra e venda), não pode ser responsabilizado por irregularidade constatada posteriormente, referente à empresa, já que desconhecia a inidoneidade da mesma*[1].

A pá de cal sobre o tema é vista com o recente Enunciado nº 509 das Súmulas do C. Superior Tribunal de Justiça: é lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.

Repito ter a embargante trazido prova robusta sobre terem sido efetivas as operações, com expressa referência pelo **expert** também sobre comprovação dos pagamentos – *foi possível constatar pelos documentos acostados aos autos, quais sejam, cópias das transferências bancárias eletrônicas - TED's, que todas as aquisições de mercadorias feitas foram devidamente pagas* – (resposta ao quesito nº 4), demonstrada, dessarte, a realização dos negócios retratados nos documentos fiscais, sem que posterior declaração de inidoneidade deles lhes retire e legalidade, a resultar, por conseguinte, serem descabidas as autuações, e, inexigíveis as multas tributárias.

Isso resolvido, passo à análise do recurso interposto pela embargante para pleitear condenação da Fazenda *a restituir todos os gastos ou eventuais outras modalidades de caução que venham a ser ofertadas na execução fiscal originária.*

Acesso ao Sumário

1 **REsp 112.313/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.11.1999, DJ 17.12.1999, p. 343.**

A teor do artigo 82, § 2º do Código de Processo Civil, *a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou*, regramento harmônico com a previsão contida no p. único do artigo 39 da Lei 6.830/80[2].

E, além, *as despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária da testemunha* (art. 84, CPC).

Isso realçado, e sempre respeitada a argumentação, entendo descabida a interpretação pretendida pela recorrente, porquanto, não se descure, a contratação de seguro e/ou fiança bancária para garantir a execução deu-se por opção da executada, não sendo indispensável ao ajuizamento de embargos.

É lembrar previsão, no artigo 9º da Lei 6.830/80, sobre tratarem-se o seguro-garantia e a fiança-bancária de modalidades de garantia à execução.

Demais disso, como também constou na decisão trazida nas razões recursais, para inclusão desse custo no conceito de despesas a serem ressarcidas devem ser consideradas situações excepcionais, atinentes a eventual impossibilidade de se exercer a defesa sem prejuízo de atividades próprias da atuação empresarial, não entrevistas neste processo, ante a notória capacidade econômica da embargante em fazer frente ao valor executado.

Com essas observações e acréscimos, entendo não merecer reforma a r. sentença, também diante de seus próprios fundamentos, pelos quais, registro, bem se examinou a questão controvertida.

Assinalo, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Recursos desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042913-53.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é apelado TIM S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.164)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

2 **Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.**

São Paulo, 4 de novembro de 2021.
LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação de Obrigação de fazer – Disponibilização de dados cadastrais de determinado número de telefone pela respectiva empresa de telefonia – Identificação do usuário necessária para fins de análise de infração administrativa (afixação de cartazes em postes públicos) – Explicita-se que não se trata de fornecimento de dados sensíveis e nem de quebra de sigilo telefônico (art. 5º, XII, CF), mas apenas dos dados cadastrais do usuário – Art. 5º, I, e 7º, Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.079/2018 - LGPD) – Delineado o "interesse legítimo" da Prefeitura em identificar o responsável pela ofensa à Lei da Cidade Limpa, pois os dados do usuário do número de telefone em questão é informação essencial para a eventual imposição de multa administrativa, principalmente com a finalidade de desestimular esse tipo de conduta – Reforma-se integralmente a r. sentença e, nos termos do art. 1.013, §3º, I, do CPC, julga-se procedente o pedido formulado na petição inicial para determinar a apresentação pela ré dos dados cadastrais do usuário – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pelo MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO em face de TIM S/A para requerer a disponibilização dos dados do usuário do número de telefone (16) (...) em razão da violação da Lei da Cidade Limpa decorrente da afixação de anúncios de serviços de "*búzios, cartas, tarô*" em postes de iluminação em diversos pontos da cidade.

A r. sentença indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução do mérito (fls. 32/34).

Inconformada, a Municipalidade interpôs o presente recurso de apelação visando a reforma da r. sentença. Alega a existência de interesse público, tendo em vista a necessidade dos dados para a imposição das penalidades legais ao respectivo responsável com a finalidade de evitar práticas futuras (fls. 37/40).

O despacho de fls. 43 determinou a apresentação de contrarrazões, juntada às fls. 63/68.

Acesso ao Sumário

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

O objeto de análise da presente lide é aferir a possibilidade de a empresa de telefonia disponibilizar ao Município os dados cadastrais do usuário do número de telefone (16) (...).

A medida, de acordo com a alegação da Prefeitura, é necessária para identificar o responsável pela violação da Lei da Cidade Limpa, decorrente da afixação de diversos cartazes em muitos pontos da cidade com anúncios de serviços de "búzios, cartas, tarô".

Ocorre, porém, que nos anúncios há somente o número de telefone, sendo necessário, portanto, identificar o respectivo usuário para imposição das penalidades administrativas cabíveis.

Pois bem.

O objeto central da lide, então, é aferir a possibilidade de disponibilização de dados cadastrais do usuário do número de telefone *supra* com o objetivo de viabilizar a imposição de penalidade administrativa e, assim, evitar práticas futuras do ilícito civil em comento.

De início, é preciso definir qual espécie de informação é solicitada pela autora/apelante, conforme definido no art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.079/2018):

"Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável".

Explicita-se, desde já, que não se trata de pedido de dados sensíveis, ou seja, que interfiram no direito à intimidade do usuário (art. 5º, XII, CF), mas tão somente dos dados cadastrais para fins de simples identificação.

"Art. 5º, XII, CF – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Além disso, não se busca nenhum dado relativo à transmissão via internet, sendo inaplicável o art. 22 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que restringe o acesso aos dados sensíveis somente em caso de processo judicial cível ou penal.

Por sua vez, o art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.079/2018) especifica as hipóteses em que é permitido o "*tratamento de dados* pessoais", prevendo especificamente em seu inciso IX a hipótese em comento:

"Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado

Acesso ao Sumário

nas seguintes hipóteses:

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais".

No caso em questão, está delineado o "*interesse legítimo*" da Prefeitura em identificar o responsável pela ofensa à Lei da Cidade Limpa, pois os dados do usuário do número de telefone é informação essencial para a eventual imposição de multa administrativa, principalmente com a finalidade de desestimular esse tipo de conduta.

O art. 9º, III, da Lei Municipal nº 12.730/2012 (Lei da Cidade Limpa de Ribeirão Preto) prevê:

"Art. 9º: É proibida a instalação de anúncios:

III - em postes de iluminação pública ou de rede de telefonia, inclusive cabines e telefones públicos, conforme autorização específica, exceção feita ao mobiliário urbano nos pontos permitidos pela Prefeitura".

O art. 37, I, a, da mesma lei:

"Art. 37: Para os fins desta lei, consideram-se infrações:

I - exibir anúncio:

a) sem a necessária autorização e/ou licença de anúncio indicativo, publicitário, banners, faixas e lambe lambe ou a autorização do anúncio especial, quando for o caso".

Portanto, verifica-se, para os fins da presente lide, o interesse legítimo da Administração em obter os dados de identificação do usuário do número de telefone (16) (...), pois, conforme fls. 16/17, bem como auto de notificação de fls. 19, há violação às regras previstas na Lei da Cidade Limpa de Ribeirão Preto.

Reitera-se que não se trata de disponibilização de dados sensíveis e nem de violação ao sigilo telefônico, mas apenas de fornecimento dos dados cadastrais do usuário do telefone supramencionado.

Portanto, reforma-se integralmente a r. sentença e, nos termos do art. 1.013, §3º, I, do CPC, julga-se procedente o pedido formulado na petição inicial para determinar a apresentação pela ré dos dados cadastrais do usuário do número de telefone (16) (...).

Para fins de prequestionamento tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000262-65.2017.8.26.0412, da Comarca de Palestina, em que é apelante MUNICÍPIO DE PALESTINA, é apelado TIM S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, em julgamento estendido, deram provimento ao recurso, vencido o Relator, que declara voto, e o 5º Juiz. Acórdão com o 4ºJuiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.670)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REZENDE SILVEIRA, vencedor, JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 29 de outubro de 2021.

REZENDE SILVEIRA, Relator Designado

Ementa: APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Taxa de Licença para localização e funcionamento das torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz – A fiscalização das estações de transmissão de dados é atribuição da União, mas os serviços prestados pelas concessionárias de telecomunicações devem respeitar as leis municipais referentes a uso e ocupação do solo (art. 74 da LF 9.472/97) – Taxa que decorre do exercício regular do poder de polícia – Sentença que julgou procedentes os embargos reformada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de tempestivo recurso de apelação, interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE PALESTINA**, por meio do qual objetiva a reforma da sentença de fls. 367/372 que julgou procedentes os embargos para reconhecer a inexigibilidade do débito e extinguiu a execução fiscal, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da execução.

Em suas razões, alega, em suma, que o Município exerce seu poder de polícia dentro dos limites constitucionais que lhe foram outorgados (art. 145,

Acesso ao Sumário

II) e em consonância com o estabelecido no art. 77 e seguintes do CTN e, nessa condição, deve zelar pela observância das posturas públicas locais, particularmente as relacionadas à higidez, à saúde pública, à segurança, à conformação aos direitos de vizinhança, dentre outras, das atividades instaladas em seu território, devendo a apelada se submeter a tais posturas.

Apesar de competir à União a fiscalização das antenas de transmissão, os serviços prestados pelas concessionárias de telecomunicações também devem respeitar as leis municipais referentes ao uso e à ocupação do solo, nos termos do artigo 74 da Lei Federal nº 9.472/97, daí porque pugna pela inversão do julgado.

Contrarrazões a fls. 406/415.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Inicialmente registro que o Ministro Luiz Fux, reconheceu a existência de repercussão geral no recurso extraordinário 776.594/ SP (Tema 919), sem, no entanto, determinar qualquer suspensão no julgamento da matéria pelas instâncias ordinárias, daí porque não há óbice para que se proceda ao julgamento do presente recurso.

O fulcro da controvérsia reside na possibilidade ou não de incidência da taxa de licença para localização e funcionamento, prevista na Lei Municipal, para fiscalização das atividades de telecomunicações, tendo em vista que o artigo 21, inciso XI da Constituição Federal é claro ao dispor que compete à União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, **os serviços de telecomunicações**, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais".

A taxa de fiscalização para funcionamento tem como hipótese de incidência o exercício da atividade de polícia, relativas ao meio ambiente, segurança, posturas, edificações, moralidade e sossego público, em relação às pessoas físicas ou jurídicas, estabelecidas ou não e legalmente licenciadas para fins comerciais, industriais, profissionais e similares.

Por isso, de todo irrelevante distinguir o espaço físico no qual se estrutura a estação rádio base, que evidentemente deve respeitar as posturas municipais, do conceito de estabelecimento comercial, pois trata-se de situação jurídica similar na qual o fato gerador do aludido tributo incide.

A jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, vem confirmando a constitucionalidade da instituição da taxa de instalação das ERB' s, o que supera o entendimento do Órgão Especial seja por se tratar de arguições de inconstitucionalidade pretéritas seja pela autoridade vinculante das decisões da Suprema Corte, conforme se infere do teor da seguinte ementa:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. INSTALAÇÃO DE TORRES DE TELEFONIA CELULAR. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL PARA DISCIPLINAR O USO E A OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 632.006 SANTA CATARINA, Segunda Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 18/11/2014**).**

Verifica-se assim, que o Município não extrapolou sua competência legislativa, prevista no artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, pois a criação de taxas pelo exercício do poder de polícia é, efetivamente, inserida nessa atribuição constitucional para dispor sobre temas de interesse local e os serviços prestados pelas concessionárias de telecomunicações devem respeitar as leis municipais referentes a uso e ocupação do solo, nos termos do disposto no art. 74 da Lei nº 9.472/97, segundo o qual "*a concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos*", não se tratando de usurpação ou de competência concorrente ou ainda suplementar em matéria de telecomunicações, uma vez que os Municípios não legislam sobre tal tema.

Nesse sentido o julgamento da Apelação nº 0306160-56.2009.8.26.0000, com voto do eminente Desembargador Ricardo Anafe, da 13ª Câmara de Direito Público, julgada em 06.06.2012, consoante o entendimento do precedente do Supremo Tribunal Federal acima mencionado e que parcialmente se transcreve como razão de decidir:

"In casu", a impetrante, concessionária de serviço público de telefonia, possui estações de rádio-base (ERBs) na Municipalidade de Campo Limpo Paulista, razão pela qual a municipalidade instituiu taxa de fiscalização e funcionamento das torres de celular, sendo certo que a empresa aponta a inexistência do poder de polícia do ente político sobre os equipamentos, vez que está amparada em autorização de lei federal, bem como a i**legalidade da taxa cobrada. Em verdade, na qualidade de concessionária de serviço público, vale lembrar que a impetrante sujeita está à legislação federal, estadual e municipal, no que concerne à ocupação urbana, sem se olvidar que a respeito da instalação de sistemas de transmissão de telefonia celular, há ditames legais impostos para a proteção do meio ambiente e manutenção da saúde, e sobre esse tema, são competentes para legislar tanto o Estado quanto o Município. Além disso, impende consignar que, se por um lado a Sexta Carta Republicana, em seu artigo 22, inciso IV, atribuiu à União competência privativa para legislar sobre telecomunicações, d'outro bordo, conferiu aos Municípios competência tanto para tratarem dos assuntos de inte-**

Acesso ao Sumário

resse local, quanto para promoverem correto ordenamento territorial, por meio de planejamento e controle de uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (incisos I e VIII do artigo 30). Com efeito, a análise do inciso II do artigo 145 da Carta Magna e do artigo 77 do Código Tributário Nacional, permite convergir o pensamento para um único ponto, qual seja: a cada ente federado cabe instituir suas respectivas taxas, em virtude do poder de polícia que exercer dentro dos limites legais e constitucionais traçados, exatamente como fez a municipalidade no caso vertente. Ainda, segundo afirmação da própria impetrante, as estações rádio-base são estruturas que permitem a conexão entre sua central de comunicação e os aparelhos telefônicos dos usuários de seus serviços, compostas por equipamentos de transmissão e recepção de dados e voz, visando **a cobertura de determinada área. Nesse passo, para que sejam instaladas no território municipal, bem como nele permaneçam, as estações rádio-base devem respeitar a legislação local que disponha sobre a maneira de ocupação e uso do solo urbano, conclusão esta que reforçada foi pelo artigo 74 da Lei Federal nº 9472/97 (Lei Geral das Comunicações), a qual determina que a "A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos". Desta forma, atenta à competência que lhe foi constitucionalmente outorgada, a Municipalidade de Campo Limpo Paulista inspeciona as estações rádio-base, instaladas e mantidas no seu perímetro, fato gerador da contestada taxa prevista pela Lei Municipal Complementar nº 170/01, não cabendo falar, portanto, em falta de competência, vez que não resta caracterizada, pois o poder de polícia exercido pela apelada voltado está a assuntos de interesse local (forma de ocupação e uso do solo urbano), e não acerca dos próprios serviços de telecomunicação, como pretende fazer entender a impetrante, que, "en passant", não provou nada neste sentido. Por oportuno, vale constatar que o fato de a impetrante já efetuar o pagamento de taxa de funcionamento à Anatel correspondente ao funcionamento de cada uma de suas estações de rádio-base instaladas em território nacional, não configura bitributação, pois, como já escrito, a municipalidade tem poder de polícia para cuidar de interesse local, sem afetar a seara tributária de outro ente federado e, de mais a mais, há que se lembrar que a hipótese de incidência tributária, 'in casu', é outra, assim como a base de cálculo, o que não reclama maiores delongas".** (Grifamos)

Em julgados mais recentes, este tem sido o entendimento predominante:

"TAXA – Licença para funcionamento de estações rádio base – Serviços de telecomunicações – Município de São Paulo – Exercícios

Acesso ao Sumário

de 2009 a 2015 – Ação anulatória julgada improcedente – Legitimidade da instituição e cobrança decorrente do exercício do poder de polícia – Não usurpação da competência da União – Exação que se mostra legítima – Precedente do Colendo Órgão Especial – Recurso não provido." (Apelação nº 1034157-95.2015.8.26.0053, Rel. Des. Erbetta Filho, julgado em 24.08.2017);

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à Execução – Taxa de Localização e Funcionamento – Município de Santos – **Estação Rádio Base para a prestação de serviços de telefonia – Tributação relacionada ao uso e ocupação do solo, cuja competência é do ente municipal – Competência da União para a fiscalização dos servi**ços de telecomunicações em si – Taxa devida – **Sentença reformada para regular prosseguimento da execução fiscal."** (Apelação nº 1026238-46.2016.8.26.0562, Rel. Des. Fortes Muniz, julgado em 28.11.2019);

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – Taxa de Licença de Localização das torres e antenas de transmissão e receptação de dados de voz, instituída pela Lei Municipal n° 1934/2015 – Município de Álvares Florence – Alegação de usurpação da competência da União para legislar sobre o funcionamento das estações de rádios -base – Não ocorrência – Competência municipal para disciplinar assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento territorial (art. 30, incisos I e VIII, da CF) – Uso e ocupação do solo urbano – Cobrança que decorre do exercício do poder de polícia dos municípios – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido." (Apelação nº 1009794 - 49.2018 .8.26.0664, Rel. Des. Raul de Felice, julgado em 26.09.2019);

"APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – Acolhimento da objeção prévia de executividade – Taxa de Fiscalização de Estabelecimentos – Exercícios de 2014 e 2015 – Incorporação da Vesper pela Claro S/A em 24/03/2016 – Responsabilidade da incorporadora pelos débitos tributários da incorporada REsp nº 1.848.993/**SP Tema 1049 – TFE – Estação de Rádio Base – Lei Municipal 13.477/2002 – Tributo exigido conforme a natureza da atividade Inconstitucionalidade Fiscalização – Poder de polícia – Base de cálculo que deve corresponder ao custo da função e não da atividade exercida no local – Precedentes do STF, STJ e TJSP – Sentença mantida, mas por fundamento diverso. Recurso desprovido.** (TJSP; Apelação Cível 1517145-55.2019.8.26.0090; Rel. Octavio Machado de Barros; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Vara das Execuções Fiscais Municipais; Data do Julgamento: 13/01/2021; Data de Registro: 13/01/2021);

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Taxa de Funcionamento sobre estação rádio-base (ERB) – Município de Itapevi – Ausência de

Acesso ao Sumário

invasão da competência da União para legislar sobre telecomunicações, eis que cabe ao Município, nos termos do art. 30, inc. I e VIII, da CF/88, legislar sobre "assuntos de interesse local" e" promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" Legitimidade da executada e ausência de bitributação – Sentença mantida – Recurso desprovido (Apelação/remessa necessária nº 1000190-79.2018.8.26.0271; Relatora Mônica Serrano; 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Itapevi - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 10/03/2021; Data de Registro: 09/03/2021);

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à Execução Fiscal – Taxa de Licença para Localização e Funcionamento (TFF) do exercício de 2019 – Estação Rádio Base transmissora/receptora de sinais de telefonia celular – Competência municipal – Interesse local – Inexistência de invasão de competência da União – Legalidade e constitucionalidade da cobrança do tributo – Sentença reformada – Embargos à Execução julgados improcedentes – Inversão dos ônus sucumbenciais – Apelação provida. (Apelação nº 1024449-70.2020.8.26.0562; Relatora Silvana Malandrino Mollo; 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/06/2021; Data de Registro: 18/06/2021);

"APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal – Município de Itirapina – Empresa prestadora de serviços de telecomunicações – Estação Rádio Base (ERB) – Taxa de Fiscalização de Funcionamento (TFF) – Inconstitucionalidade – Violação da competência exclusiva da União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, CF) – O Município pode/deve fiscalizar as ERBs instaladas em sua territorialidade, mas apenas quanto à sua localização e instalação, conforme as normas de uso e ocupação do solo urbano, nunca relativamente aos aspectos técnicos concernentes ao respectivo funcionamento – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1000778-16.2019.8.26. 0283; Rel. Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Itirapina - Vara Única; Data do Julgamento: 16/06/2021; Data de Registro: 16/06/2021)".

Saliente-se que cabe ao Município fiscalizar a instalação das mencionadas antenas de transmissão e evitar que sejam colocadas em local indevido.

O objeto da fiscalização, portanto, é a regularidade da instalação das mencionadas antenas de transmissão, e não a atividade exercida pela autora da demanda, esta sim, competência da União, inexistindo, por fim, qualquer caráter confiscatório na taxa fixada na lei municipal que se mostra compatível com o fato gerador que decorre do exercício do poder de polícia, assim como a base de cálculo, pois, no caso concreto, a Fazenda Municipal considerou a atividade

Acesso ao Sumário

exercida, a localização do imóvel, o uso a que se destina e tais critérios relacionam-se com o custo da atividade estatal e decorrem do exercício do poder de polícia, o que afasta as demais alegações da embargante, ora apelada, incluindo a bitributação, confirmando-se a exigibilidade da taxa e a presunção de liquidez e certeza do título executivo.

Por isso, estão presentes os requisitos para a exigência da taxa de fiscalização e funcionamento instituído pela lei municipal, não havendo qualquer ilegalidade quanto a base de cálculo.

Dessa forma, de rigor a reforma da sentença, para julgar improcedentes os embargos e determinar o prosseguimento da execução fiscal, com inversão do ônus da sucumbência, já incluída a verba recursal prevista no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, meu voto dá provimento ao recurso para reformar a sentença, julgando-se improcedentes os embargos e determinar o prosseguimento da execução fiscal, com inversão do ônus da sucumbência.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 35.045)

Divirjo da maioria.

A suspensão do feito não merece acolhida.

Nos termos do art. 1.035, § 5º do CPC, cabe ao Relator do Recurso Extraordinário determinar a suspensão dos processos pendentes em todo o território nacional que versem sobre a questão afetada, o que não ocorreu na hipótese.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto proferido por este Tribunal no Agravo de Instrumento nº 2129948-34.2018.8.26.0000, envolve as mesmas partes:

> "(...) O C. STF, no julgamento do referido recurso reconheceu, por maioria, a existência de repercussão geral da questão constitucional discutida: 'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LICENÇA PARA O FUNCIONAMENTO DAS TORRES E ANTENAS DE TRANSMISSÃO E RECEPÇÃO DE DADOS E VOZ. ESTAÇÕES DE RADIO-BASE (ERB´S). PODER DE POLÍCIA E LIMITES DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS EM MATÉRIA AFETA ÀS TELECOMUNICAÇÕES. ARTIGOS 22, INCISO IV, E 30, INCISOS I, II, III E VIII, DA CFRB/88. RELEVÂNCIA DO TEMA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL' (STF Pleno Reper-

Acesso ao Sumário

cussão Geral no RE 776.594/SP Rel. Min. Luiz Fux j. 06.10.2016)."

No entanto, o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional pelo STF não acarreta a imediata suspensão dos demais processos sobre o tema em trâmite nas instâncias inferiores, sendo necessária determinação expressa do relator nesse sentido. Ocorre que, no caso, limitou-se a reconhecer a repercussão geral, sem qualquer determinação de suspensão dos demais processos sobre o mesmo tema, na forma preconizada pelo art. 1.035, § 5º, do CPC. Portanto, prematura a determinação de suspensão da execução fiscal pelo E. Juízo de origem. (...)". (Relator Carlos Violante, v.u., j. 20.9.2018).

Quanto ao mérito, o recurso não merece provimento.

Ao instituir taxas de expediente e licença para funcionamento de torres e antenas de transmissão de telefonia móvel, o Município extrapolou os limites de sua competência, vez que a tributação sobre serviços de telecomunicações compete privativamente à União, nos termos dos artigos 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal.

O serviço de telecomunicações, conforme previsto na Lei 9.472/97[1], **consiste no "*conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações*", não podendo ser considerado questão de interesse local a autorizar instituição de taxa pelo Município**.

Confirmando tal entendimento, assim já decidiu Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Município de Nova Granada – Lei Municipal n° 57/06 – Instituição da Taxa de fiscalização de licença para funcionamento das torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz – Usurpação da competência privativa da União – Afronta aos arts. 21, XI e 22, IV da CF – Arguição acolhida – Inconstitucionalidade da lei Nº 57/06 declarada."*[2]

Veja-se, ainda, precedente desta Câmara:

> *"Apelação. Execução Fiscal. ISS/TAXAS. Nulidade da CDA. Inexistência. Ausência de nulidade da sentença. Taxa de licença para funcionamento. Inexigibilidade. Não demonstração de prejuízo pelo executado de modo que fica afastada nulidade da CDA. Sentença que decidiu nos limites da demanda proposta, não havendo que se falar em sentença extra petita. Instituição da taxa de licença para funcionamento de torres e antenas de transmissão de sinais de telecomunicação pelo Município de Avaré. Usurpação da competência atribuída a União, nos termos dos*

Acesso ao Sumário

1 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC nº 8, de 1995.

2 Arguição de inconstitucionalidade nº 0195828-51.2011.8.26.0000, relator Des. Samuel Júnior, j. 16.11.2011.

artigos 21, XI e XII e 22, IV, da Constituição Federal. Recurso provido."[3]

Ademais, como bem anotado no julgado supra:

"Diante da competência atribuída exclusivamente a União para exploração dos serviços de telecomunicações, depreende-se que também caberá a ela a fiscalização do seu exercício, através do Poder de Polícia. Nesse sentido, são as lições de Hugo de Brito Machado:

Competente para instituir e cobrar taxa é a pessoa jurídica de direito público que seja competente para a realização da atividade à qual se vincule o fato gerador respectivo. Sabe-se que a taxa é tributo vinculado, vale dizer, o seu fato gerador é sempre ligado a uma atividade estatal. Assim, a entidade estatal competente para o desempenho da atividade é competente, por consequência, para instituir e cobrar a taxa correspondente (Curso de Direito Tributário. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 440)."

Assim, compete à Anatel, órgão regulador responsável por organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, a regulação dessa atividade nos termos da Lei nº 9.472/97[4], impondo-se a manutenção da sentença e a consequente acolhida dos embargos, tal como fundamentado pelo Juízo de 1º grau.

Diante do não provimento do apelo, cabem honorários recursais, nos termos do artigo 85, § 11 Código de Processo Civil, razão pela qual majora-se em 1% (um por cento) a verba honorária sobre o valor atualizado da causa.

Posto isso, pelo meu voto, nega-se provimento ao apelo.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008811-64.2015.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante FUNDAÇÃO DO ABC - COMPLEXO HOSPITALAR MUNICIPAL UNIVERSITÁRIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelada EDINEIDE DOS SANTOS.

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

3 Apelação nº 0004514-59.2009.8.26.0073, relatora Kenarik Boujikian, j. 18.10.2012.

4 Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções; XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

integra este acórdão. **(Voto nº 37.178)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente), LEONEL COSTA e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 9 de novembro de 2021.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: GRATUIDADE JUDICIÁRIA – Indeferimento – O simples fato de se tratar de pessoa jurídica sem fins lucrativos não basta para a concessão do benefício – Ausência de provas da hipossuficiência – Custas de apelação recolhidas – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO MÉDICO – Aborto não autorizado em gravidez desconhecida durante procedimento de histerectomia – Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada – Prova oral desnecessária – Erro comprovado por perícia médica – Negligência no acompanhamento da paciente, exames e anamnese – Gravidez de 4 meses interrompida sem consentimento da grávida – Conduta, dano e nexo de causalidade verificados – Danos morais arbitrados em R$ 25.000,00 – Valor mantido – Sentença mantida – Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 576/598) tempestivamente interposto pela Fundação do ABC – Complexo Hospitalar Municipal Universitário de São Bernardo do Campo contra a *r.* sentença de fls. 543/550, cujo relatório se adota, que julgou procedentes o pedido indenizatório de Edineide dos Santos, para condenar o *réu no pagamento à autora o valor de R$ 25.000,00 a título de danos morais, corrigidos, mais juros moratórios a partir do evento danoso, de 0,5% ao mês e a atualização monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo.*

Argui preliminar de cerceamento de defesa, em razão da falta de produção de prova oral. Requer a concessão do benefício da justiça gratuita.

No mérito, sustenta a inocorrência de negligência no atendimento da autora. Alega que foram realizados todos os exames necessários para o procedimento cirúrgico e que a apelada fora orientada a usar métodos contraceptivos, de modo que eventual gravidez no momento da retirada do útero foi culpa exclusiva da vítima.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 604/612.

É o relatório.

De início, indeferido o pedido de gratuidade.

Superadas restaram as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade e circunstâncias pelas quais a pessoa jurídica faz jus ao benefício, com a consolidação da matéria no Novo Código de Processo Civil, consoante disposto:

> *Art. 98: A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*

Depreende-se do texto legal, que o benefício será concedido mediante **comprovação efetiva** da alegada dificuldade financeira.

Como já sedimentado em julgados anteriores à nova Lei Processual, a circunstância de a pessoa jurídica ser filantrópica ou de utilidade pública não gera, só por si, a presunção de que não possua meios de antecipar as custas prévias e taxa judiciária, a fim de reclamar a tutela jurisdicional do Estado, ainda mais quando também exerce atividades privadas. Para obter o benefício deve demonstrar sua insuficiência ou precariedade de recursos, através de balanço patrimonial ou outro documento que comprove a impossibilidade de pagamento das custas processuais.

Outra não é a orientação do C. STJ, no sentido de vedar a extensão do benefício a pessoas jurídicas que não sejam as de fins tipicamente filantrópicos ou de caráter beneficente, pias ou morais, bem como microempresas nitidamente familiares ou artesanais, mediante comprovação da ausência de condições econômicas, a saber: REsp 322.658/MG, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, DJ 12.9.2005, p. 263; REsp 320.303/SC, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 05.9.2005, p. 334; REsp 753.919/RS, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.8.2005, p. 161; AGREsp 671.494/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.2.2005). Confira-se, ainda:

> *A concessão do benefício da justiça gratuita, instituída pela Lei nº 1.060/50, não é possível às pessoas jurídicas, exceto quando as mesmas exercerem atividades de fins tipicamente filantrópicos ou de caráter beneficente, desde que comprovada, nos termos da lei, a sua impossibilidade financeira para arcar com as custas do processo* (STJ – AREG no Ag. Inst. n. 450-306-SP 1ª T Rel. Min. José Delgado j. 17.09.2002).

Não há, nos autos, prova da situação financeira que justifique a concessão do benefício, ainda mais porque a requerente recolheu as custas de apelação.

Assim, as circunstâncias conferem viabilidade ao deferimento da benesse, a considerar, pois, o conjunto de elementos: ausência de elementos que ratifiquem a presunção de veracidade das declarações de pobreza e a falta de *déficit*

Acesso ao Sumário

orçamentário a comprometer suas atividades.

Ao julgamento do mérito do recurso.

Trata-se de ação indenizatória movida por Edineide dos Santos em face do Hospital Municipal de São Bernardo do Campo e da Fundação do ABC, na qual pleiteia reparação por danos morais sofridos pelo aborto praticado contra si em procedimento médico de retirada do útero. Narra que no ano de 2012 foi diagnosticada com útero policístico, para o que o tratamento seria o procedimento de histerectomia, cuja cirurgia foi realizada em 24 de março de 2014. Porém, ao receber o resultado da biópsia, descobriu que estava no quarto mês de gestação que, consequentemente, foi interrompida. Afirma que, se tivesse tido conhecimento da gravidez, gostaria de ter gestado o filho.

A sentença de procedência acolheu o pedido de indenização extrapatrimonial, no valor de R$ 25.000,00.

Afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

O artigo 370 do Código de Processo Civil dispõe que "*caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito" e que ele, juiz, "indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias*". Alegações vazias e que se confundem com o mérito não podem sustentar a anulação do processo, ainda que fundadas no direito de defesa, subvertendo assim a eficiência e justiça que o próprio instituto da ampla defesa pretende conceder-lhe.

A produção da prova oral pouco tem a oferecer diante da perícia técnica realizada.

Quanto ao mérito da demanda, a responsabilidade civil está prevista no artigo 186 do Código Civil:

> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

A respeito dos elementos da responsabilidade civil, em atenção ao artigo citado, Carlos Roberto Gonçalves nos ensina:

> *A análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.*
>
> *a)* Ação ou omissão – *Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.*
>
> *(...)*
>
> *b)* Culpa ou dolo do agente – *Todos concordam em que o art. 186 do Có-*

Acesso ao Sumário

digo Civil cogita do dolo logo no início: "ação ou omissão voluntária", passando, em seguida, a referir-se à culpa: "negligência ou imprudência".

(...)

c) Relação de causalidade – *É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo "causar", utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, verbi gratia, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele "causado" o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento.*

d) Dano – *Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.*[1]

No caso da Administração Pública direta e indireta, a responsabilidade é objetiva, o que retira, dentre os requisitos acima listados, a necessidade de verificação de culpa ou dolo (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal).

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.[2]

Para a responsabilização do Estado é preciso que haja conduta (ativa ou omissiva), dano e nexo de causalidade entre a primeira e o segundo.

Nos casos de erro médico, é preciso destacar que nosso ordenamento jurídico reputa que a obrigação é de meio e não de resultado. De modo que a análise da responsabilidade se volta para observar se os procedimentos utilizados foram adequados, com vistas ao melhor resultado, mas sem depender dele.

Estão presentes todos os elementos, conforme apontado pelo laudo pericial de fls. 516/524:

Acesso ao Sumário

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, *Vol. IV*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva: 2012, p. 51-52.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p. 719.

A assistência obstétrica não foi adequada para o momento.

Indicação de histerectomia em mioma uterino de pequenas dimensões e útero de volume normal.

Não foi esgotada a propedêutica (investigação de causa) para a queixa de dispareunia profunda e de penetração no presente caso relacionadas na justificativa para indicar a histerectomia conforme documentos médicos disponibilizados.

Não houve suspeita/diagnóstico de gestão que era de 4 meses (anatomia patológica) em exame ginecológico de admissão.

Não houve solicitação de nova avaliação laboratorial em mais de 6 meses para a realização da histerectomia.

Não foi indicado/recomendado o uso de método contraceptivo em consulta de 12/08/2013 e 02/12/2013 que antecederam a cirurgia de histerectomia.

A periciada estava em idade fértil, 40/41 anos (fls. 522).

Conclui-se que houve falha grave no procedimento médico que levou ao aborto indesejado.

Evidentemente não se trata de esperar que toda intervenção médica tenha o sucesso por resultado, mas deve ter o sucesso por objetivo. Para tanto, é preciso que se empreguem os meios mais adequados ao alcance da ciência, o que não ocorreu no caso.

Fixada a responsabilidade dos réus, passo à quantificação do dano moral.

Conforme lição de Miguel Kfouri Neto, *a reparação, em caso de morte, deve ter em vista mitigar a dor dos familiares, amenizar a abrupta frustração daquela expectativa risonha de se viver sempre ao lado dos entes queridos, atenuar a sensação de vazio e desesperança*.[3]

A indenização, fixada em R$ 25.000,00, é adequada e razoável à perda experimentada, revelada pelos detalhes do caso: o aborto não desejado de uma gravidez desconhecida.

Não há causa concorrente suficiente à afastar a responsabilidade do Estado, nem demonstração de como o valor da condenação tem impacto financeiro ou se o tem.

Tais alegações não passam mesmo de apenas isso (meras alegações), o que não basta para reformar a sentença.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento ao recurso (honorários de sucumbência majorados para 12% [doze por cento] sobre o valor da condenação, conforme art. 85, § 11, do CPC).**

Acesso ao Sumário

3 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, 8ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 142.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053160-02.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VIBRA ENERGIA S/A (NOVA DENOMINAÇÃO DA PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A), é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U. Sustentou oralmente o Doutor Vicente Tavares Quaresma", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 32.769)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 11 de novembro de 2021.

LUIS FERNANDO NISHI Relator

Ementa: AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA – CONDENAÇÃO DA RÉ PETROBRAS A OBRIGAÇÃO DE: (a) PROMOVER o plantio no prazo de 6 meses de 711 mudas de exemplares arbóreos em local a ser indicado pela Secretaria do Verde e do Meio Ambiente da MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, a partir de Projeto Técnico de Reparação Ambiental, nos moldes delineados, sob pena de pena de multa diária de R$ 500,00 (majorada para R$ 1.000,00 se a mora superar 30 dias, fixado como teto o valor de R$ 150.000,00); (b) bem como pagar indenização por danos ambientais no valor de R$ 198.350,04, com juros de mora pela taxa Selic, não se cumulando com índice outro à guisa de correção, a partir de 25 de agosto de 2010 (Súmula 54/STJ), (c) sem imposição de pagamento de verbas sucumbenciais dada a natureza da causa.

APELAÇÃO DA RÉ – ALEGAÇÃO DE BOA-FÉ – Autorização da ANP (AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO) para comercialização do óleo diesel S500 no período de 24 horas, sem qualquer descumprimento da Resolução ANP nº 42/2019, editada em

Acesso ao Sumário

dezembro de 2009, enquanto que o óleo diesel foi comercializado pela Apelante em 25 de agosto de 2.010, quando o estoque da empresa foi rapidamente reduzido, com risco de desabastecimento, com possíveis prejuízos à sociedade e à ordem pública – **Consulta a ANP por e-mail, que não se opôs, consoante resposta de funcionário, legitimando o ato – TEORIA DA APARÊNCIA QUE DEVE SER CONSIDERADA EM SEU FAVOR – INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA no valor de R$ 198.350,04 QUE DEVE SER AFASTADA, sem elementos extraídos do laudo pericial que evidenciem danos intermediários reflexos ou interinos a ensejar cumulação, com pedido subsidiário para a sua redução, merecendo reforma para a conversão da obrigação de plantio de árvores na indenização apurada de R$ 17.775,00, afastando-se ainda a multa diária fixada para eventual descumprimento da obrigação de fazer, ou, ainda, que o termo inicial se dê a partir da indicação do local a ser realizado o plantio.**

RESOLUÇÃO ANP nº 42, de 16.12.09, que obrigava a ré a fornecer, para ônibus urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, apenas diesel S-50, menos poluente, com concentração de enxofre dez vezes menor que o diesel S-500 – DESCUMPRIMENTO FUNDADO NA FALTA EM ESTOQUE PARA FORNECIMENTO DO COMBUSTÍVEL PERMITIDO – NÃO OPOSIÇÃO EM RESPOSTA A EMAIL QUE NÃO TEM O CONDÃO DE REVOGAR A RESOLUÇÃO ANP, ATÉ PORQUE A SITUAÇÃO EXCEPCIONAL FOI GERADA POR INCÚRIA DA PETROBRAS – MULTA IMPOSTA ADMINISTRATIVAMENTE E CONFIRMADA EM AÇÃO JUDICIAL QUE VISAVA O DECRETO ANULATÓRIO (nº 0042499-20.2012.8.26.0053, da 8ª Vara da Fazenda Pública) E IMPROVIMENTO RECURSAL POR ESTA C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, RECONHECIDA A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA SUBJETIVA DA RÉ – VIOLAÇÃO, ADEMAIS, DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Acesso ao Sumário

DANO AMBIENTAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ILÍCITO AMBIENTAL DEMONSTRADO, ENQUADRAVEL A CONDIÇÃO DA RÉ COMO POLUIDORA TAMBÉM SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ART. 225, PARÁGRAFO 3º, da Constituição Federal e artigos 3º, IV e 14, §1º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – LPNMA (Lei nº 6.938/1981) – Remediação do impacto ambiental por conta própria e exclusiva, para suprir deficiência a que deu causa, não servindo em sua justificativa invocar preocupação com possíveis prejuízos à sociedade e ordem pública, que não isenta de responsabilidade a empresa ré, pelo dano ambiental causado – NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO – RÉ QUE ASSUMIU VOLUNTARIAMENTE SOLUÇÃO OBJETIVAMENTE MAIS GRAVOSA AO MEIO AMBIENTE COM DESPREZO À ÉTICA VOLTADA PARA O FUTURO DE OBSERVÂNCIA INARREDÁVEL – MALFERIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO RESPEITADOS OS LIMITES DA SUSTENTABILIDADE – Emissão dos poluentes na atmosfera em maior quantidade com a utilização de combustível diverso daquele permitido, constitui OFENSA DIFUSA às condições ambientais urbanas a afetar a coletividade com dano *IN RE IPSA*, tornando despicienda perícia no sentido de garantir exatidão na aferição de suas consequências.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL – CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO 'IN NATURA' E INDENIZAÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE 'BIS IN IDEM' – PRECEDENTES DO C. STJ – PLANTIO DE ELEMENTOS ARBÓREOS COMO MECANISMO COMPENSADOR DA EMISSÃO DE POLUENTES ACRESCIDA E BASTANTE PARA A ABSORÇÃO DO SO2 EMITIDO A MAIS APURADO EM PERÍCIA – Plantio de árvores que serve de compensação 'in natura' da emissão de poluentes em quantidade superior às normas ambientais – INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA IGUALMENTE DEVIDA PELOS

Acesso ao Sumário

DANOS DIFUSOS CAUSADOS E QUE A TODOS QUE HABITAM O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO DIRETA OU AINDA REFLEXAMENTE AFETA – DANO 'IN RE IPSA' – DANO JÁ CONSUMADO – ESTIMATIVA DE VALOR QUE DEVE SE PAUTAR NOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JULGADOR QUE SE VALE DE ELEMENTOS OBJETIVOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DEVIDA – JUÍZO RETROSPECTIVO E PROSPECTIVO EXERCIDO PARA FIXAÇÃO DO MONTANTE EM R$ 198.350,04, sendo R$ 13.760,22 para o projeto de plantio e R$ 184.589,82 para as mudas necessárias segundo avaliação da SVMA apresentada em confronto ao parecer oficial, que indicava o valor de R$ 17.775,00, desacolhido na sentença, além de rechaçar a assertiva daquela 'expert' de se tratar dano irrisório – POSSIBILIDADE DO JULGADOR SE VALER DE ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS PARA A FORMAÇÃO DO SEU CONVENCIMENTO – NÃO VINCULAÇÃO DO CONVENCIMENTO À CONCLUSÃO DO PERITO JUDICIAL NOMEADO – DECISÃO FUNDAMENTADA E QUE EXAUSTIVAMENTE APONTA FALHAS NO TRABALHO PERICIAL DA LOUVADA DO JUÍZO – POSSIBILIDADE – RÉ QUE TEVE A POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CRÍTICAS E CONTRAPOSIÇÃO AOS ELEMENTOS DIVERGENTES APRESENTADOS PELA AUTORA – ÔNUS EXAUSTIVO DA IMPUGNAÇÃO DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU SATISFATORIAMENTE – **VALOR ESTIMADO CONFIRMADO – INDENIZAÇÃO MANTIDA. PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PLANTIO DE 711 ELEMENTOS ARBÓREOS QUE DEPENDE DE ANTECEDENTE APRESENTAÇÃO DE PROJETO TÉCNICO DE REPARAÇÃO AMBIENTAL PERANTE A SVMA FIXADO EM 30 DIAS, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (majorada para R$ 1.000,00 se a mora superar 30 dias, fixado como teto o valor de R$ 150.000,00, MANTIDO O MÁXIMO DE 6 MESES PARA ULTIMAÇÃO CONTADO DA APROVA-**

Acesso ao Sumário

ÇÃO, SOB PENA DE NOVA MULTA DIÁRIA NAS CIFRAS E LIMITES DISPOSTOS NAS SENTENÇA RECORRIDA – APELO DA RÉ IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de Apelação interposta por **PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A** contra a r. sentença de fls.888/914 que, nos autos da **Ação Civil Pública** que lhe move o **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, julgou procedentes os pedidos para condenar a ré a: a) promover o plantio, no prazo de 6 meses, de 711 mudas de exemplares arbóreos em local a ser indicado pela Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, a partir de projeto técnico de reparação ambiental a ser elaborado nos moldes delineados a fls. 221/228 e custeado unicamente pela ré, pena de multa diária de R$ 500,00 (majorada para R$ 1.000,00 se a mora superar 30 dias, fixado como teto o valor de R$ 150.000,00); b) bem como a pagar à autora a indenização por danos ambientais no valor de R$ 198.350,04 a ser acrescida de juros de mora pela taxa Selic, não se a cumulando com índice outro à guisa de correção, a partir de 25 de agosto de 2010 (Súmula 54/STJ), sem imposição de pagamento de verbas sucumbenciais dada a natureza da causa.

Aduz em razões recursais que agiu com boa-fé, na medida em que autorizada pela ANP (AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO) para comercialização do óleo diesel S500 no período de 24 horas, sem qualquer descumprimento da Resolução ANP nº 42/2019, na medida em que esta foi editada em dezembro de 2009, enquanto que o óleo diesel foi comercializado pela Apelante em 25 de agosto de 2.010, quando o estoque da empresa foi rapidamente reduzido e, diante do risco de desabastecimento, passou a comunicar a impossibilidade de fornecimento às empresas que ainda não haviam adquirido o produto para carregamento, providenciando a transferência rodoviária do produto armazenado no Terminal de Betim, arcando com o custo das viagens em detrimento de sua margem de lucro. Para evitar possíveis prejuízos à sociedade e à ordem pública, a empresa realizou consulta a ANP, nos termos do artigo 8º da Resolução ANP nº 43/2003, com a entrega da carta GPL/GEMR 10/2010, em que foi solicitada autorização para, durante 24 horas, fornecer o óleo diesel S-500 em lugar do óleo S-50, no volume máximo de 2000m³, evitando colapso no transporte urbano da cidade com a ausência de circulação dos ônibus. Às 14:39h do dia 25/08/2010, foi autorizada pela ANP a fornecer o S-500, conforme documento de fl. 87, sem descumprimento injustificado das regras da resolução, autorizada que foi por preposto da ANP para assim proceder no período de 24 horas, aplicável a teoria da aparência para legitimação do ato, de rigor a reforma da r. sentença para

Acesso ao Sumário

afastar a condenação ao pagamento de indenização pecuniária no valor de R$ 198.350,04, sem elementos extraídos do laudo pericial que evidenciem danos intermediários reflexos ou interinos a ensejar cumulação, com pedido subsidiário para a sua redução, merecendo reforma para a conversão da obrigação de plantio de árvores na indenização apurada de R$ 17.775,00, afastando-se ainda a multa diária fixada para eventual descumprimento da obrigação de fazer, ou, ainda, que o termo inicial se dê a partir da indicação do local a ser realizado o plantio (fls.920/946).

Contrarrazões de fls.968/978, em defesa do desate traduzido na r. sentença recorrida, com parecer da Promotoria de Justiça de primeiro grau a fls.981/990, pelo improvimento do apelo.

Preopina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls.1026/1096).

É o relatório, passo ao voto.

I - Narra o pedido inicial que, de acordo com o contido no **processo administrativo 2010-0.276.848-5**, o Departamento de Controle Ambiental da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente - SVMA/DECONT, em atendimento à denúncia 1549/2010, autuou a ré por infração ambiental consistente no fornecimento de substância tóxica, prejudicial à saúde humana e ao meio ambiente, de comercialização proibida, porque em agosto de 2010, distribuiu 332.000 litros de diesel S-500 a empresas de transporte coletivo urbano na cidade de São Paulo.

Aduz que a **Resolução ANP nº 42, de 16.12.09**, obrigava a ré a fornecer, para ônibus urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, apenas diesel S-50, menos poluente, com concentração de enxofre dez vezes menor que o diesel S-500; nada obstante isso, perpetrou conduta, proibida pela legislação que regulamenta o setor, que representou grave dano ao meio ambiente da cidade, tanto que apenada com multa ambiental, confirmada em processo administrativo, bem como judicialmente por decisões, tanto em primeira quanto em segunda instâncias, nos autos da ação de declaração de nulidade proposta pela ré em face da autora (**autos nº 0042499-20.2012.8.26.0053, da 8ª Vara da Fazenda Pública**), julgada improcedente, confirmada em grau recursal, por esta C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, com V. Acórdão assim ementado:

> ***"AÇÃO ANULATÓRIA. Pretensão ao cancelamento de auto de infração ambiental e aplicação de multa. Inadmissibilidade. Autora que comercializou 243.000 litros de óleo diesel S-500 às empresas que compõem a frota de ônibus cativa do Município de São Paulo. Violação à Resolução nº 42/2009, da Agência Nacional de Petróleo. Valor da multa proporcional com* a quantidade de óleo diesel S-500 comercializado. Sentença mantida. Recurso não provido".**

Ainda que analisada a questão sob a ótica subjetiva da responsabilidade

Acesso ao Sumário

administrativa incorrida pela ré apelante, assim salientou a decisão superior:

A Resolução ANP nº 42, de 16.12.2009 é clara ao proibir a comercialização do óleo diesel S 500 para as frotas cativas de ônibus da Capital. Deveria, portanto, a apelante ter observado tal regramento, o que, contudo, não ocorreu.

Na verdade, deixou de fornecer óleo diesel S-50, de menor teor de enxofre e menos nocivo à saúde. Portanto, eventual fornecimento de óleo diesel S-500 no lugar de S-50 pela Petrobrás, como noticiado nos autos, representa violação de dever legal.

A própria apelante admite que no dia 25.8.2010, diante da falta de óleo diesel S-50 para atender aos pedidos das Empresas de Transporte Urbano de Passageiros da cidade de São Paulo, forneceu óleo diesel S-500 (fls. 42). Desse modo, patente que contrariou a Resolução ANP nº 42/2009.

Cai por terra a afirmação de que a autora tinha autorização da ANP para a comercialização do produto. É que não há qualquer elemento a indicar que o funcionário responsável pelo envio do e- mail tinha poderes para conceder a autorização do produto. Não fosse isso, o aludido e-mail não tem o condão de desconstituir a Resolução em questão.

Ademais, não prospera a alegação de que a apelante não participou do termo de ajustamento de conduta, em que há a obrigatoriedade do cumprimento da norma, então editada pela Agência Nacional de Petróleo.

A resolução presta-se inclusive como prova de que o produto fornecido irregularmente pela autora é altamente poluidor do ar, equivalente a uma quantidade 10 vezes maior de enxofre na atmosfera, contribuindo de modo prejudicial à qualidade do ar em São Paulo e região metropolitana.

Nesse esteio, como bem explicado no parecer do D. Procurador de Justiça, 'o auto de autuação encontra respaldo legal na resolução da ANP. A validade da resolução e a obrigação de seu cumprimento não dependem dos termos do ajustamento de conduta e da participação da autora no acordo ou na ação civil pública'.

Daí porque houve a autuação. A comercialização de produto nocivo à saúde humana ou ao meio ambiente afronta ao art. 641, do Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que estabelece, nessa hipótese, aplicação de multa no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)" (TJSP, Ap. 0042499-20.2012.8.26.0053, 2ª Câm. Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. VERA ANGRISANI, v.u., j. 20.3.14).

II - A par de tudo isso, olvida-se a Apelante que a responsabilidade civil **pela reparação do dano ambiental é objetiva**, vã a tentativa de rediscussão

Acesso ao Sumário

acerca da conduta perpetrada, definitivamente julgada e confirmada a infringência à proibição prevista na **Resolução ANP nº 42, de 16.12.09.**

Além do reconhecimento do ilícito administrativo por decisão transitada em julgado, o fato é confessado pela apelante tanto que afirma ter autorização da ANP para assim proceder, em nada aproveitando invocação de sua boa-fé, ou benefício da teoria da aparência em seu favor, frente ao fornecimento de diesel fora das especificações objeto de contratação, **com concentração de enxofre dez vezes maior, acarretando injustificado aumento na atmosfera de uma substância controlada e altamente poluente.**

Bem destaca a r. sentença recorrida que:

> ***"a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), ente autárquico especial criado pela Lei Federal n. 9.478/97, é reguladora das atividades que integram as indústrias de petróleo, gás natural e de biocombustíveis no Brasil. Como órgão regulador daquele setor, ostenta a ANP, entre suas atribuições, competência normativa para editar resoluções a serem observadas por todas as empresas que atuem na área".***

Certo que o comando insculpido na Resolução ANP nº 42/09 foi descumprido, do qual não poderia se furtar a empresa Apelante, consciente de que assim atuando perpetrou gravame ambiental, por incúria exclusivamente sua de não disponibilizar o quanto contratado.

Tinha a empresa ré, o dever de observar a citada Resolução quando do fornecimento de combustível à frota de ônibus da Cidade de São Paulo, fornecendo, em 25 de agosto de 2010, óleo diesel S-500, quando já vigia proibição para tanto desde dezembro de 2009, deixando de fornecer o adequado e contratado (do tipo S-50), de forma injustificada, na medida em que não dispunha em estoque do produto certo na ocasião, traduzida a falha na sua única e exclusiva incúria, não condizente com a expertise ostentada há anos, propalando uma responsabilidade ambiental na hipótese ignorada, com induvidoso dano ambiental atmosférico, em afronta a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), art. 3º, III, impondo alteração adversa das condições que regem o ambiente.

O mesmo em relação a Lei Estadual 997/76, art. 3º, que considera poluição a presença, o lançamento ou a liberação no ar de qualquer matéria com intensidade, quantidade, concentração ou com características que tornem ou possam tornar o ar impróprio, nocivo ou ofensivo à saúde, incorrendo na condição de verdadeiro poluidor nos termos do artigo 3º, IV, da Lei n.6.938/81, por se tratar de responsável ainda que indireto por atividade causadora de degradação ambiental.

III - O agir danoso consistiu na entrega para consumo das empresas de transporte metropolitano da Capital do Estado de São Paulo de óleo diesel (S-

Acesso ao Sumário

500) com teor de enxofre 10 (dez) superior àquele a que estava obrigada (S-50), afrontando proibição contida na citada Resolução da ANP, sendo certo que, se não constitui fator exclusivo de poluição atmosférica, contribuiu inegavelmente no agravamento da degradação ambiental.

Perícia judicial realizada confirmou, em resumo, "...***que são emitidas 0,283 toneladas de dióxido de enxofre (SO2) na queima de 332.000 litros de óleo diesel S500, enquanto a mesma quantidade de óleo diesel S50 libera 0,0283 toneladas daquela substância (fls. 805). Desse modo, foram emitidos 254,7 kg de dióxido de enxofre a mais na atmosfera com o uso do óleo diesel S500 quando comparado com o óleo diesel S50"***, conclusões acolhidas na r. sentença recorrida, em supedâneo da intensidade do dano ambiental cometido pela empresa ré.

Igualmente oportunas as considerações apresentadas pelo culto Promotor de Justiça designado em Segundo Grau, Dr. **Alfredo Coimbra**, no r. parecer de fls.1026/1096 quando, relativamente ao ilícito ambiental cometido pela apelante, assevera:

> ***"Não há dúvida, assim, de que aquela contribuiu, e muito, para acentuar as condições degradantes do meio ambiente urbano desta cidade.***
>
> É importante ponderar que a combustão do óleo diesel nos motores dos caminhões e ônibus projeta no ar uma massa de exaustão denominada de fração particulada. Cerca de 80% desse Material Particulado (PM) é fuligem, a fumaça negra que se vê saindo pelos canos de escapamento. Essa fuligem é composta de partículas muito pequenas com diâmetro medido em micrometros, ou seja, a milésima parte de ***1 milímetro. As partículas com dimensões menores que 10cm (PM10) são chamadas inaláveis, pois possuem a capacidade de serem depositadas nas superfícies de trocas gasosas do pulmão – os alvéolos.***
>
> ***O material particulado é o poluente atmosférico mais consistentemente associado a efeitos adversos à saúde humana. Tem por composição básica um núcleo de carbono elementar onde estão agregados gases, compostos orgânicos, sulfatos, nitratos e metais. Assim, ao seu núcleo de carbono estão absorvidos inúmeros poluentes presentes no ar, cuja ação irritante, tóxica ou cancerígena é facilitada pelo transporte destes compostos para a intimidade do organismo pela inalação do material particulado. As partículas inaláveis se mantém por longo tempo junto às células do tecido pulmonar, permitindo que pequenas quantidades de tóxicos causem danos graças à sua prolongada permanência.***
>
> ***Quanto menor é a partícula, maior é a sua absorção nas trocas gasosas efetuadas pelo pulmão, carregando consigo compostos nocivos que podem se manifestar causando lesões não só locais,***

Acesso ao Sumário

no sistema respiratório, mas também de ordem sistêmica, manifestada em qualquer outro órgão ou sistema de organismo.

O material particulado pode também se formar na atmosfera a partir de gases como dióxido de enxofre (SO2), óxidos de nitrogênio (NOx) e compostos orgânicos voláteis (COVs), que são emitidos principalmente em atividades de combustão, transformando-se em partículas como resultado de reações químicas no ar."

IV - Ainda que tenha dado o laudo pericial especial ênfase a quantidade de emissão de ***dióxido de enxofre (SO2) na queima de 332.000 litros de diesel inadequado***, certamente não se limitou a tais gases como causadores da poluição, servindo, sim, de indicativo em acréscimo à degradação ambiental existente, diretamente relacionada com a atuação perpetrada pela empresa apelante, servindo, todavia, de fundamento bastante para a certeza dos malefícios ambientais e diretos reflexos na saúde da população.

Seja no V. Acórdão que responsabilizou a ré administrativamente, como também à exaustão salientados na r. sentença recorrida, elementos suficientes traduzem a amplitude do dano ambiental causado pela ré Apelante, ainda que empregada pela digna Perita Oficial a infeliz classificação quanto a "***irrisoriedade***" do gravame.

O **dano ambiental** é, sem dúvida, resultado da alteração das características físicas, químicas ou biológicas normais da atmosfera, de forma a causar, dentro outros, malefícios à saúde da população, daí a necessidade de se prevenir a ocorrência coibindo atividades degradantes, qualquer que seja a sua dimensão, não havendo para a sua aferição medida irrisória como forma de afastar a sua reparação. Tanto isso é verdade que, embora classifique como irrisório frente a situação de degradação vigente e nível de poluição atmosférica encontrada na Região Metropolitana de São Paulo, em nenhum momento nega a *expert* nomeada **a sua ocorrência e a necessidade de composição.**

V - Farta a documentação e elementos carreados aos autos que comprovam o ilícito ambiental, confirmada a condição de poluidora ostentada pela Ré, ora apelante, **também sob a ótica objetiva de sua responsabilidade**, anteriormente reconhecida também na esfera administrativa e subjetiva, evidenciando-se o dano decorrente da ação poluidora e o respectivo e necessário nexo de causalidade.

A responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva e solidária entre todos os causadores diretos e indiretos do dano, ou seja, aqueles que, ao longo do tempo, não o fizeram cessar ou não o repararam.

É o que se extrai do disposto no § **3º do art. 225 da Constituição Federal e nos artigos 3º, IV e 14, § 1º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – LPNMA (Lei nº 6.938/1981).**

Nesse sentido, igualmente decidiu o STJ que: ***"para o fim de apuração***

Acesso ao Sumário

do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa de fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem" (REsp. 650.728, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007).

VI - Igualmente não pode ser acolhida a tentativa da ré de dar liceidade a sua conduta, escudada na suposta autorização da ANP para fornecimento de combustível fora das especificações contratadas, haja vista expressa vedação em Resolução para assim proceder, certo que a indevida substituição do óleo diesel de menor poder poluidor pelo S-500, **se deu pela própria desídia da PETROBRAS, que não logrou manter em seus estoques quantidade suficiente para fazer frente a demanda, segundo assevera, visando evitar o provável desabastecimento do mercado, tanto que transferiu produto diverso armazenado no Terminal de Betim, arcando com o custo das viagens em detrimento de sua margem de lucro.**

A suposta autorização para fornecimento de combustível diverso não resiste a uma análise perfunctória, **seja porque a simples cientificação por parte de funcionário da ANP da comunicação feita pela empresa ré não traduz autorização para assim proceder, sequer investido de poder para afastar aplicação de Resolução da ANP.**

O documento reproduzido a fls.87, com a aposição de um "nada a opor" por funcionário da ANP, não tem o condão de revogar ou mesmo autorizar malferição do comando exarado em Resolução da ANP, de nenhuma eficácia o e-mail apresentado como excludente de responsabilidade pelo ilícito administrativo cometido, **caindo por terra a invocada boa-fé lastreada na teoria da aparência, que não pode ser considerada em seu benefício**.

Alie-se a tudo isso o fato de que a empresa ré firmou **Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Federal**, tendo nas cláusulas 25 a 29 (fls 46 e 47) assumido obrigação de fornecer o óleo diesel S-50, como também de deixar de fornecer o óleo diesel S-500, certo de que o descumprimento afasta qualquer resquício de boa-fé na sua atuação, buscando **opção de menor custo face a sua imprevisão operacional de controle de estoque, em detrimento da coletividade e do meio ambiente.**

Remediou por conta própria e exclusiva, deficiência a que deu causa, não servindo em sua justificativa invocar preocupação com possíveis prejuízos à sociedade e à ordem pública, que não isenta de responsabilidade a empresa ré, pelo dano ambiental causado, ainda que tivesse realizado consulta à ANP (Agência Nacional de Petróleo), nos termos do artigo 8º da Resolução ANP nº 43/2003, com a entrega da carta GPL/GEMR 10/2010, na qual solicitava autorização para, durante 24 horas, fornecer o óleo diesel S-500 em lugar do óleo S-50, no volume máximo de 2000m³, para evitar-se um colapso no transporte

Acesso ao Sumário

urbano da cidade por ausência de circulação dos ônibus.

Assim procedendo a empresa ré, **optou por buscar solução menos prejudicial a sua margem de lucro**, especialmente na ocorrência de um desabastecimento da frota e impossibilidade de circulação dos veículos utilizados no Transporte Metropolitano da Capital, **assumindo voluntariamente e em contrapartida solução objetivamente mais gravosa ao meio ambiente**, com ou sem autorização obtida da ANP, tudo isso, saliente-se, por incúria própria não constituindo força maior ou fortuito, mas unicamente **resultado do seu próprio descontrole, nisso residindo o inequívoco nexo de causalidade ensejador da obrigação reparatória ora em exame, independentemente de sua boa-fé ou não.**

Ainda que se alegue que "*os prejuízos que seriam ocasionados à população e ao meio ambiente seriam imensuráveis, sendo possível afirmar que a paralisação da frota de ônibus da cidade de São Paulo iria gerar um dano muito maior ao meio ambiente, em especial a redução dos gases poluentes no ar, do que àquele oriundo da excepcional comercialização do óleo diesel S-500*", **não desvincula, qualquer que fosse o gravame ambiental, da origem fundada na sua inação e descumprimento do quanto contratado, confirmando a necessidade de composição do prejuízo ambiental imposto, ainda que considere diminuta a emissão do equivalente a 251 kg de SO2 a mais de poluentes emitidos pela comercialização de óleo diesel S500, em detrimento do óleo diesel S50, em nada aproveitando o correspondente percentual de 0,0057% das emissões de SO2 na Região Metropolitana do Município de São Paulo no ano de 2011**.

A tentativa de atribuir solução de mal menor a terceiros não isenta nem afasta a responsabilidade reparatória por dano ambiental manifesta causado por sua própria e exclusiva incúria, servindo muito mais como confissão pelo ilícito perpetrado.

VII - ZYGMUNT BAUMAN, referindo-se a ULRICH BECK, afirma que "***no curso da modernização riscos e perigos representados pelas forças da tecnologia 'produzidas pelo homem, foram crescendo sem cessar, até passarmos da 'sociedade industrial' à fase da 'sociedade de Risco' da modernidade, na qual a lógica da produção de riqueza gradativamente se substitui pela lógica da evitação de risco – Sendo agora a principal questão: "como se podem prever, minimizar, dramatizar ou desafiar os riscos os perigos sistematicamente produzidos como parte da modernização?***" (BECK, Uirich apud BAUMAN, Zygmunt. Ética Pós-moderna, tradução João Resende Costa, São Paulo: Paulus, 1997, p. 227).

Sob o mesmo prisma, HANS JONAS conclui que ***a ética tradicional não mais acompanha a evolução das tecnologias, com a mudança do novo agir***

Acesso ao Sumário

humano, com preocupação voltada às futuras gerações (*O Princípio da Responsabilidade - Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.* Contraponto, Editora PUC Rio).

Forçoso concluir, destarte, que o fato de existir situação degradada do meio ambiente, mormente estágio de poluição atmosférica decorrente de fatores desenvolvimentistas, não há como desprezar cuidados necessários a evitar a destruição do homem pelo homem, **com visão ética voltada para o futuro,** que não pode ser desprezada**, muito menos tolerar prejuízo ambiental por menor que se apresente, com obrigação a todos imposta de valorizar o direito das futuras gerações, onde o ideal de sustentabilidade não comporta justificativas em supostas alternativas de mal maior ou menor de impacto social.**

Agravada a situação no caso dos autos por incúria perpetrada pela empresa ré, que deu causa ao prejuízo ambiental ainda que por um dia, desprezando a ideia da humanidade como fundamento central da ética do agir, com respeito e cuidado, não aquele Kantiano que só se volta ao presente, com a necessidade da responsabilidade voltada ao futuro, estendendo-se até a metafisica, pertinente a afirmação feita pelo citado autor de "*que o pecado é* ***irreversível, onde o perdão não volta à estaca zero"*** **(Hans Jonas ob.cit).**

Nesse sentido:

> ***A RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL É OBJETIVA, INFORMADA PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL, SENDO O NEXO DE CAUSALIDADE O FATOR AGLUTINANTE QUE PERMITE QUE O RISCO SE INTEGRE NA UNIDADE DO ATO, SENDO DESCABIDA A INVOCAÇÃO, PELA EMPRESA RESPONSÁVEL PELO DANO AMBIENTAL, DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA AFASTAR SUA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. Precedentes: Resp. 1374284/MG, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 2ª Seção, julgado em 27/8/2014, Dje 08/09/2014 (julgado sob o rito do art.543-C); AgRg no AgRg no Aresp. 153797/SP.***

VIII - Ora, a existência do dano ambiental é dedutível pela simples infringência ao dever de prevenir os riscos da atividade, **com responsabilização civil que se afigura inafastável quando se entrevê consciente opção de se valer a empresa ré de fornecimento de combustível sabidamente com maior teor de emissão de substâncias poluentes do ar atmosférico**, haja vista falta de melhor gerenciamento de estoque de produto autorizado para fornecimento, sem falar ainda na **malferição do igualmente exigido princípio da precaução, um dos norteadores do direito ambiental, com vista a segurança das gerações futuras, respeitados os limites da sustentabilidade.**

Contrariamente ao alegado pela ré, **o dano ambiental está caracterizado**, conquanto a emissão dos poluentes na atmosfera em maior quantidade com a utilização de combustível diverso daquele permitido, constitui ofensa difusa

Acesso ao Sumário

às condições ambientais urbanas a afetar a coletividade **com dano *in re ipsa*, tornando despicienda perícia no sentido de garantir exatidão na aferição de suas consequências.**

IX - Outra não poderia ser, em suma, a solução dada a causa senão aquela disposta na r. Sentença recorrida que assim proclamou:

> ***"...Uma vez responsável pelo dano, deve a ré indenizá-lo e também repará-lo conforme pleiteia a autora, ou seja, lá, pelo pagamento de valor em pecúnia e cá, por meio de mecanismo compensador com o plantio de árvores em número suficiente para retirar os contaminantes lançados na atmosfera, conforme projeto específico para tanto e consoante especificações técnicas outras do órgão ambiental da autora, sendo que o pagamento de indenização pecuniária para a reparação do dano dever-se-***á fazer em favor do Fundo Municipal do Meio Ambiente".

O inconformismo da ré quanto a cumulação da obrigação de reparação do dano com o plantio de mudas, além da condenação à indenização pecuniária não tem razão de ser, seja pela seleção de v. Arestos transcritos na r. Sentença recorrida, seja porque a respeito já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça, a saber:

> ***"ADMITE-SE A CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA E CUMULATIVA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE INDENIZAR NA REPARAÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE"*** (Resp. 1328753/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª T., julgado em 28/5/2013, DJe 03/02/2015).

Irretocável a conclusão extraída na r. sentença recorrida no sentido de que, **presente o dano *in re ipsa***, deve haver indenização e reparação, esta por mecanismo compensador, tanto que determinado o plantio por parte da ré, segundo elementos tirados de laudo pericial, inclusive conforme apontado pelo laudo pericial, de 711 árvores, com mudas da Mata Atlântica, bastante para a absorção do SO2 emitido a maior com o fornecimento indevido do combustível distinto do contratado, **não se tratando de quantidade arbitrariamente estipulada, dentro dos critério da razoabilidade e proporcionalidade de observância obrigatória para a limitação da providência compensatória.** Os elementos técnicos apontados no laudo oficial decorrem da utilização de Tabela da CETESB para Emissões Veiculares de São Paulo em 2011, segundo a qual, com 332.000 litros de óleo diesel S500 percorreria um ônibus urbano a distância de 763.600 km cálculo também apresentado nos autos do processo administrativo pela Municipalidade (fls. 230), culminando com o resultado relativo às mudas necessárias.

Acesso ao Sumário

Registre-se, por oportuno, **que a providência compensatória sequer restou objetada pela Apelante**, a merecer confirmação, mesmo porque, exaus-

tivamente justificados os critérios técnicos utilizados na sua fixação.

Nada obstante isso, por certo **não é** suficiente a medida compensatória para fazer frente ao prejuízo ambiental causado pela ré Apelante, **na medida em que o plantio de árvores serve de compensação *'in natura'* da emissão de poluentes em quantidade superior às normas ambientais, que não exclui a indenização pecuniária igualmente devida pelos danos difusos causados e que a todos que habitam o Município de São Paulo direta ou ainda que reflexamente afeta.**

Necessário destacar que a reparação ambiental in natura (no caso o plantio de 711 árvores) não se confunde e não dispensa a indenização pelo **dano já consumado**, de ocorrência difusa e reflexa já confirmada com extensão coletiva, **de índole *in re ipsa***, de cumulação admitida em precedentes colacionados, na exata aplicação do disposto no art. 3º da Lei 7.347/85, combinado com ao artigo 125 da Constituição Federal, que consagra os princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

Embora tenha como causa o mesmo comportamento lesivo ao meio ambiente perpetrado pela empresa ré, perfeitamente possível o **exercício do juízo retrospectivo** como também **prospectivo** na composição do dano ambiental causado, sem que isso constitua um *bis in idem*, possível a cumulação da obrigação de plantio de árvores com a de indenizar o dano causado, em relação a este em reparação aos efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível, face a degradação transitória, remanescente ou reflexa do meio ambiente confirmada na hipótese.

No caso dos autos, **a indenização pelo prejuízo ambiental, ainda que impostas cumulativamente medidas compensatórias a maior emissão de poluentes no ar atmosférico, os resultados destas se projetam para o futuro, servindo aquela, portanto, como forma de composição da degradação já verificada, além dos malefícios no período intermediário entre a perpetração do dano e eventual resultado positivo na sua reparação, se assim ocorrer. Na hipótese vertente, a degradação do ar atmosférico é evidente, com danos à coletividade difusamente já suportados, situação que persiste ainda que medidas compensatórias sejam impostas, de forma interina, intermediária e residual, com dever de indenizar inarredável.**

Mais uma vez olvida-se a apelante de que, em matéria ambiental, **cabe ao imputado poluidor a prova de que não o causou ou da inocorrência de qualquer dano**, não se desincumbindo do ônus que competia a sua atuação.

Nesse sentido não destoa o entendimento do C. STJ:

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PRESSUPÕE A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO, COMPETINDO A QUEM SUPOSTAMENTE PROMOVEU O DANO AMBIENTAL COMPROVAR QUE NÃO O CAUSOU OU

Acesso ao Sumário

QUE A SUBSTÂNCIA LANÇADA AO MEIO AMBIENTE NÃO LHE É POTENCIALMENTE LESIVA. Precedentes: REsp 1237893/SP, rel. Min. ELIANA CALMON, 2ª T., julgado em 24/9/2013, DJe. 01/10/2013.

X - Na quantificação da indenização ambiental, certo que a providência **deve ser pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, como forma de se estimar o valor devido**, com elementos objetivamente considerados em supedâneo, no caso bem sopesados na r. sentença recorrida.

Para tanto, valeu-se o douto Magistrado "a quo" da avaliação feita pela Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente - SVMA, que aferiu a **indenização em R$ 198.350,04, sendo R$ 13.760,22 para o projeto de plantio e R$ 184.589,82 para as mudas necessárias consoante razões de fls. 233.** Assim procedendo, desconsiderou o laudo pericial oficial que apontava para a indenização no valor de R$ 17.775,00, respaldado na convicção de que neste último não foram levadas em conta os reais custos envolvidos na reparação dos danos ambientais, especialmente as despesas que ficariam a cargo da Municipalidade se responsabilizada a tanto. Além do valor unitário da muda, não há como deixar de lado gastos necessários com o custo do projeto de recomposição, mão de obra, área da plantação, transporte dentre outros, não considerados no laudo oficial apresentado, que se mostra incompleto e desprovido de embasamento para sua adoção, imprestável para a finalidade a que se propunha.

A desconsideração das conclusões apresentadas pelo louvado oficial é providência possível, conquanto destinada a perícia à formação do convencimento do Magistrado, destinatário da prova, que pode se valer de outros elementos de melhor substrato para a definitiva solução da controvérsia.

Vê-se do quanto decidido que o laudo oficial elaborado por perito judicial nomeado serviu unicamente como forma de confirmar o dano ambiental resultante da ação lesiva da ré; quanto ao mais, **rechaçou a classificação feita de ser irrisório o gravame, o mesmo ocorrendo em relação a quantificação da indenização devida, que despreza fatores de consideração necessária na sua composição.**

Acesso ao Sumário

De melhor sorte carece a parte apelante quando entende desatendido o contraditório frente aos novos elementos valorativos apresentados pela Municipalidade autora, notadamente quanto a avaliação feita pela SVMA, documento esse que não é novo, tanto que compõe proposta de composição de fls. 716/721, bem como com críticas ao laudo oficial apresentado, com parcial divergência, consoante petição de fls. 847/851, incluindo a avaliação técnica de fls.852/854, o que poderia ter sido feito pela ré apelante uma vez instada a tanto por despachos ordinatórios de fls.838 e 868.

Não bastasse isso, sobre todo o processado, incluindo a avaliação técnica da SVMA, manifestou-se a ré em alegações finais, com impugnação dos valores

apresentados **feita de forma genérica e sem a exaustiva especificação das razões con**trárias, mais uma vez desincumbindo mal do ônus que recaia sobre sua atuação, desarrazoada e infundada, além de tardia a realização de perícia em complementação, até porque os elementos carreados se prestam para a formação do convencimento do julgador na estimativa a ser feita quanto ao montante da indenização devida.

Por tudo isso, não há falar em condenação indenizatória ilíquida ou sentença que desborde dos limites do quanto foi pleiteado na exordial, haja vista a certeza do dano ambiental causado, em nada se confundindo com a obrigação de reparação *in natura*.

Se o laudo oficial serviu, unicamente, para a conclusão da ocorrência do dano a ser reparado; nada obstante isso, face a infeliz conclusão quanto a irrisoriedade extensiva, mostrou-se imprestável para a quantificação indenizatória, com proposta de acolhimento da importância de R$ 17.775,00 como custo de plantio, o que, por certo, **não vincula** definitivo pronunciamento do julgador na estimativa quantitativa da indenização, na exata aplicação do princípio da persuasão racional do juiz, que pode encontrar nos elementos constantes dos autos fundamento bastante para o quanto decidido.

Ressalte-se, ademais, que o trabalho pericial serve em auxílio do julgador na formação de seu convencimento, a este competindo acolher ou não os elementos trazidos pelo louvado oficial, que foram, no caso, aproveitados apenas para a confirmação do dano ambiental decorrente do reflexo abastecimento por parte da empresa ré de combustível fora das especificações permitidas, **e só.**

De forma detida reproduz **acertadamente o julgador os pontos falhos do trabalho oficial, decorrente de minudente laudo crítico ofertado pela autora**, tornando desnecessário o destaque na presente decisão, ainda que acolhidas as razões para repelir a singela cifra deduzida pelo louvado do juízo (R$ 17.775,00).

Com anteriormente referido, a sentença recorrida lastreou-se na quantificação da indenização reparatória cumulativamente aplicada à obrigação de fazer de dados técnicos da SVMA, bem como críticas apresentadas pela Municipalidade autora quanto às conclusões exaradas pela perita judicial, com igual oportunidade conferida a empresa ré de assim proceder e mal desincumbiu de tal ônus.

Contrariamente ao resultado apresentado pela perita judicial, o valor da indenização respaldado em critérios objetivos e exaustivamente explicitados, **guardam a adequada razoabilidade e proporcionalidade, a merecer confirmação, no total de R$ 198.350,04, com atualização e juros na forma disposta em sentença, nos termos da Súmula 54 do C. STJ, revertidas em favor do Fundo Estadual de Reparação dos Interesses Difusos Lesados**.

Acesso ao Sumário

Com corolário disso, rejeitam-se os pedidos deduzidos em razões de apelação, seja o principal como todos os demais subsidiários, pelas razões anteriormente expostas.

XI - **Relativamente** ao prazo para cumprimento da obrigação de fazer, consistente no plantio de 711 mudas de exemplares arbóreos em local a ser indicado pela Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente **estipula-se, antecedentemente, lapso a ser observado de 30 dias para apresentação de projeto técnico de reparação ambiental a ser elaborado nos moldes delineados a fls. 221/228** e custeado unicamente pela ré**, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (majorada para R$ 1.000,00 se a mora superar 30 dias, fixado como teto o valor de R$ 150.000,00**. Apresentado o citado projeto, **com a sua aprovação** pela mesma autoridade responsável, **passará, sim, a partir daí, a fluir o prazo máximo de seis meses para sua ultimação,** tal como disposto na sentença, sob pena de nova multa diária nas cifras e limites anteriormente dispostos.

XII - A respeitável sentença recorrida, da lavra do douto Magistrado **RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS**, merece ser mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, anotada a observação relativamente aos prazos para a obrigação de fazer, desprovido o apelo em todos os seus pleitos, principal e subsidiários.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao apelo, COM OBSERVAÇÃO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003720-95.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EVENMOB CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA., é apelado MUNICÍPIO 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 31.209)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 12 de novembro de 2021.

RUBENS RIHL Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – PUBLICIDADE – Pretensão da autora de anular multa que lhe foi imposta em razão da inobservância ao artigo 26 da Lei Municipal nº 14.517/2007, que proíbe distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias – Sentença de improcedência que deve ser mantida – Não caracterização do material distribuído como jornal ou periódico – Pretensão da autora de desnaturação de publicidade mediante inserção de matérias de cunho pretensamente jornalísticos que não deve ser aceita – Legalidade da imposição da multa – Precedentes desta E. Corte Bandeirante e desta C. Câmara de Direito Público – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória movida por EVENMOB CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA. em face do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, objetivando anular a multa administrativa nº 10-334.151-0, bem como a condenação da ré a abster-se em multar a autora em razão das publicidades no Jornal Momento.

A r. sentença de fls. 217/222, cujo relatório ora se adota, julgou improcedente o pedido, com fundamento no art. 487, inc. I, do CPC.

Apela a parte autora buscando a inversão do resultado do julgamento (fls. 226/244). Sustenta, em síntese, que não há impedimento com base na Constituição ou na lei para a distribuição de jornais, sejam lá eles quais forem e sobre quaisquer que sejam seus conteúdos. Alega que a distribuição e circulação de jornais se faz indispensável para a manutenção da democracia, não cabendo ao Poder Judiciário ou Executivo restringirem ou ampliarem. Aduz que impedir a distribuição dos jornais, com fulcro exclusivamente na lei municipal nº 14.517/07 extrapola a atribuição de competência hierárquica em razão da matéria, violando-se os direitos e garantias previstos na Constituição e na lei nº 6.015/73. Acrescenta que não há regulamentação do que é ou não matéria ou fato jornalístico. Salienta que a relevância do tema é relativa e não cabe ao agente municipal ou ao juiz adentrarem neste âmbito. Assevera que tanto o E. STF como o E. TJSP reconhecem que a lei nº 14.517/07 não foi recepcionada pela ordem democrática. Aponta que há necessidade de propagandas nos jornais e demais veículos midiáticos.

Requer, assim, a reforma da r. sentença, julgando-se procedente a demanda.

Recurso tempestivo, regularmente processado e respondido (fls. 253/264).

Acesso ao Sumário

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação não comporta provimento.

Cuidam os autos de pretensão anulatória deduzida pela autora, quanto a multa que lhe foi imposta por inobservância ao artigo 26 da Lei Municipal nº 14.517/2007.

Com efeito, a lide gira em torno do artigo 26 da Lei Municipal nº 14.517/2007 que estabelece a proibição de distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de propaganda, nos seguintes termos:

> ***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 Federal nº 5.250, de ***9 de fevereiro de 1967.***

Ao passo que a Municipalidade defende a higidez da sanção, a autora sustenta que promoveu distribuição de jornais e periódicos, como manifestação da liberdade de pensamento e, portanto, não pode ser apenada – além disso, ressalta que o periódico é registrado no 9º Ofício de registro de títulos e documentos da comarca da capital, na forma exigida pela Lei Federal nº 6.015/1973 de sorte que, assim, não pode ser considerado clandestino.

A controvérsia, portanto, gira em torno de se caracterizar o material como periódico, cuja distribuição não é obstada, ou propaganda, que sujeita o infrator ao pagamento de multa, atualmente no valor de R$ 5.167,68 (fls. 34/35 e 167/168).

Com efeito, a legislação municipal não estabelece critérios para discernir um material do outro, tanto que o antigo § 2º que estabelecia percentuais foi revogado pela lei municipal 14.583/2007.

Neste panorama legislativo, resta análise segundo parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade e nesta esfera de cognição, não se aparenta como periódico o material distribuído pela autora.

E, nesse contexto, analisando os documentos de fls. 36/41, depreende-se

que a publicação consiste num apanhado de textos informativos com maciça preponderância de conteúdo publicitário de forma direta, com promoção explícita do empreendimento, e também de modo dissimulado, com enaltecimento da região onde o imóvel se situará.

Por certo que a proteção constitucional da livre manifestação de pensamento não autoriza que, sob pretexto desta garantia constitucional, promova-se disseminação de qualquer conteúdo[1] pois, deste modo, haverá verdadeiro desvirtuamento de direito fundamental.

Acerca deste importante tema, ponderam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*in* Curso de direito constitucional - 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 487/488):

> ***O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica. Trata-se, com outras palavras, do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado, que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos que contemplam direitos fundamentais. Por outro lado, considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos não tem oferecido maiores dificuldades e tem sido amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo. Posto de outro modo, direitos fundamentais são – de regra – direitos submetidos a limites e suscetíveis de serem restringidos***.

Ora, neste contexto, o desfecho atribuído à lide na forma preconizada na r. sentença não se releva desprovida de razoabilidade ou proporcionalidade, pois considerou a real natureza do panfleto de fls. 36/41, que não visa mais do que promover o empreendimento da autora, com breves notas informativas tão somente para descaracterização de material integralmente publicitário.

Decerto que, se há lei vedando esta postura, não se poderá, à título de promover disseminação do pensamento, chancelar conduta da autora que, ao fim e ao cabo, mais contribuiu para a poluição ambiental que assola esta Municipalidade.

Bem por isso, nem mesmo o registro do material considerado como "jornal" no ofício de títulos e documentos (fl. 42) tem o condão de reverter a conclusão aqui alcançada, notadamente porque este ato tem cunho meramente formal, não se prestando à descaracterização da publicidade.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento desta E. Corte Bandeirante, incluindo-se desta C. Câmara de Direito Público:

> ***APELAÇÃO – Ação anulatória – Ato Administrativo – Prefeitura Mu-***

1 Bastando para tanto a lembrança do caso Ellwanger julgado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82.424.

nicipal de São Paulo – Auto de infração e imposição de multa – Multa lavrada pelos Agentes Fiscais por irregularidades em relação à distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias nas vias e logradouros públicos – Art. 26, da Lei nº 14.517/07 – Decreto de improcedência – Irresignação – Descabimento – Exceção prevista no § 2º do art. 26 que não se aplica diante da desvirtuação da finalidade prestada pelo jornal – Propaganda promovida pela Autora que consistiu em contratar editora com propósito de publicidade mercantil – Edição composta por mensagem explícita, relativa ao segmento imobiliário, bem como implícita, ao enaltecer o bairro e lazer no local onde a matéria foi veiculada – Vínculo evidentemente estabelecido com o empreendimento – Ausência pela demonstração de ilegalidade da imposição da multa, descabida se mostra a pretensão à anulação do auto de infração. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1004425-59.2021.8.26.0053; Relator: Danilo Panizza; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/10/2021; Data de Registro: 23/10/2021).

Ato administrativo – Nulidade de auto de infração – Vedada distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias nas vias e logradouros públicos – Inconstitucionalidade do art. 26 da Lei Municipal nº 14.517/07 incaracterizada – Exceção prevista no § 2º do art. 26 que não se aplica diante da desvirtuação da finalidade prestada pelo jornal – Flagrante cunho publicitário – Condição de beneficiária que autoriza a imputação de multa – Direitos constitucionais respeitados – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1014213-97.2021.8.26.0053; Relator: Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/10/2021; Data de Registro: 14/10/2021).

Acesso ao Sumário

ANULATÓRIA – Multa Administrativa – Lei Municipal 14.517/07 – Distribuição de impresso com manifesto caráter publicitário – Exceção prevista no § 2º do art. 26, não aplicável à espécie – Precedentes do TJSP – Sentença de improcedência mantida – Recurso de apelação desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1060215-33.2018.8.26.0053; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/10/2021; Data de Registro: 05/10/2021).

MULTA ADMINISTRATIVA – Distribuição de material – Art. 26,* caput *da LM nº 14.517/07 – Alegação de que se tratava de jornal, que se

enquadra na exceção prevista no § 2º – Material de cunho eminentemente propagandístico – Multa mantida – Precedentes – Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1063862-02.2019.8.26.0053; Relator: Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/04/2021; Data de Registro: 16/04/2021).

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA ADMINISTRATIVA – Empresa autora que foi multada em razão do descumprimento do artigo 26 da Lei Municipal nº 14.517/07 (Lei Cidade Limpa) – Alegação de que o material distribuído se refere a jornal, com conteúdo informativo, não se reduzindo a mero folheto publicitário – Impresso divulgado, entretanto, que ostenta nítido caráter publicitário, não se tratando o caso da exceção contida no § 2º do mencionado dispositivo legal – Precedentes deste Tribunal de Justiça – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1060207-56.2018.8.26.0053; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/04/2021; Data de Registro: 08/04/2021).

APELAÇÃO – Município de São Paulo – Pretensão de anulação de multa em virtude de distribuição de panfletos com veiculação de material publicitário em vias e logradouros públicos – Inadmissibilidade – Violação ao art. 26 da Lei Municipal nº 14.517/07, na redação que lhe deu a Lei Municipal nº 14.583/2007, que não padece de inconstitucionalidade – Poder de polícia da Administração dentro dos seus limites legais de atuação – Desvio de finalidade, abuso ou violação das formalidades exigidas à higidez do ato administrativo não verificado – Panfleto em que se inserem alguns textos informativos, mas que não perde sua primazia publicitária, não autoriza ser qualificado como jornal, veículo jornalístico ou equivalente – Sentença de improcedência da demanda mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1060889-74.2019.8.26.0053; Relator: Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2020; Data de Registro: 04/08/2020).

Superada assim a análise da legalidade da infração, no mais, o valor constante da multa é fixado em lei, não comportando qualquer redução.

Por todo exposto, bem andou a r. sentença, devendo prevalecer a solução encontrada em primeiro grau.

Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios fixados em primeiro grau para o montante de 11%, nos termos do art. 85, §

Acesso ao Sumário

11, do Código de Processo Civil.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela recorrente.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, nega se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0037563-60.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MUNICÍPIO DE PAULÍNIA, é apelado DE FELIPPES FILMES E PRODUÇÕES 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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.248)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 9 de novembro de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO ADMINISTRATIVO

Ação de cobrança relativa à produção da obra audiovisual cinematográfica "Faroeste Caboclo", vencedora em processo licitatório de apoio cultural Edital nº

05/2010. Alegação da Administração Pública de descumprimento contratual. Inocorrência. Prevalência do trabalho pericial onde evidenciado que a autora, em atenção a exigência do edital, consumiu em Paulínia, valor superior ao a ela pago pelo Município, concluindo subsistir dívida do contratante compatível com o montante que a ele foi condenado a pagar. R. sentença mantida.

Reexame, ora considerado interposto, e recurso do Município não providos.

VOTO

1. Trata-se de **apelação e reexame** (art. 496, §3º, do CPC) de sentença (fls. 1.692/1.694) acolhendo **ação** de cobrança (fls. 02/28), contra o Município de Paulínia, de valores não repassados, referentes à produção da obra audiovisual cinematográfica "*Faroeste Caboclo*", vencedora em processo licitatório de apoio cultural previsto no Edital nº 05/2010.

Sustentou, em resumo, estar equivocada a decisão. Suspendeu-se o contrato administrativo por descumprimento da Seção VI, cláusula c, item 2, do Edital. Aferição da prestação de contas deveria ser de acordo com o volume de recursos disponibilizados. Não houve repasse em razão de descumprimento. Secretaria da Cultura aponta que parte dos gastos apontadas pela apelada, evidenciados por 29 notas fiscais, são referentes a CNPJ a outros Municípios. Gastos válidos em Paulínia, conforme análise técnica interna, corresponderiam a R$ 214.694,08. Não foram apresentadas as notas fiscais dessas despesas. Apresentada listagem de figurantes que não comprovam residência no Município de Paulínia. Indevida substituição do mérito da Administração Pública pelo Judiciário. Apelada realizou apenas 2 semanas de filmagens em Paulínia, quando se comprometeu filmar 3,5 semanas. Daí a reforma (fls. 1.702/1.719).

Respondeu-se (fls. 1.727/1.736). Manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça, declinando seu interesse (fls. 1.749/1.751).

É o relatório.

2. Infundadas as pretensões recursais.

Segunda consta, mediante procedimento licitatório de apoio cultural, Edital nº 05/2010 (fls. 1.034/1.103), a Secretaria de Cultura do Município de Paulínia selecionou a obra audiovisual cinematográfica "*Faroeste Caboclo*", produzido pela autora. Homologado e adjudicado o objeto em 17.06.11 (fls. 1.107/1.108), firmou-se o Contrato nº 342/11 (fls. 1.113/1.118), no valor de R$ 800.000,00. Houve a liberação de valores em 26.07.11, de R$ 80.000,00, e em 13.09.11, de R$ 128.000,00, com saldo residual de R$ 512.000,00, de acordo

Acesso ao Sumário

com informações da Secretaria da Cultura (fl. 1.120). Em 12.12.11, a Secretaria de Cultura notificou a autora (fls. 1.125/1.127) de que foram prestadas contas no valor de R$ 23.010,45 relativas a despesas que não se referiam ao Município de Paulínia, razão pela qual instaurou processo administrativo para apurar eventual descumprimento do contrato e a suspensão dos pagamentos.

Afirmou a autora que, até aquele momento (contrato em execução) encontrava-se em completo adimplemento contratual e que nunca foi citada ou intimada de qualquer procedimento administrativo, a justificar a liberação do saldo remanescente.

A pretensão restou acolhida nos seguintes termos:

"A justificativa apresentada pelo Município não se sustenta, pois não consta do edital que o percentual de despesas realizadas em Paulínia seria aferido mês a mês, ou em cada fase do projeto – devendo-se entender que o cumprimento de tal condição somente poderia ser aferido ao final da execução do contrato."

De todo modo, o perito judicial demonstrou que foram realizadas em Paulínia despesas no valor de R$ 232.380,95 (fls. 1599/1614), valor até mesmo superior aos R$ 208.000,00 que foram efetivamente repassados pelo Município, ultrapassando em muito o percentual mínimo de cinquenta por cento."

(...)

"A proposta era de permanência da equipe, entre pré-produção e filmagem, por sete semanas e meia (fls. 1133)."

"Embora não haja como aferir diretamente o tempo de permanência da equipe em Paulínia, as notas fiscais, em sua maior parte, referem-se aos meses de maio (a partir do dia 4), junho e julho (até o dia 22), o que indica que a equipe teria permanecido durante cerca de dois meses e meio."

(...)

"Desta forma, a presente ação é convertida em condenatória por quantia certa."

"E o valor a ser ressarcido corresponde à integralidade do saldo contratual, cujo valor, é incontroverso, é de R$ 512.000,00, uma vez que foi o Município quem, indevidamente, deu causa à suspensão do contrato e inviabilizou o cumprimento das demais obrigações pela requerente".

(...)

"Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar a Fazenda ao pagamento do saldo de R$ 512.000,00 (quinhentos e doze mil reais), monetariamente atualizado desde a data em que o pagamento

Acesso ao Sumário

deveria ter sido efetuado e acrescido de juros moratórios de um por cento ao mês a partir da citação." (fls. 1.692/1.694).

Inconformado, recorreu o Município.

Sem razão.

O contrato nº 342/2011, com valor global de R$ 800.000,00 (fl. 1.113/1.118), com liberação em três etapas de execução (cláusula sexta) e Anexo II (cronograma de desembolso – fl. 1.091).

Alega o Município que a suspensão do contrato decorreu da falta de comprovação de despesas no Município de Paulínia, contrapartida prevista no Edital nº 05/2010 (fls. 1.034/1.103), Seção VII, como contrapartidas obrigatórias (fls. 1.043/1.044):

"1. Somente serão admitidos projetos que considerem a filmagem de pelo menos 40% (quarenta por cento) do tempo total de sua produção no Município de Paulínia."

"2. Compreendem CONTRAPARTIDAS obrigatórias do PROPONENTE, independentemente dos critérios de avaliação do PROJETO:"

"a. Aplicação de no mínimo 50% (cinquenta por cento) do total de recursos concedidos em bens materiais e de serviços de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Município de Paulínia;"

Já no Anexo II do Edital guia de contrapartidas, são explicitadas como contrapartidas mínimas e obrigatórias: **1)** filmar no mínimo 40% do tempo total de filmagem em Paulínia **e nas cidades da Região Metropolitana de Campinas** e **2)** aplicação de no mínimo 50% (cinquenta por cento) do total de recursos concedidos em bens materiais e de serviços de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Município de Paulínia (fls. 1.087/1.088).

Houve a liberação de 26% do valor contratual (fl. 1.120), e suspensão do contrato na Etapa 2 (fl. 1.091), sob a argumentação de que a autora não teria apresentado notas fiscais de prestadores locais.

Entretanto, **não** comprovou o Município o alegado inadimplemento contratual pela autora.

Recorrente sequer apresentou cópia de processo administrativo que precedeu o ato administrativo (fls. 1.125/1.127), do qual a autora afirma nunca ter sido citada ou intimada.

Tampouco o Município trouxe eventual instrução normativa, que deveria ter sido emitida pela Secretaria de Cultura, definindo "despesas impróprias", consoante preconiza o Anexo II, do Edital (fl. 1.092).

Daí a inviabilidade de acatar argumento do Município de falta de apresentação de notas fiscais na prestação de contas pela autora, de que os figurantes indicados pela autora não seriam moradores locais ou de despesas impróprias.

Acesso ao Sumário

Eis que supostos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, é ônus que compete ao Município demonstrar, do qual não se desincumbiu (art. 373, II, do CPC).

De outro lado, a autora carreou aos autos farta documentação notas fiscais e listagem de (fls. 148/902) que foi objeto de perícia judicial.

Esclareceu o experto:

"A Autora comprova, por meio de comprovantes de hospedagem e locação, que realizou parte da filmagem dentro do município de Paulínia e região? Em que período? Favor explicar, mencionando os respectivos documentos."

*"**A resposta ao indagado é positiva**. O período abrangido foi de 05/2011 a 07/2011, conforme demonstrado no Anexo I deste Laudo Pericial Contábil."*

"A Autora comprova, por meio da documentação acostada aos autos, a aquisição de produtos e serviços de empresas e pessoas físicas do município de Paulínia e região? Em que valores? Favor explicar, mencionando os respectivos documentos."

*"**A resposta ao indagado é positiva**. Os valores podem ser verificados no Anexo I deste Laudo Pericial Contábil."* (fls. 1.437/1.494).

Impugnado o laudo, o perito judicial prestou esclarecimentos (fls. 1.528/1.614) discriminando em planilha as despesas apuradas no Município de Paulínia, em um total de R$ 232.380,95 (fl. 1.614).

O Sr. Perito Contábil acresceu, ainda:

"O Requerido alega ao realizar os cálculos, que foram utilizadas cobranças tidas por ele como 'gastos inválidos' e traz o exemplo de três deles, que foram obtidos nas empresas: Posto de Gasolina Arte Modera Ltda. (...); Cisne Branco Auto Posto Ltda. (...), Jeta Comércio e Indústria Ltda. (...)."

"Porém, se equivoca que ao realizarmos os cálculos, os valores referentes aos gastos nas empresas elencadas, não foram somados, onde não houve sequer a consideração destes."

"Deste modo, ratificamos os cálculos apresentados, anteriormente, devendo o Requerido restituir o Requerente, no valor apurado, tendo em vista que os valores são despesas próprias." (fls. 1.670/1.682).

Acesso ao Sumário

E mesmo que se considerem como gastos válidos em Paulínia tão somente o valor reconhecido pela própria recorrente, de R$ 214.694,08 (fl. 1.634/1.637), importaria concluir que, até aquela data, a autora havia despendido **a totalidade do valor então liberado** de R$ 208.000,00 (fl. 1.120), no Município de Paulínia.

Daí que, na ocasião da suspensão, a autora havia realizado despesas no

Município de Paulínia acima das parcelas recebidas.

Observe-se que o contrato foi assinado em **21.06.11** (fls. 1.113/1.118), com vigência de 36 meses e prazo máximo de filmagens de até 12 meses – cláusula terceira –, porém o Município suspendeu o contrato em **12.12.11** (fls. 1.125/1.127), na fase de despesas de produção (cronograma de desembolso – fl. 1.091).

Cumpre destacar, ainda, cumprimento da obrigação contratual – cláusula sexta – (fls. 1.113/1.118) de definição de prestadores de serviços, locações iniciais e mão-de-obra locais fixados em cronograma da contratada (fls. 1.133/1.140).

Destarte, **injustificada** a suspensão dos pagamentos por parte do Município.

Quanto à obrigação de filmagens de 3,5 semanas no Município de Paulínia, alegou a autora que, diante da suspensão dos pagamentos em 12.12.11 (fls. 1.125/1.127), deu continuidade ao filme mediante empréstimos. Nesse contexto, não parece mesmo pertinente reclamar que o projeto fosse finalizado cumprindo tal requisito.

A respeito, fundamento da r. sentença:

"A proposta era de permanência da equipe, entre pré-produção e filmagem, por sete semanas e meia (fls. 1133)."

"Embora não haja como aferir diretamente o tempo de permanência da equipe em Paulínia, as notas fiscais, em sua maior parte, referem-se aos meses de maio (a partir do dia 4), junho e julho (até o dia 22), o que indica que a equipe teria permanecido durante cerca de dois meses e meio."

(...)

"Nada há nos autos, pois, que indique o descumprimento do período de permanência."

"Observe-se que as gravações seriam feitas no Pólo Cinematográfico de Paulínia (fls. 133/136), com cessão de infraestrutura pelo Município, de modo que a Fazenda teria todas as condições de aferir exatamente quantos dias a equipe esteve na cidade."

"O Município não tinha, pois, razão para suspender a execução do contrato."

(...)

"É certo que, de parte da requerente, prosseguir na execução do contrato implicaria o cumprimento de outras obrigações, como realizar a pré-estreia do filme em Paulínia, realizar uma coletiva de imprensa em local definido pela Secretaria Municipal de Cultura e realizar "setvisi-

Acesso ao Sumário

ts"."

"Certamente, devido à suspensão do contrato, o filme foi lançado sem o cumprimento dessas obrigações, pelo que não pode ser responsabilizada a requerente, pois se trata de ações que necessariamente demandavam a anuência do Município."

"Da mesma forma, não haveria como exigir o cumprimento das contrapartidas principais (tempo de permanência e despesa em Paulínia) para o período posterior à suspensão do contrato, em que o Pólo Cinematográfico não estava à disposição da requerente." (fls. 1.692/1.694).

Por fim, o reconhecimento de ilegalidade do ato de suspensão **não** implica ofensa à separação dos poderes.

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, **HELY LOPES MEIRELLES**:

"O controle judicial dos atos administrativos é unicamente de legalidade, mas nesse campo a revisão é ampla, em face dos preceitos constitucionais de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV); (...)."

"Diante desses mandamentos da Constituição, nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial, seja ele de que categoria for (vinculado ou discricionário) e provenha de qualquer agente, órgão ou Poder."

(...)

"Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade." ("Direito Administrativo Brasileiro" – 2016 – 42ª ed. – Ed. Malheiros – p. 235/236).

Como aqui já se decidiu:

"APELAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – RESCISÃO CONTRATUAL E IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E MULTA DE 20% SOBRE O VALOR DO CONTRATO – AÇÃO ANULATÓRIA – Pretensão inicial da autora de anular o processo administrativo sancionatório, com fundamento na ilegalidade das sanções impostas, já que inexistiu qualquer descumprimento contratual por parte da empresa-autora, bem como pleiteou a condenação da Administração ao pagamento da última parcela do contrato, no valor de R$113.222,32 – RECONVENÇÃO – condenação da autora-reconvinda ao pagamento indevido do valor já pago pela reconvinte referente às notas fiscais 33259, 33260, 33236, 33234, 33265 e 33266, bem como os encargos das notas

Acesso ao Sumário

fiscais 69054 e 70236 – sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o feito principal, apenas para condenar a ré a pagar a autora a quantia de R$38.655,87, acrescida dos consectários legais, julgando, assim, improcedente a reconvenção movida pela requerida – irresignação de ambas as partes – restou demonstrado nos autos que houve atraso na entrega dos serviços contratados pela empresa autora, todavia, com justo motivo (necessidade de troca do sistema contratado) – há prova da entrega das cancelas e do pleno funcionamento do sistema contratado – aplicação da teoria dos motivos determinantes – ***o motivo dado pela Administração para rescisão contratual e para a aplicação de sanções em face da contratada foi ilegal – necessidade de anular o ato administrativo impugnado, bem como de condenar a requerida ao pagamento da contraprestação pelo serviço contratado*** *– sentença reformada em parte. Recurso da autora parcialmente provido. Apelo da ré desprovido."* (grifei - AC nº 1.053.374-67.2017.8.26.0114 – v.u. j. de 29.09.21 – Rel. Des. **PAULO BARCELLOS GATTI**).

"AÇÃO DE COBRANÇA – Contrato administrativo – Prestação de serviço de qualificação profissional – Pagamento não realizado na íntegra – Alegação de inexecução parcial por parte da contratada – Inocorrência – Inafastabilidade das exigências do devido processo legal quando da aplicação de sanções administrativas – Saldo restante devido – Sentença mantida – Recurso improvido." (AC nº 1.007.829-12.2017.8.26.0554 v.u. j. de 03.02.20 – Rel. Des. **LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA**).

Destarte, de rigor a **manutenção** do julgado.

A título de **honorários recursais** (**art. 85**, **§ 11** do **CPC**), acrescenta-se **1%** ao valor fixado pelo D. Juízo *a quo* (15% do valor atualizado da condenação – fl. 1.694).

Mais não é preciso acrescentar.

3. Nego provimento ao reexame, ora considerado interposto, e ao recurso voluntário do Município.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0050342-36.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado PAULO ALVES ESTEVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.665)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 16 de novembro de 2021.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de Obrigação de Fazer c.c. Perdas e Danos – Autor que alega ter sido prejudicado por omissão do Poder Público ante a presença de inúmeros indigentes e desabrigados defronte ao seu imóvel – Sentença que julga parcialmente procedente a pretensão deduzida, apenas para "reconhecer o dever da Municipalidade de retirar os objetos indevidamente colocados defronte ao prédio em que funciona o escritório de advocacia do autor", rechaçando o pleito indenizatório – Impossibilidade de se compelir o Poder Público a promover a retirada de objetos pertencentes a particulares, ainda que deixados na via pública, a menos que se comprove o seu abandono ou o comprometimento do trânsito de pedestres ou veículos, o que não restou efetivamente comprovado, sob pena de caracterizar indevida prática de higienismo social e, por via oblíqua, ofensa a princípios básicos, como o da dignidade da pessoa humana, p.ex. – Inexistência de omissão do réu quanto à tomada de políticas públicas visando o abrigamento de pessoas em situação de rua, não se podendo falar em imposição de obrigação de fazer para compeli-lo à retirada de objetos e pertences de uso pessoal das pessoas que se recusam, por qualquer motivo, a ficar nos locais disponibilizados para refúgio – Obrigação inexequível – Sentença reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. perdas e danos, julgada **parcialmente procedente** pela r. sentença de fls. 585/590.

Apela o Município de São Paulo (fls. 606/621) aduzindo, em síntese, que

a r. sentença o condenou à obrigação consistente na retirada dos objetos depositados defronte ao local onde funciona o escritório do autor, embora o laudo pericial não aponte a presença de tais objetos, bem como reconheça que o Município não se mostrou omisso na implementação de políticas públicas de atenção às pessoas em situação de rua. Argumenta que a própria fundamentação do julgado demonstra a impossibilidade de se reconhecer qualquer pedido contido na inicial. Salienta que, não obstante a implementação das políticas públicas junto aos moradores do centro da cidade, já foi até mesmo proibido de retirar compulsoriamente as pessoas que se encontram em situação de rua. Assevera que, no presente caso, não se trata de retirada de objetos colocados na calçada do logradouro defronte ao escritório do apelado, mas, sim, de pessoas, que recolhem seus objetos e se retiram do local ao amanhecer, só retornando à região quando anoitece para receber alimentação ofertada por entidades religiosas.

O recurso não recebeu resposta (fls. 623).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c.c. perdas e danos, ajuizada por Paulo Alves Esteves em face da Municipalidade paulistana aduzindo ser proprietário de imóveis localizados na Rua Senador Feijó, Centro de São Paulo/SP, onde se encontra instalado o seu escritório de advocacia.

Evidencia que a presença de inúmeros indigentes e desabrigados defronte ao imóvel, tem dificultado o deslocamento dos seus clientes que, atemorizados, não mais frequentam o seu escritório, bem como causado desvalorização imobiliária e, consequentemente, inúmeros prejuízos.

Postulou a condenação da apelada: (i) no cumprimento da obrigação de fazer consistente na remoção das instalações destinadas à guarda de objetos existentes nas calçadas das Ruas Senador Feijó e Benjamin Constant, sob pena de multa diária; (ii) no pagamento dos danos materiais a serem ressarcidos e danos morais a serem arbitrados.

O feito foi inicialmente extinto, sem resolução do mérito, por se considerar que o autor não seria parte legítima para pleitear pedido envolvendo direito coletivo (fls. 173/173-v). Apelou o autor (fls. 177/189), tendo esta C. Câmara decidido pela sua legitimidade ativa *ad causam*, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento na fase instrutória (fls. 211/218).

Eis a ementa do v. acórdão:

Apelação – Ação de Obrigação de Fazer c.c. – Perdas e Danos – Autor que alega ter sido prejudicado por omissão do Poder Público ante a presença de inúmeros indigentes, que inadvertidamente invadiram as calçadas e instalaram barracas para fins de moradia no acesso público defronte ao seu imóvel – Legitimidade ativa ad causam reconhecida –

Acesso ao Sumário

Cerceamento de defesa configurado – Sentença que olvida requerimentos tempestivamente formulados pelo apelante para produção de prova – Matéria fática que necessita ser esclarecida e poderia alterar a sorte da demanda – Error in procedendo caracterizado – Nulidade da sentença que se impõe por afrontar o direito constitucional à ampla defesa, consagrado no art. 5.º, inciso LV, da Lei Maior – Apelo provido para tal finalidade – Preliminar acolhida – Prejudicada a análise do mérito recursal. (TJSP; Apelação Cível 0050342-36.2012.8.26.0053; Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/12/2014; Data de Registro: 04/12/2014).

Retornados os autos, determinou-se a produção de prova oral e pericial (fls. 234/235). Apresentados quesitos por ambas as partes (fls. 240/240-v e 241/242), bem como arroladas testemunhas pelo autor (fls. 260/261), foi apresentado em Juízo laudo pericial (fls. 312/397) e esclarecimentos (fls. 465/475), no qual restou apurado o valor de R$ 19.406,03 (outubro/2015), a título de desvalorização dos imóveis do autor, devidamente homologado pelo Juízo (fls. 489).

Designada audiência de instrução e julgamento (fls. 494), foram ouvidas duas testemunhas do autor (fls. 513/515) e, em seguida, proferida nova sentença (fls. 585/590), desta feita julgando parcialmente procedente a pretensão deduzida, apenas para "reconhecer o dever da Municipalidade de retirar os objetos indevidamente colocados defronte ao prédio em que funciona o escritório de advocacia do autor", rechaçando o pleito indenizatório.

Merece reparo o r. julgado.

Assiste razão à Municipalidade no que tange à inexequibilidade da obrigação que lhe fora imposta por sentença, porquanto os objetos a que faz alusão a prova pericial não são de sua responsabilidade, mas sim, de moradores de rua que, por motivos diversos, optam por deixar seus pertences nas calçadas sob as marquises dos edifícios durante à noite, notadamente nas Ruas Senador Feijó e Benjamin Constant.

Com efeito, não se pode compelir o Poder Público a promover a retirada de objetos pertencentes a particulares, ainda que deixados na via pública, a menos que se comprove o seu abandono ou o comprometimento do trânsito de pedestres ou veículos, o que não restou efetivamente comprovado, sob pena de caracterizar indevida prática de higienismo social e, por via oblíqua, ofensa a princípios básicos, como o da dignidade da pessoa humana, p.ex.

Ora, restou comprovado nos autos que o Poder Público não tem se mantido inerte quanto à implantação de políticas públicas visando o abrigamento de pessoas em situação de rua, tendo, inclusive, o Juízo sentenciante feito ressalva

expressa nesse sentido, senão vejamos:

"(...).

A prova produzida indicou ainda que a Municipalidade atua, dentro das limitações de orçamento, tentando minorar o sofrimento das pessoas carentes que se encontram nas ruas, com abrigamento de longa ou curta duração, serviços de convívio e atenção psicossocial, além de atuação em rede com outros órgãos (fls. 242/243). Tanto assim que já mantinha, desde o ano de 2009, o projeto Atenção Urbana – base Sé/República, serviço prestado em convênio com o CIEDS - Centro Integrado de Estudos e Programas de Desenvolvimento Sustentável, voltado ao atendimento às pessoas em situação de rua (fls. 100).

Especificamente no caso dos ocupantes das imediações do prédio em que funciona o escritório de advocacia do autor, as informações trazidas pelo serviço social da Prefeitura indicam que o fenômeno, verificável preponderantemente no final de tarde, inseria-se na tendência de utilização das ruas nas imediações do Largo de São Francisco como dormitório, como decorrência da distribuição de alimentos ali realizada por entidades religiosas. O cuidado no tratamento da questão foi justificado por se tratar de problema social, que exige respeito à dignidade humana dos menos favorecidos. Daí a preocupação em promover a inserção das pessoas em abrigos, redirecionamento que não poderia ser feito de maneira compulsória (fls. 100/111).

(...)".

Ora, se é certo que não se pode promover o redirecionamento compulsório dessas pessoas menos favorecidas socialmente a abrigos ou instituições de acolhimento, igualmente não se pode ter por razoável compeli-las ou, até mesmo, promover *sponte propria* a retirada de seus pertences pessoais deixados na via pública quando estes se recusem a ir para tais locais.

A questão é, de fato, complexa e exige uma análise mais aprofundada de todas as vicissitudes que permeiam a situação. Se não existe omissão do Poder Público quanto à tomada de políticas públicas visando o abrigamento de pessoas em situação de rua, não se pode falar em imposição de obrigação de fazer para compeli-lo à retirada de objetos e pertences de uso pessoal das pessoas que se recusam, por qualquer motivo, a ficar nos locais disponibilizados para refúgio.

É evidente que há situações em que o discernimento dos desabrigados pode se encontrar comprometido pelo uso de substâncias psicotrópicas ou alcóolicas, casos em que se tem presenciado tanto a condenação do Poder Público em proceder à internação compulsória dessas pessoas para tratamento da situação de drogadição ou alcoolemia, quanto a possibilidade de se proceder até mesmo de ofício, a teor do disposto na legislação de regência, especialmen-

Acesso ao Sumário

te as Lei n.ºs 10.216/01 e 13.840/19, o que poderia ensejar a possibilidade de retirada dos aludidos pertences sem a necessidade de consentimento dos seus proprietários mediante alocação em local próprio para posterior retirada, o que não restou comprovado nos autos.

Com isso, colhe provimento o apelo interposto pelo Município de São Paulo para o fim de julgar integralmente improcedente a ação, tocando ao autor arcar integralmente com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que ora se majora para 15% do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 11, do estatuto processual civil.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido analisada.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050743-08.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SPDM - ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA - AMBULATÓRIO MÉDICO DE ESPECIALIDADES - AME MARIA ZÉLIA e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA MARLENE DE VASCONCELOS.

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 43.842)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Pleito indenizatório por danos estéticos e morais, decorrentes de má prestação de serviço público. Exame de colonoscopia. Perfuração intestinal. Falta de provas da falha atribuída ao Estado na condução do conduziu o exame ou mesmo nos procedimentos

de socorro. Intercorrência previsível, embora de baixa incidência; devidamente alertada a paciente. Fatos demonstrados, prejuízos que não advieram de ação ou omissão ilícitas. Nexo insuficiente para impor o dever de indenizar. Recursos providos para julgar improcedente a ação.

VOTO

Ação de reparação por danos morais e estéticos ajuizada em razão de falha na prestação de serviço público de saúde.

Julgou-a parcialmente procedente a sentença de f. 660/8, cujo relatório é adotado, para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos estéticos, na ordem de R$ 20.000,00 e danos morais, também fixados em R$ 20.000,00. As vencidas também foram condenadas ao pagamento de custas e despesas processuais, além de verba honorária de 10% sobre o valor da condenação.

Apela a Fazenda do Estado. Aponta ilegitimidade passiva *ad causam*. O Estado de São Paulo não tem qualquer ingerência em relação ao serviço prestado à autora. Não houve conduta de agentes públicos estaduais. Inexiste prova do nexo causal entre o fato e o alegado dano. Não houve prova de erro médico. Inexistiu imprudência, negligência ou imperícia. A responsabilidade, aqui, é subjetiva. Subsidiariamente, pede a redução dos danos morais e estéticos (f. 708/31).

A SPDM também apela, a f. 738/63. A sentença não está suficientemente fundamentada, pois não adentrou à questão da conduta culpa, ponto que julga indispensável em casos como o presente. Apontar a perícia existência de nexo de causalidade entre ato e dano não configura, *per se*, dever de indenizar. Aplica-se ao caso a responsabilidade subjetiva e deve ser demonstrada conduta culposa do agente causador do dano. Não há nexo de causalidade entre danos e conduta médica. Não é possível cumular dano moral e estético na mesma fundamentação. Inexiste prova do dano estético. Subsidiariamente pede a redução do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões a f. 792/800.

É o relatório.

1. A ilegitimidade de parte suscitada pela Fazenda Pública não prospera, como alude a decisão saneadora, de f. 495, *pois a autora foi atendida em hospital público, prestadoras de serviços médicos ao SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS do qual a requerida faz parte.*

Ademais, a Constituição da República é clara e a jurisprudência consolidou-se no sentido de que a legitimidade passiva concorrente dos entes federados emerge do art. 196 da CR, em situações em que o cidadão seja atendido pelo Sistema Único de Saúde, como no caso dos autos. Inclusive, em paralelo com tal

Acesso ao Sumário

entendimento, este Tribunal tem decidido que eventuais cláusulas dispostas em *contrato de gestão firmado com a entidade privada que restrinjam a responsabilidade do ente federativo são inoponíveis à vítima.*[1] O Estado está legitimado, portanto, a responder à demanda.

2. Ainda que aos olhos da apelante SPDM seja a sentença omissa, ela está suficientemente fundamentada, expondo a MMª Juíza da causa os motivos que conduziram ao desate, de sorte a mostrar-se suficiente a proporcionar à vencida o exercício do direito ao duplo grau. O ato processual preenche os requisitos do art. 489 do Código de Processo Civil e, portanto, não há nulidade a sanar.

3. Narra Maria Marlene de Vasconcelos que, em 2 de julho de 2018, no Ambulatório de Especialidades Maria Zélia, realizou exame, por recomendação médica, de colonoscopia e por uso excessivo de força por parte do condutor do procedimento, houve deslocamento da alça intestinal, o que lhe causou fortes dores abdominais e perfuração no cólon intestinal. O procedimento foi interrompido e a autora transferida para o Hospital Storopoli, no qual, internada por aproximadamente quatro dias, passou por cirurgia (f. 32/59). Teve fortes dores. Houve *seroma* na incisão e o médico espremeu. Como consequência, apresenta hérnia na incisão e necessita de cirurgia para reparo. Alega, ainda, que o local de realização do exame não possuía estrutura suficiente para atender situações desta natureza. Pede a condenação dos réus por danos morais e estéticos, na ordem de R$ 100.000,00.

O douto Juízo observou ser *fato incontroverso que a autora realizou exame de colonoscopia e sofreu perfuração intestinal (pneumoperitônio – fl. 587) durante o procedimento, realizado em 02/07/2018 no Ambulatório Médico de Especialidades "Maria Zélia", necessitando de cirurgia de emergência para reparação da perfuração Laparotomia Exploradora* (fl. 35/40).

Restaram, portanto, duvidosos: a) a extensão dos danos estéticos; b) se decorreu do procedimento de colonoscopia; c) existência do abalo moral e; d) se o exame e a remoção para outro hospital corroboraram para os danos.

Assim, as principais questões postas nos autos dizem respeito à correção dos procedimentos adotados pelos servidores que conduziram o procedimento e a suficiência do nexo apontado pela perícia para impor o dever de indenizar. Nesse ponto, o conjunto probatório dos autos, notadamente a documentação colacionada e o laudo da perícia médica (f. 572/604), foi suficiente para afastar a má conduta do profissional de saúde como causa do dano verificado.

Segundo a perícia, *A perfuração cólica é uma das complicações mais graves relacionadas ao exame de colonoscopia pois está associada a maiores taxas de mortalidade e morbidade. Apesar disso, é um evento muito raro, ocorrendo em 0,016% dos procedimentos diagnósticos e em torno de 0,5 a 3% das colonoscopias terapêuticas.* A colonoscopia não pode ser concluída por dificuldades

Acesso ao Sumário

1 Ap. nº 1016876-18.2014.8.26.0068, Des. Heloísa Martins Mimessi, j. em 25.10, 2021.

técnicas apresentadas devido à angulação e fixação de alças intestinais.

Diz, ainda, que *Não houve demora para o diagnóstico, realizado em seguida, sendo a pericianda imediatamente transferida para hospital de referência onde foi submetida a tratamento cirúrgico, sem necessidade de colostomia, tendo sido realizado apenas sutura da perfuração do sigmoide. Apresentou boa evolução e embora tenha referido vômitos, não há registro deste evento na evolução diária da pericianda, que teve alta no 6º dia de pós-operatório em 08.07.2018... Não houve demora para o diagnóstico, realizado em seguida, sendo a pericianda imediatamente transferida para hospital de referência onde foi submetida a tratamento cirúrgico, sem necessidade de colostomia, tendo sido realizado apenas sutura da perfuração do sigmoide. Apresentou boa evolução e embora tenha referido vômitos, não há registro deste evento na evolução diária da pericianda, que teve alta no 6º dia de pós-operatório em 08.07.2018. E, a hérnia incisional – comum em pós-operatórios, pode ter sido decorrente dos vômitos referidos, e tem indicação cirúrgica. A cicatriz alargada que a pericianda apresenta* [f. 576]*, pode também ser corrigida para apresentar uma melhor estética, no mesmo ato cirúrgico por ocasião da realização de correção da hérnia incisional* (f. 590).

Afirma que *Os elementos disponíveis permitem, sob a óptica médico-legal, admitir o nexo de causalidade entre o exame de colonoscopia e a perfuração de sigmoide, como verificado na perícia médica. A data da consolidação médico-legal das lesões elencadas é fixável em 08.09.2018, com base em atestado médico de alta e de ser o período de tempo adequado para convalescença* (f. 591). Todavia, dos quesitos oficiais dirigidos ao *expert*, importante extrair que, apesar de entender *que a determinação judicial transcende a orientação do órgão de classe e responde: não caracterizado erro médico, mas complicação descrita e prevista na literatura científica, em exame tecnicamente difícil, cuja complicação foi rápida e devidamente abordada.* Tal entendimento é replicado ao responder a quesito pelo qual questionou-lhe o Juízo se houve negligência, imprudência ou imperícia no procedimento médico de colonoscopia e na remoção da autora para outro hospital (f. 596) (g.m.).

Ao ser questionado pela Fazenda Pública se a autora *recebeu atendimento médico adequado por parte do Hospital Estadual?* O perito foi categórico ao responder que sim e, ainda, se o *atendimento foi realizado de acordo com os procedimentos padrões?* Também assentou que *Sim. Foi atendida ambulatorialmente com as avaliações pertinentes, internada para realização do exame de colonoscopia com preparo de limpeza mecânica anterior (preparo efetivo que poupou a pericianda de uma colostomia) e realização do procedimento conforme agendamento.* Conclui que os fatos alegados São intercorrências possíveis do exame realizado conforme literatura científica disponibilizada no laudo (f. 596/7 e f. 600) (g.m.).

Acesso ao Sumário

Portanto, claro que os procedimentos do exame foram iniciados e a perfuração ocorreu durante a realização; todavia, não houve falha procedimental, mas resultado que, embora de pouca ocorrência, pertencia à linha de riscos inerentes ao procedimento. Lembrando ser a obrigação médica de meio, é o suficiente para afastar as consequências jurídicas pretendidas pela autora.

Em outros termos, o nexo natural constatado pelo perito não é suficientemente relevante para ser alçado à categoria de nexo jurídico de causalidade a ponto de implicar o dever de indenizar por parte do Poder Público. Por consequência, não houve ação ou omissão ilegais.

Isto porque os procedimentos foram corretamente tomados: ao perceber a única perfuração do intestino – como dito, previsível nestes exames, embora de pouco incidência –, imediatamente suspendeu o procedimento, tal como recomenda a boa conduta médica, e, a paciente imediatamente deslocada para hospital com maior estrutura (f. 29/30; f. 597 e f. 600). A paciente estava acompanhada de sua filha durante a realização do procedimento examinatório invasivo (f. 31). A evolução clínica decorrente posterior à cirurgia foi normal (f. 71). Não refere e não há indício de qualquer evento danoso durante o tratamento a que foi submetida no Hospital Municipal Vereador José Storopolli (f. 78/95; f. 101/6). Alta médica em 6 de julho de 2018 (f. 96/7). Recebeu orientações gerais e de afastamento de atividades que demandassem esforço físico por sessenta dias (f. 99/100). Compareceu a consulta pós-operatória em 17 de julho de 2018 (f. 63 e f. 98).

O perito também não vislumbrou qualquer equívoco no procedimento adotado pelos médicos ao aplicarem tratamento medicamentoso imediato na paciente e o intervalo de sessenta e um minutos entre a interrupção do exame radiológico que diagnosticou o *pneumoperitônio* foi adequado, assim como o tempo dispensado para que a autora fosse levada ao nosocômio de destino para realização de cirurgia (f. 600/1).

O laudo é claro ao apontar que as complicações são *relacionadas ao exame não ocorrem rotineiramente, mas eventualmente; no caso por dificuldades técnicas descritas*, se dão por *Dificuldade técnica para a execução do exame* e não pelo uso de força desproporcional ou inabilidade médica (f. 597).

É dizer que a intercorrência pertence aos riscos inerentes ao procedimento e a autora estava ciente disso (f. 184). A seu ver, *a pericianda foi atendida com presteza, dentro das normas das boas práticas médicas* (f. 603). O laudo é hígido e conclusivo.

São comuns casos como o presente na jurisprudência deste Tribunal:

RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – ERRO MÉDICO – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Ausência de de-

Acesso ao Sumário

monstração da culpa, por ação, ou omissão, do Poder Público e seus agentes. 2. Inocorrência de negligência, imprudência ou imperícia no atendimento médico recebido e na condução do exame de colonoscopia, seguido de cirurgia corretiva. 3. Observância das regras usuais da prática médica e a utilização das terapias indicadas para o caso concreto. 4. Os elementos de convicção produzidos nos autos, especialmente a prova pericial, são insuficientes para o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial, ante a margem de 2% de intercorrências. 5. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. 6. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente. 7. Sentença, ratificada. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido.[2]

APELAÇÃO. Ação indenizatória. Prestação de serviços médico-hospitalares. Exame de colonoscopia com sedação endovenosa. Alegada perfuração de intestino em decorrência do procedimento realizado. Sentença de improcedência. Inconformismo da parte autora. Laudo pericial que observou os fatos controvertidos e concluiu pela regularidade da conduta médica, o que afasta a responsabilidade civil dos corréus. Dever de indenizar da parte ré não reconhecido. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido.[3]

INDENIZAÇÃO. Erro médico. Exame de colonoscopia. Sentença de improcedência. Irresignação. Desacolhimento. Prova pericial que não indicara imperícia, imprudência ou negligência dos profissionais responsáveis pelo ato médico. Perfuração intestinal que, segundo a literatura médica, é possível complicação do procedimento realizado. Improcedência mantida. Recurso desprovido.[4]

Indenização por danos morais e estéticos. Procedimento de colonoscopia. Alegação de erro médico que não restou configurada. Exercício da medicina é atividade de meio, e não de resultado. Todo procedimento envolve risco. Prova técnica não constatou nenhuma falha ou irregularidade na prestação de serviços. Literatura médica, no caso em exame, fora observada na íntegra. Paciente que inclusive se submetera a procedimentos de laparotomia e de colorrafia, 'a posteriori', com pleno êxito. Verba reparatória pleiteada não apresenta suporte. Improcedência da ação deve sobressair. Apelo desprovido.[5]

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ERRO MÉDICO – EXAME DE COLONOSCOPIA – Sentença julgou improcedente o pedido – Insurgência da autora – Cerceamento da produção de prova – Apelante apresentou quesito suplementar extemporâneo: somente depois de juntado o laudo com o resultado que lhe foi desfavorável, não considerado pelo juízo e, por conseguinte, não respondido pela perita nomeada, fato que não contrariou o disposto no art. 469, parágrafo único, do CPC vi-

Acesso ao Sumário

2 Ap. 0003793-41.2014.8.26.0297, Des. Francisco Bianco, j. em: 19.12.2016.
3 Ap. nº 1006318-09.2018.8.26.0565, Des. Rogério Murillo Pereira Cimino, j. em 23.4.2021.
4 Ap. nº 1006007-94.2015.8.26.0606, Des. Rômolo Russo, j. em 17.2.2021.
5 Ap. nº 1000765-59.2018.8.26.0248, Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. em: 16.10.2019.

gente – Preliminar afastada trabalho técnico realizado mostra-se conclusivo – *Expert* nomeada pelo juízo não reconheceu erro técnico/médico na realização do procedimento, em que alicerçada a r. sentença que negou a indenização por dano moral – Dever de informação das rés sobre os riscos do exame foi cumprido – Responsabilidade subjetiva – Rejeitada a preliminar, sentença mantida – Honorários recursais – Mantida a sucumbência da apelante, necessária a majoração dos honorários advocatícios de 10% para 15% do valor da condenação, a teor do disposto no art. 85, §11, do CPC – Recurso da ré não provido.[6]

O § 6º do art. 37 da Constituição da República consagra a teoria do risco administrativo como causa suficiente para responsabilização do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, mesmo que tenham agido com a mais absoluta correção, posto que somente nos casos de dolo ou culpa é assegurado o direito de regresso contra o responsável.

Nos dizeres da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a doutrina da responsabilidade objetiva do Estado calcada na teoria do risco *baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por algum membro da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público*[7]. No caso, não houve, à luz da prova produzida, incúria por parte dos servidores que atuaram no caso e não há evidências da falha na prestação do serviço público. Portanto, inexistentes os prejuízos injustos, a autora não faz jus à respectiva indenização, posto não ter se desincumbido de provar a desídia, o desleixo que ancorariam o direito que pretende ver reconhecido.

4. Dou provimento aos recursos para julgar improcedente a demanda. Revertido o desate, fica a autora condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorária que fixo em 10% sobre o valor da causa, já com acréscimo do art. 85, § 11, do CPC, observada a gratuidade antes deferida (f. 121).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023286-64.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes EDGARD PAULA JÚNIOR, EMERSON DE PAULA, TERESA CRISTINA ARAUJO SANT'ANNA, HELOÍSA HELENA ARAUJO MORETTI, PAULA MARCIA

6 Ap. nº 1012978-03.2016.8.26.0011, Des. Clara Maria Araújo Xavier, j. em: 29.1.2018.

7 *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 515.

NUNES DE ARAUJO, HAMILTON DIAS DE SOUZA, JOSÉ FERNANDO DE SOUZA e ERICSON DE PAULA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. (Sustentou oralmente o Dr. Rui Celso Reali Fragoso – OAB/SP nº 60.332)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.408)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 18 de novembro de 2021.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TÍTULO JUDICIAL.

- Invocando registro similar de CHIOVENDA, leciona Teori Albino ZAVASCKI que "a função de todo processo é a de dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito" (Comentários ao Código de processo civil, vol. 8, p. 353).

- A coisa julgada é instituto de direito formal que, a exemplo da perempção, da prescrição, da decadência, inibe, resguardada a via rescisória, a discussão de mérito subjacente ao óbice de forma.

- Provimento da apelação para cassar o r. *decisum* extintivo do cumprimento de sentença, prosseguindo-se o feito na origem.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Edgard Paula Júnior e Outros apelam da r. sentença que, nos autos de cumprimento de sentença que condenou a Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento de indenização por limitação administrativa de imóvel após a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, acolheu a impugnação da executada para

> "(...) julgar extinto o processo, com fundamento no art. 924, inciso II, do CPC. Arcarão os exequentes com o pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro, por equidade, em R$ 20.000.00, devidamente atualizados. E o faço com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC, em sentido inverso, em atenção ao Princípio da Igualdade, eis que não há justificativa para fixação da verba nos termos do art. 85, § 3º, do CPC, que ensejaria

Acesso ao Sumário

> o arbitramento de valores vultosos, porquanto o presente cumprimento de sentença não demandou maiores esforços dos representantes das partes do que aqueles estritamente necessários para o bom desenvolvimento do incidente. **Tendo em vista as peculiaridades do caso, extraiam-se cópias integrais deste incidente, remetendo-se à Promotoria de Patrimônio Público do Estado de São Paulo para conhecimento e eventuais providências** " (*e*-págs. 484-9).

Alegam, em suma, *(i)* violação à coisa julgada e à segurança jurídica, *(ii)* que a decisão de mérito, transitada em julgado, já foi debatida em todas as instâncias possíveis, com a improcedência da ação rescisória ajuizada pela Fazenda paulista, *(iii)* que, de acordo com o título judicial exequendo, o termo final para o pagamento da indenização seria o "ajuizamento, pela Fazenda, da ação de desapropriação direta, ou pelos autores, da ação de indenização por apossamento administrativo" e que, até o momento, não houve o ajuizamento de nenhuma dessas ações, (*iv*) que a própria executada reconheceu tratar-se de indenização anual e periódica, de caráter permanente, ao menos até o ajuizamento de ação de desapropriação ou de apossamento administrativo e que deveria ela ter ajuizado demanda expropriatória "assim que transitado em julgado o título executivo referido, como forma de preservar o erário", (*v*) que a quantia paga a título de indenização não superou o valor do imóvel objeto dos autos, uma vez que as áreas de preservação permanente, incluindo os mananciais, foram descontados do *quantum* indenizatório, (*vi*) que o título executivo adotou como parâmetro para o pagamento da indenização quantia equivalente a "juros compensatórios de 12% ao ano" sobre o valor atualizado da propriedade, (*vii*) que a natureza da ação é indenizatória, cabendo a incidência de juros moratórios sobre o valor principal, (*viii*) que este cumprimento de sentença refere-se ao quinto período aquisitivo (novembro de 2013 a outubro de 2018) e há, ainda, a existência de débitos referentes a outros períodos aquisitivos, (*ix*) que a invocação de restrições orçamentárias não pode servir para a não observância de decisões judiciais, (*x*) impossibilidade de revisão da coisa julgada ante a inexistência de alteração das condições de fato ou de direito, (*xi*) que houve apenas a alteração de titularidade do direito, uma vez que os apelantes são sucessores ou cessionários do direito à indenização, nos termos dos arts. 286 e 943 do Código civil, e que nenhum deles firmou contrato de compra e venda dos imóveis que tiveram seu uso limitado pela criação do parque estadual, tratando-se de aquisição originária por herança e de cessão do próprio direito ao crédito, (*xii*) preclusão da matéria, tendo em vista que somente quarenta anos após o início da primeira execução, a Fazenda estadual alega suposta alteração fático-jurídica e (*xiii*) que a revisão da coisa julgada somente pode ser discutida em ação própria. Postulam, por fim, o prosseguimento do cumprimento de sentença, com a homologação dos cálculos por eles apresentados e a expedição de precatórios para o pagamento do valor

Acesso ao Sumário

principal e dos honorários advocatícios. Subsidiariamente, pleiteiam que os autos sejam remetidos à Contadoria judicial para cálculo do crédito exequendo (*e*-págs. 499-517).

Respondeu- se ao recurso (*e*-págs. 524-32).

A Promotoria pública da Comarca manifestou sua falta de interesse em atuar no feito (*e*-págs. 477-82).

2. Distribuído o recurso, inicialmente, à egrégia 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, foram redistribuídos em atendimento a representação da eminente Des. VERA ANGRISANI (*e*-págs. 537-8 e 541).

É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais em 17 de maio de 2021 (*e*-pág. 545).

VOTO:

3. Edgard Paula e Outros ajuizaram, aos 27 de agosto de 1982, ação indenizatória contra a Fazenda do Estado de São Paulo, requerendo o pagamento de

> "a) indenização, a ser apurada pericialmente, relativa ao dano e aos prejuízos sofridos pelos suplicantes pela transformação de seus imóveis em Parque Estadual, bem como,
>
> b) juros de 12% ao ano, desde a data da publicação do referido decreto Estadual, calculados sobre o valor do dano e prejuízo sofridos" (*e*-pág. 44).

A r. sentença de origem, proferida aos 27 de fevereiro de 1987, julgou procedente a ação para

> "condenar a ré a pagar aos autores, respeitada a área de cada um (fls. 275), a título de indenização, a quantia de Cz$ 68.549.282,96 (sessenta e oito milhões, quinhentos e quarenta e nove mil, duzentos e oitenta e dois cruzados e noventa e seis centavos), acrescida dos juros compensatórios de 12% a.a., desde a data em que ficaram estabelecidas as restrições, mais juros moratórios da data do trânsito em julgado desta, honorários advocatícios de 6% sobre o total da condenação, custas em reembolso e despesas processuais, corrigindo a indenização, desde a data do laudo, até o efetivo pagamento, pelo índice de variação OTN"(*e*-págs. 46-56).

Proferiu-se, aos 13 de outubro de 1987, pela 14ª Câmara Civil deste Tribunal de Justiça, o acórdão a seguir

> "(...) no caso, a Fazenda não propõe ação de desapropriação. Os autores não propuseram ação de indenização por apossamento administrativo. A solução deve ser encontrada não na indenização total da propriedade, contida na sentença, mas numa quantia que corresponda aos eventuais prejuízos decorrentes da impossibilidade de uso da propriedade. Essa solução é dada pela jurisprudência que criou os juros compensatórios. O va-

Acesso ao Sumário

lor total da terra nua e do potencial madeireiro e que a sentença acolheu é de Cr$ 68.549.282,96 para outubro de 1985. No entanto, esse valor não é aceito, porque se faz necessário descontar o valor correspondente às áreas de preservação permanente estimadas em 20%, reduzindo-se assim o valor da mata a Cr$ 51.462.371,20 que somado ao valor da terra nua alcança a cifra de Cr$ 55.406.711.908. Sobre essa importância se calcularão os juros compensatórios de 12% ao ano, a partir do Decreto nº 10.251/77 e da data em que foram impostas as restrições. Anualmente será atualizado o valor e sobre ele se calcularão os juros de 12%. Os juros serão pagos até a data em que a Fazenda propuser a competente ação de desapropriação ou os autores a ação de indenização por apossamento administrativo. Ao recurso adesivo é dado provimento a fim de aumentar o percentual da verba advocatícia para 10% sobre o montante a ser pago. Ao recurso da Fazenda nega-se provimento. Ao recurso oficial dá-se provimento, em parte. Isto posto, repelida a preliminar, nega-se provimento ao recurso da Fazenda. Dá-se provimento em parte ao recurso adesivo e ao recurso oficial, a fim de condenar a Fazenda do Estado a pagar anualmente aos autores os juros compensatórios de 12% sobre o valor atualizado da propriedade e elevar o percentual da verba advocatícia para 10% sobre o valor da condenação" (*e*- págs. 59-64).

Negou-se provimento aos recursos extraordinário e especial e, diante do trânsito em julgado aos 30 de outubro de 1996 (*e*- pág. 110), iniciou-se a fase executiva do feito em relação aos períodos de agosto de 1977 a outubro de 1988 (precatório 1.621/89), novembro de 1988 a outubro de 1992 (precatório 528/94), novembro de 1992 a outubro de 2013 (*e*-págs. 148 e 193-338).

Iniciada, aqui nesses autos, a execução em relação ao período de **novembro de 2013 a outubro de 2018**, apresentou a Fazenda paulista impugnação alegando, em resumo, (*i*) que os exequentes, na condição de sucessores de Edgard de Paula e de Benedito Carlos Macedo de Araújo, e de cessionários dos direitos creditórios de Guaracy Silvério de Santa'Anna e de Antonia Crepaldi de Sant'Anna, não suportaram prejuízo algum com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, uma vez que adquiriram o imóvel com restrições de uso pré-existentes, (*ii*) enriquecimento sem causa, (*iii*) que além de pagar indenização exorbitante, a Fazenda estadual foi ainda condenada a ingressar com ação de desapropriação direta, afirmando não ter ingressado, até o momento, com a mencionada demanda, uma vez que estava certa que reverteria o mérito com o ajuizamento da ação rescisória que, ao final, foi julgada improcedente e (*iv*) que os juros compensatórios destinam-se a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário, remunerando-o pela imissão provisória do ente público na posse do seu bem, não sendo esse o caso dos autos. Requer a extinção da execução, nos termos do inciso II do art. 924 do Código de processo

Acesso ao Sumário

civil, e, subsidiariamente, requer a retificação do cálculo para o montante de R$ 12.934.641,57 (*e*-págs. 353-67).

Acolheu-se a impugnação da Fazenda paulista para julgar extinta a execução, nos termos do inciso II do art. 924 do Código de processo civil, arbitrando-se os honorários advocatícios em R$ 20.000,00 (*e*-págs. 484-9).

Desse r. *decisum*, interpuseram Edgard Paula Júnior e Outros este recurso de apelação.

4. Tratam os autos referenciais de ação indenizatória por limitação administrativa de imóvel após a criação do Parque Estadual da Serra do Mar.

Os exequentes, na condição de herdeiros e cessionários do crédito dos autores originários, têm legitimidade para propor a execução, nos termos do disposto nos arts. 286 e 943 do Código civil, uma vez que o direito à indenização se transmite com a herança e a cessão do crédito, afastando-se o argumento da Fazenda pública de que os ora exequentes não fazem jus à indenização por não terem suportado prejuízo algum com a criação do parque estadual.

5. Extrai-se do título exequendo, com trânsito em julgado aos 30 de outubro de 1996, o trecho a seguir:

> "Os juros serão pagos **até a data** em que a Fazenda propuser a competente **ação de desapropriação ou os autores a ação de indenização por apossamento administrativo**". (a ênfase gráfica não é do original).

Verifica-se dos autos que não houve o ajuizamento de ação de desapropriação e nem de indenização por apossamento administrativo, averbando-se que a ação rescisória ajuizada pela Fazenda do Estado de São Paulo com o fim de desconstituir o acórdão da 14ª Câmara Civil deste Tribunal de Justiça foi julgada improcedente.

A própria Fazenda executada afirma que "**não ajuizou a ação de desapropriação direta**, certo de que reverteria o mérito da teratológica decisão, objeto de ação rescisória" (*e*-pág. 364 - o realce gráfico não é do original).

Invocando registro similar de CHIOVENDA, leciona Teori Albino ZAVASCKI que "a função de todo processo é a de dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito" (Comentários ao Código de processo civil: São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 8, p. 353).

E, com efeito, não é de admitir, sem prova da integral satisfação do crédito exequendo, que se extinga uma execução com suposto amparo no exaurimento do direito creditício.

Por isso, é caso de acolher o recurso, a fim de que tenha prosseguimento o cumprimento de sentença.

6. Ademais, uma das questões mais relevantes de ordem pública é exatamente a da segurança jurídica, que, entre outros mecanismos, ostenta efetivi-

Acesso ao Sumário

dade pelo respeito à coisa julgada, à prescrição, à decadência, à preclusão e à perempção de instância.

De nada serviriam as decisões jurisdicionais se, a qualquer tempo, pudessem ser modificadas por meios processuais incoercíveis.

A necessidade de estabilidade das relações jurídicas não permite que se alterem decisões atingidas pela coisa julgada.

Res iudicata – já era lição recolhida por ULPIANO – *pro veritate accipitur*. A via rescisória judicial não se supre pela só vontade de uma das partes.

Alterar o entendimento, nesta fase processual, importa, com efeito, em afastar-se da coisa julgada material, que "somente pode ser modificada pela via da ação rescisória" (MS 25.009 – TF – Pleno, j. 24-11-2004 ; cf. ainda: MS 23.665 – STF – Pleno, j. 5-6-2002), certo que o abatimento da *res iudicata*, "mercê de violentar a segurança jurídica constitucional, atenta contra um dos pilares da Jurisdição que distingue e caracteriza o Poder Judiciário" (REsp 694.374, j. 17-11-2005):

> "Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria" (REsp 107.248 – STJ, j. 7-5-1998).

7. Observa- se, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, pelo meu voto, dou provimento à apelação de Edgard Paula Júnior e Outros, para cassar a r. sentença extintiva do cumprimento de sentença proferida nos autos 1023286-64.2019 da 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, prosseguindo-se o feito na origem.

Invertem-se os ônus de sucumbência.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005273-77.2018.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER, são apelados AIRTON CAMACHO MOSCARDINI, ANTONIO CAMACHO

MOSCARDINI e HELOISA BRANDAO ANCHIETA MOSCARDINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.606)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 18 de novembro de 2021.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – JUSTA INDENIZAÇÃO – PRETENSÃO RECURSAL À ALTERAÇÃO DA INCIDÊNCIA DOS JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS – POSSIBILIDADE. 1. Justa indenização, fixada, nos termos do laudo pericial oficial, fundamentado, mediante a adoção dos parâmetros da NBR nº 14.653-3. 2. Prevalência dos valores indicados na prova pericial, produzida durante a fase de instrução do processo, sob o crivo do contraditório. 3. Incidência dos juros compensatórios de 6% ao ano, desde a imissão provisória na posse do bem imóvel, até a expedição do precatório ou o ofício requisitório de pequeno valor, nos termos do disposto no artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41 (Tema nº 126, do C. STJ; REsp nº 1.118.103-SP, do C. STJ, Rel. o Min. **Teori Zavascki; ADIN nº 2.332-DF, do C. STF, Rel. o Min. Roberto Barroso). 4. Incidência dos juros de mora de 6% ao ano, nos termos do disposto nos artigos 15-B do mesmo diploma legal e 100 da CF. 5. Ação de desapropriação, julgada procedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 6. Sentença recorrida, parcialmente reformada, para acrescentar à r. sentença proferida na origem, apenas e tão somente, a incidência dos juros compensatórios e moratórios. 7. Ficam mantidos o resultado inicial da lide, os demais termos da r. sentença ora impugnada e os encargos da condenação originais. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte**

Acesso ao Sumário

expropriante, provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 174/179, integrada a fls. 199/200, que julgou procedente a ação de desapropriação, para determinar o seguinte: a) incorporação da área imobiliária, descrita e caracterizada na petição inicial, ao patrimônio da parte expropriante; b) pagamento do valor de R$34.835,85, a título de indenização. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 5%, sobre o montante da diferença entre a oferta inicial e a indenização final.

A parte expropriante, nas razões recursais, sustentou, em resumo, a inversão parcial do resultado inicial da lide.

O recurso de apelação, tempestivo e isento de preparo, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

Pondere-se, desde logo, a inexistência de reexame necessário, tendo em vista o disposto no artigo 28, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

O recurso de apelação, apresentado pela parte expropriante, merece provimento, respeitado, contudo, o entendimento em sentido contrário manifestado pelo D. Juízo de Primeiro Grau de Jurisdição.

Trata-se de ação de desapropriação da área imobiliária, descrita e caracterizada na petição inicial, declarada de utilidade pública, por meio do Decreto Expropriatório nº 59.819/13.

Os elementos de convicção produzidos nos autos autorizam o acolhimento da pretensão recursal deduzida pela parte expropriante.

Pois bem. A indenização expropriatória deve corresponder ao valor indicado na prova pericial técnica, produzida durante a fase de instrução do processo, sob o crivo do contraditório.

Acesso ao Sumário

Ademais, o referido trabalho pericial não contém nenhum vício, equívoco ou irregularidade, passíveis de reconhecimento e correção, quanto aos cálculos e valores apresentados. Ao contrário, o laudo pericial está criteriosamente fundamentado, mediante a adoção dos parâmetros da NBR nº 14.653-3, alcançando o montante de R$ 34.835,85.

Além disso, as partes litigantes manifestaram expressa concordância com a fixação da indenização no patamar sugerido na perícia judicial (*fls. 164/165 e 173*).

Outrossim, verificar-se-á a incidência dos juros compensatórios de 6% ao ano, desde a imissão provisória na posse do bem imóvel, até a expedição

do precatório ou o ofício requisitório de pequeno valor, nos termos do disposto no artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41 (*Tema nº 126, do C. STJ; REsp* nº 1.118.103-SP, do C. STJ, *Rel. o Min. Teori Zavascki; ADIN nº 2.332-DF, do C. STF, Rel. o Min. Roberto Barroso*).

Finalmente, dar-se-á a incidência dos juros de mora de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser realizado, e não, do trânsito em julgado, nos termos do disposto nos artigos 15-B do mesmo diploma legal e 100 da CF.

Portanto, a procedência da ação de desapropriação era mesmo de absoluto rigor, acrescentando à r. sentença proferida na origem, apenas e tão-somente, nos exatos termos da fundamentação, o seguinte: a) incidência dos juros compensatórios de 6% ao ano; b) incidência dos juros de mora de 6% ao ano (*artigos 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41 e 100 da CF*). Ficam mantidos o resultado inicial da lide, os demais termos da r. sentença ora impugnada e os encargos da condenação originais

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte expropriante, para os fins acima especificados, ratificando, no mais a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0030076-47.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DALVA DIONISIO DE MORAIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

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 34.652)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Pensionista filha solteira de ex-Policial Militar – Deci-

são que indeferiu o presente cumprimento provisório, pois a cessação do benefício agora se deu pela existência de união estável da exequente que não foi objeto da inicial e nem foi negada pela exequente – Decisão escorreita – Cumprimento de sentença com objeto distinto do proposto na ação – Caso dada continuidade à execução estaria o Juízo agindo *extra petita* no tocante ao julgado transitado em julgado – Alegação de direito adquirido – Pretensão de restabelecimento da pensão previdenciária, bem como o recebimento das parcelas não pagas – Inadmissibilidade – Ação mandamental em razão da cessação da pensão em razão da Lei Federal 9.717/98 – Cessação da pensão que ora se analisa, em face da união estável da recorrente – Objetos diversos – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte acima descrita (fls. 301/312), contra a r. sentença (fls.297), em sede de cumprimento de sentença de ação mandamental, que indeferiu o presente cumprimento provisório, pois a cessação do benefício previdenciário agora se deu pela existência de união estável da exequente que não foi objeto da inicial e nem foi negada pela exequente.

Aduz direito adquirido e requer o restabelecimento da pensão previdenciária, bem como o recebimento das parcelas não pagas.

Contrarrazões às fls.315/317.

É o breve relatório.

Narram os autos que a ora apelante era pensionista previdenciária por ser filha solteira de seu pai, ex-Policial Militar. Consta que em 22/05/2013, ajuizou ação mandamental, em razão da cessação do benefício, em razão da lei federal 9.717/98. Obteve êxito em todas as instâncias, tendo a decisão transitado em julgado. Documentos às **fls.10 e seguintes, em especial 46/49; 50/59; 61/70 e 74 e seguintes**. Consta, finalmente, que houve procedimento administrativo com direito à ampla defesa e contraditório com a finalidade da cessão do pagamento em questão (**fls.81/285**).

É incontroversa a cessão do pagamento da pensão previdenciária à requerente. O cerne da questão é se saber se há descumprimento pela SPprev quanto à procedência do mandado de segurança acima mencionado ou se por motivo diverso houve a decisão de não mais ser pensionista a apelante. Os autos apontam que houve cumprimento da ação mandamental pelo Poder Público, porém, aberto procedimento administrativo por denúncia de familiares que a

Acesso ao Sumário

apelante mantinha relação estável há mais de trinta anos, foi tomada a decisão de cessação da pensão. Como consequência, verifica-se ser diverso o motivo e o objeto desta decisão da primeira, quando foi cessado o pagamento em razão da Lei Federal 9.717/98. E mais, caso o Magistrado desse continuidade a esta execução, estaria incorrendo em decisão *ultra-petita*, pois não consta do pedido do Mandado de Segurança originário desta execução.

Neste sentido:

"*...PROCESSUAL CIVIL. Preliminar.* ***Sentença extra petita reduzida aos limites do pedido...*** *" E no corpo do julgado: "A sentença de fato é extra petita, pois extrapolou os limites do pedido. Não é o caso de anulação, contudo, mas sim de redução aos limites do pedido, que visou a cessação dos descontos indigitados indevidos. A redução aos limites do pedido não abarca o pedido de repetição, expressamente rejeitados pela sentença...*" Apelação Cível nº 0019100-30.2010.8.26.0053 – 7ª Câmara de Direito Público do TJSP – Rel. Des. Coimbra Schmidt – 09/04/2012. (grifo nosso).

Portanto, der rigor a manutenção da r. sentença de primeiro grau.

Custas *ex legem*.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de pré-questionamento, 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, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0032902-81.2009.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante ROBERTO BORBELY (JUSTIÇA GRATUITA), 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 provimento parcial ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.236)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), RICARDO GRACCHO e ALBERTO GENTIL.

São Paulo, 25 de novembro de 2021.

Acesso ao Sumário

ANTONIO MOLITERNO, Relator

Ementa: PRECATÓRIO expedido em demanda acidentária contra o INSS. Apuração de eventuais diferenças. Critérios.

JUROS MORATÓRIOS

1.1. Incidência entre a data da realização dos cálculos de liquidação e a da inscrição do precatório no orçamento – Admissibilidade – Orientação firmada pelo STF no RE 579.431, julgado em 19/04/2017 pela sistemática da repercussão geral (Tema 96) – Súmula Vinculante 17 do STF.

1.2. Incidência entre a inscrição no orçamento e o depósito – Inadmissibilidade – Orientação firmada pelo STF no RE 1.169.289, julgado em 16/06/2020 pela sistemática da repercussão geral (Tema 1037).

RECURSO PROVIDO EM PARTE

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por ROBERTO BORBELY para reforma da r. sentença de fls. 111/113, que julgou extinta, com fundamento no art. 794, I, do CPC/1973, a execução movida na ação acidentária proposta contra o INSS.

O apelante sustenta fazer jus às diferenças postuladas, pois há incidência dos juros de mora entra a conta de liquidação e o depósito.

Recurso respondido.

Sem manifestação da Procuradoria de Justiça, por força de Ato Normativo.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Ao julgar o **RE 579.431**, em 19/04/2017, de acordo com a sistemática da **repercussão geral (Tema 96)**, o Supremo Tribunal Federal decidiu que **os juros moratórios devem ser computados no período entre a conta de liquidação e a inscrição do precatório no orçamento.**

Por outro lado, como **o pagamento ocorreu no prazo constitucional**, os juros de mora **não incidem entre a inclusão do precatório no orçamento e o depósito**, conforme entendimentos firmados no **RE 591.085**, julgado pelo regime da **repercussão geral (Tema 147)**, e na **Súmula Vinculante 17 do STF**.

Qualquer impasse a respeito foi definitivamente resolvido com o julgamento do **RE 1.169.289**, em 16/06/2020, de acordo com a sistemática da **re-**

percussão geral (Tema 1037), onde o Egrégio **Supremo Tribunal Federal** ratificou tal entendimento ao decidir que "*O enunciado da Súmula Vinculante 17 não foi afetado pela superveniência da Emenda Constitucional 62/2009, de modo que não incidem juros de mora no período de que trata o § 5º do art. 100 da Constituição. Havendo o inadimplemento pelo ente público devedor, a fluência dos juros inicia-se após o 'período de graça'*".

Assim, deverá ser elaborada nova conta de diferenças, com observância dos referidos parâmetros, em particular a incidência de juros de mora até 30.06.2011, considerando que a inclusão do precatório no orçamento se deu em 01.07.2011 e o depósito foi efetuado dentro do prazo constitucional para pagamento, ou seja, em 25.04.2012.

Diante do exposto, meu voto **dá provimento parcial ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003796-82.2021.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante JAKELYNE DINIZ SILVA, é apelado MUNICÍPIO DE INDAIATUBA.

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 30.947)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 3 de dezembro de 2021.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração para o fim de cancelar as faltas lançadas no prontuário funcional por motivo de adesão a greve sanitária, repetir os valores descontados e manter o trabalho remoto enquanto aplicadas as restrições pela Covid-19 – Inadmissibilidade – Ausência de conduta ilegal e arbitrária da Administração – Descontos em consonância com entendimento fixado pelo STF no Tema nº 531 – Manutenção do trabalho remoto – Ato

Acesso ao Sumário

discricionário – Reduto intangível do ato administrativo que não é passível de modificação pelo Poder Judiciário – Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Mandado de segurança impetrado por Jakelyne Diniz Silva contra ato supostamente violador de direitos atribuído ao Diretor da EMEB Padre Joaquim Aparecido Rocha, da cidade de Indaiatuba, consistente no desconto dos dias não trabalhados pela participação em movimento grevista, co'a consequente recomposição dos descontos salariais e manutenção do sistema de trabalho remoto (fls 1/14).

Processo distribuído ao digno Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Indaiatuba. Liminar indeferida (fls 82/83). Ordem depois negada (r. sentença a fls 112/116).

Apelação da impetrante fundada em síntese nestas teses: a) tratou-se de greve sanitária para que os professores permanecessem em trabalho remoto; b) havia estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Estadual nº 64.879/2020; c) as aulas não foram interrompidas, mas sim continuaram por meio remoto durante a greve sanitária; d) afirmação do legítimo o direito de greve (fls 120/126).

Apelo respondido (fls 129/145).

A douta Procuradoria de Justiça informou seu desinteresse no feito (fls 155).

É o relatório.

1- Concedo a gratuidade de justiça que não foi objeto de análise no primeiro grau.

A assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes constitui direito individual, público e subjetivo inscrito no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República. Norma hoje regulamentada nos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil.

A regra processual vigente assegura os benefícios da gratuidade judiciária a todo brasileiro ou estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios. Mas, por igual, prevê meios para contestação desse requerimento e tampouco isenta a responsabilidade pela sucumbência ou a litigância de má-fé.

Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra coletiva, disserta sobre a insuficiência de recursos: *Faz jus ao benefício da gratuidade aquela pessoa com "insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e ho-*

norários advocatícios" (art. 98). Não se exige miserabilidade, nem estado de necessidade, nem tampouco se fala em renda familiar ou faturamento máximos. É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. A gratuidade judiciária é um dos mecanismos de viabilização do acesso à justiça; não se pode exigir que, para ter acesso à justiça, o sujeito tenha que comprometer significativamente a sua renda, ou tenha que se desfazer de seus bens, liquidando-os para angariar recursos e custear o processo. (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, página 359, Revista dos Tribunais, 2015).

Às pessoas naturais presume-se verdadeira a simples alegação de insuficiência (§ 3º do artigo 99, do Código de Processo Civil) para que a parte tenha o direito subjetivo aos benefícios da gratuidade. A lei processual dispensa a exigência de comprovação da apegada pobreza.

Neste sentido, do próprio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ARTS. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, III E IV, DA LEI 10.826/2003 E 244-B DA LEI 8.069/1990 – GRATUIDADE DE JUSTIÇA – DESNECESSIDADE – AGRAVO IMPROVIDO. ***1- O STJ possui o entendimento de que o benefício da justiça gratuita pode ser pleiteado a qualquer tempo, bastando, para obtenção do benefício, a simples afirmação do requerente de que não está em condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios*** *(REsp 1.196.896/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.10.2010) (AgRg no REsp 1699679/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019)... 4- Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp nº 1550208/SC, 6ª Turma, relator Ministro Néfi Cordeiro, j. 10/12/2019; negritei).

2- A professora Jakelyne Diniz Silva impetrou este mandado de segurança em face do Diretor da EMEB Padre Joaquim Aparecido Rocha alegando suposto direito líquido e certo à baixa de todas as suas faltas ao serviço lançadas em prontuário funcional por motivo de adesão a greve sanitária, repetição das frações de salários descontados, e manutenção do sistema de trabalho remoto enquanto aplicadas as restrições pela Covid-19.

Manifesta receio de retorno do trabalho presencial e afirma o legítimo direito de greve.

Ordem negada, a r. sentença merece ser mantida.

Não se ignora o temor do retorno às atividades presenciais dos empregados públicos e privados diante da pandemia COVID-19. Todavia, não padece de ilegalidade a volta às aulas presenciais em 2021 de modo escalonado, bem como de acordo com regras de distanciamento social e protocolos de higiene com

Acesso ao Sumário

fulcro no Decreto Estadual nº 65.384/2020, o qual se balizou em orientação do Centro de Contingência do Coronavírus da Secretaria Estadual da Saúde.

Se por um lado é assegurado o legítimo direito de greve, por outro o Supremo Tribunal Federal já fixou tese da admissibilidade de desconto salarial ante a ausência de arbitrariedade da Administração. Vejamos o Tema nº 531:

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 nº 693456, Tribunal Pleno, relator Ministro Dias Toffoli, j. 27/10/2016; negritei).

Quanto ao pedido de manutenção do trabalho remoto, igualmente sem razão a impetrante.

Existe um reduto intangível do ato administrativo que não é passível de modificação pelo Poder Judiciário, atinente ao mérito, que consubstancia *a valoração imantada de discricionariedade*, em que certas interferências externas só fazem soçobrar a independência entre os Poderes.

Ato do administrador que se sedimenta exclusivamente nos critérios de

Acesso ao Sumário

conveniência não pode ser revisto, salvo quando evidente desproporcionalidade. Não é o caso.

Por mais que se discorde na opção feita pelos governantes eleitos no Poder Executivo, este tem a função de conduzir as políticas e serviços públicos, dentre eles, a educação.

É entendimento já acolhido por esta Corte Bandeirante:

PROFESSOR – Município de Indaiatuba – Greve sanitária – Direito assegurado pela Constituição Federal – Possibilidade, no entanto, de desconto dos dias não trabalhados – Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema 531) – Ausência de conduta ilícita do Poder Público – Decreto Estadual nº 65.384/20 que autorizou o retorno presencial das atividades escolares – Estudos científicos que demonstram sua viabilidade – Decisão que, ademais, compete ao Poder Executivo e na qual não cabe ao Judiciário se imiscuir, sob pena de usurpação de função administrativa – Segurança denegada – Recurso improvido. (Apelação Cível nº 1003788-08.2021.8.26.0248, 10ª Câmara de Direito Público, relator Antônio Carlos Villen, j. 15/09/2021).

Por meu voto, nego provimento à apelação da impetrante.

Não são devidos honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012369-97.2018.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante LUIZ GONZAGA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), 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: Rejeitaram a preliminar. Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.312)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO NEGRINI FILHO (Presidente), LUIZ FELIPE NOGUEIRA e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2021.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – AUXÍLIO -ACIDENTE – AJUDANTE GERAL – MALES NA

Acesso ao Sumário

COLUNA – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA – DESNECESSIDADE – LAUDO MÉDICO CONCLUSIVO – AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA E DE NEXO CAUSAL – BENEFÍCIO INDEVIDO.

Para a concessão do benefício acidentário é imprescindível a existência do nexo causal com o trabalho e a efetiva incapacidade profissional. A ausência de qualquer destes requisitos desautoriza o deferimento da reparação.

Preliminar rejeitada. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação acidentária movida pela parte obreira alegando padecer de males na coluna, contraídos no exercício de suas atividades profissionais, o que teria causado a redução de sua capacidade para o trabalho e conduziria ao direito à percepção do benefício acidentário.

A ação foi julgada improcedente (fls. 229/231).

Irresignado, apela o obreiro pugnando pela conversão do julgamento em diligência para a realização de nova perícia, com a nomeação de outro perito médico especialista em ortopedia, vistoria do local de trabalho e oitiva de testemunhas. No mérito, alega, em síntese, estarem presentes os requisitos autorizadores à concessão do benefício acidentário, razão pela qual é devido o amparo infortunístico. Pede assim, a reforma do julgado (fls. 240/251).

O recurso foi processado e não foi respondido (fls. 269 – certidão).

É o relatório.

Rejeito, de plano, o pedido de conversão do julgamento em diligência para realização de nova perícia.

Isso porque, o laudo pericial oficial foi bem elaborado e por profissional que possui todas as qualificações técnicas para exercer o encargo judicial, de modo que seu parecer merece total credibilidade.

Vale ressaltar que a jurisperita é especializada em Medicina Legal/Perícias Médicas, especialidade que supre as necessidades de conhecimento técnico para realizar a avaliação acerca de doenças do trabalho ou de sequelas de acidentes laborais.

Ademais, o juízo como destinatário da prova pode indeferir diligências que considerar inúteis ao deslinde do feito, quando existirem nos autos elementos suficientes para formar sua convicção. O laudo pericial é bastante claro e a realização de nova perícia médica, vistoria no local de trabalho e oitiva de

Acesso ao Sumário

testemunhas seriam impertinentes.

A prova testemunhal é secundária e não serve para infirmar a prova técnica. É que, em matéria acidentária, essencial é a prova técnica especializada, as testemunhas leigas não são capazes de contradizer o que fora apurado pela perícia médica.

Outrossim, tendo a decisão de improcedência se pautado na constatação de inexistência de incapacidade, é forçoso admitir que a realização de vistoria ambiental não teria o condão de reverter o resultado do julgamento.

O apelante procura desacreditar o trabalho pericial, mas, de concreto, nenhuma prova fez no sentido de confirmar suas alegações.

É pacífica orientação de nossos Tribunais nesse sentido:

"*O indeferimento de nova perícia, porque as conclusões da primeira são desfavoráveis ao autor, não caracteriza cerceamento de defesa, se o juízo formou convencimento a respeito da prova*." (Ap. s/ Rev. 539.651-00/0 – 3ª Câm. – Rel. Juiz Aclibes Burgarelli – J. 9.2.99).

Sem prejuízo, é certo que o mero inconformismo da parte com o resultado da perícia que não lhe foi favorável não é motivo para considerar o laudo nulo ou imprestável.

Logo não há que se falar em conversão do julgamento em diligência.

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Narra o autor, na inicial, ter adquirido doença ocupacional (males na coluna) em decorrência do esforço físico e da agressividade das suas atividades laborais (ajudante geral), resultando sequelas permanentes que reduzem sua capacidade laborativa.

Na avaliação médica designada (fls. 122/132), a *expert*, valendo-se de exames físico e complementares existentes nos autos, afirmou que o obreiro se encontra "*em bom estado geral, sem manifestações por descompensação de doenças. Não apresenta sinais de dano funcional articular, alterações do tônus ou trofismo muscular, deformidades, sinais inflamatórios ou outras anormalidades tais como manifestações de comprometimento medular (medula espinhal) ou de raízes nervosas (radiculopatia)"*, concluindo que *"o periciado não é portador de sequelas funcionais. Não apresenta redução de sua capacidade laboral para as suas atividades habituais, inclusive trabalho. O periciado também apresenta sequelas que não se enquadram em situação médica prevista*".

As partes tiveram ciência do laudo e o obreiro o impugnou (fls. 141/149). Os autos retornaram à perita que, apresentando laudo complementar (fls. 175/181), ratificou sua conclusão, acrescentando, quanto à coluna vertebral do autor: "*alinhamento da coluna preservado, sem desvios da linha média, com curvaturas preservadas. Musculatura para vertebral eutrófica e sem contraturas. Apófises espinhosas indolores. Sinal de Lasègue ausente. Movimentos de*

Acesso ao Sumário

todos os segmentos da coluna limitados em grau mínimo"

Seguindo a conclusão pericial, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e esta decisão não merece censura.

Isso porque, como se vê, a perícia médica é conclusiva quanto à inexistência de incapacidade laborativa atual. Note-se que não foram constatadas alterações significativas na coluna. A especialista não detectou restrições de mobilidade ao exame físico. Os testes propedêuticos apresentaram resultado negativo, o que permite concluir que os achados dos exames de imagem não repercutem na capacidade de trabalho do autor.

Destarte, inviável a reparação acidentária, pois esta pressupõe a concomitância de alguns pressupostos, ou seja, a comprovação do acidente e das lesões incapacitantes ou o diagnóstico das doenças, o nexo de causa e efeito e a restrição da capacidade de trabalho. Ausentes quaisquer desses pressupostos (no caso específico, a incapacidade laborativa), impossível é a concessão do amparo pleiteado.

Anote-se, apenas para que a decisão não venha a ser acoimada de omissa, que a lei acidentária trata apenas da incapacidade gerada pela lesão em si. Ou seja, outros elementos como seu nível de escolaridade, idade ou a dificuldade encontrada para recolocação profissional não devem ser levados em consideração para avaliar o grau da incapacidade que acomete o obreiro, aplicando-se apenas o critério médico.

Por fim, vale lembrar que a lei acidentária não indeniza a lesão em si, mas, como dito acima, apenas a efetiva incapacidade laborativa dela decorrente, o que não é o caso dos autos.

Pelo exposto, REJEITA-SE a preliminar arguida e, no mérito, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0015438-02.2013.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.030)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), PONTE NETO e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 25 de outubro de 2021.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Regularização de ocupação e uso do solo, na área denominada Jundiapeba, abrangendo cerca de 20 construções às margens de córrego, em área de várzea do Rio Tietê – Área de Preservação Permanente (APP) **– Pretensão de reparação de danos urbanísticos, com pedido principal de remoção dos ocupantes, alternativamente, de urbanização do núcleo habitacional – Pretensão de reparação dos danos ambientais – Possibilidade – Elementos dos autos demonstram a omissão da Municipalidade, materializada com a ocupação e a construção de moradias irregulares em área de preservação permanente, onde há possibilidade real de inundação, o que coloca em risco as pessoas que habitam a localidade –** É inegável o poder-dever da Municipalidade de providenciar medidas de fiscalização e de ordenação e ocupação do solo urbano **– Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes – Justificada a intervenção do Poder Judiciário para garantir o cumprimento de comando constitucional – Alteração do prazo para o cumprimento da condenação estabelecida em Primeiro Grau, mantida a imposição de multa. R. Sentença mantida no substancial.**

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Municipalidade de Mogi das Cruzes em face da r. sentença a fls. 414/419, cujo relatório é adotado, que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público para condená-la à regularização do uso e da ocupação do solo, ao longo da área denominada Jun-

diapeba (MCR-09), nas imediações da Estrada do Rio Abaixo, Km 4, perímetro rural, abrangendo cerca de 20 construções às margens do Rio Tietê, promovendo a remoção dos ocupantes, proporcionando-lhes moradia condigna, no prazo de 03 (três) anos, termo inicial (22.10.2018), bem como promover a demolição de todas as edificações ali existentes, passando, a controlar e fiscalizar o uso e ocupação da área, sob pena multa de R$ 2.000,00 reais por semana. E a reparar os danos ambientais, no prazo de 01 (um) ano a contar da demolição das construções, recobrindo o solo dessas áreas com vegetação. Condenado o Município ao pagamento de custas e despesas processuais de que não for isento. Sem condenação em honorários advocatícios, por força do art. 18, da Lei 7.347/85. Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em síntese, sustenta que a r. sentença viola o princípio da separação dos poderes, não sendo lícito ao Poder Judiciário adentrar a esfera da conveniência e oportunidade da Administração Pública, cabendo ao Administrador a opção de realizar investimentos, segundo prévia dotação orçamentária e segundo o princípio da razoabilidade. Suscita os arts. 165, 166 e 167, da CF. No mais, menciona o laudo pericial que aponta o risco baixo/médio para inundações, que a área é particular, não cabendo ao Município ter de arcar com os custos de remoção, devendo ser observada a cláusula de reserva do possível, não estando os valores para tanto previstos na Lei Orçamentária, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e nem no Plano Plurianual, sem contar que a obrigação de remoção dos ocupantes viola o princípio da isonomia. Por fim, requer a alteração do termo inicial para a promoção da remoção dos ocupantes e da multa imposta (fls. 425/438).

Apresentadas contrarrazões a fls. 440/448.

Processados, subiram os autos.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 456/468).

Esta 9ª Câmara de Direito Público não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos à uma das Câmaras Especiais do Meio Ambiente (fls. 472/479).

Suscitado conflito negativo de competência pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 483/488), sobreveio o V. Acórdão da Turma Especial de Direito Público que declarou a competência desta 9ª Câmara de Direito Público (fls. 493/497).

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que visa à regularização de ocupação e uso do solo, na área denominada Jundiapeba, abrangendo cerca de 20 construções às margens de córrego, em área de várzea do Rio Tietê – Área de Preservação Permanente (APP). Há pedido de reparação de danos urbanísticos, bem como a remoção

dos ocupantes, alternativamente, de urbanização do núcleo habitacional, como também há pedido de reparação dos danos ambientais, julgada procedente em Primeiro Grau.

Os argumentos recursais não convencem, exceto no tocante à alteração do prazo para o cumprimento da condenação.

É certo que a Administração Pública possui discricionariedade na tomada de medidas públicas relacionadas com a ocupação humana.

Todavia, como se pode verificar nos autos, é nítida a omissão da Municipalidade, materializada com a ocupação e a construção de moradias irregulares em área de preservação permanente (APP), em várzea do Rio Tietê, onde há possibilidade real de inundação, o que coloca em risco as pessoas que habitam a localidade.

Nesse ponto, como bem decidido em Primeiro Grau:

"O laudo técnico elaborado concluiu às fls. 327:

O Rio Tietê, na região de Mogi das Cruzes, tem seu nível controlado por 5 represas: Rio do Campo, Usina, Ponte Nova, paraitinga e Biritiba. As águas das represas do Rio do Campo e Usina alimentam a represa de Ponte Nova que é servida por toda a Bacia do Rio Claro e parte da Bacia do Rito Tietê; a de Paraitinga é alimentada pela Bacia do Rio Paraitinga; e a de Biritiba pela Bacia do Rio Biritiba Mirim, sendo que a de Biritiba Mirim é interligada com a represa do Rio Jundiaí e Taiçupeba. Próximo a foz do Rio Biritiba no Rito Tietê, existe uma estação elevatória, que bombeia a água do Rio Tietê para a barragem de Biritiba. A quota da Represa de Ponte Nova (crista), é de 776,00m acima do nível do mar e, o local objeto deste laudo está a aproximadamente a 34 m abaixo. A somatória das represas de Ponte Nova, Biritiba e Paraitinga totalizam uma área de 1.904,00 Alqueires de inundação. Em visita ao estaleiro do DAEE, este perito colheu depoimento do engenheiro Ernesto (chefe das barragens), o qual afirmou que apesar da influencia das barragens no nível do Rito Tietê, o risco de inundação ainda existe, tanto em casos de acidentes, ou também em caos de chuvas torrenciais, esclarecendo também que as barragens seguram 70% das águas. Ainda como exemplo foi comentado pelo ilustre engenheiro a inundação ocorrida no município de Biritiba Mirim, há aproximadamente 3 anos, quando casas ficaram praticamente encobertas pelas águas.

E ainda às fls. 331:

Com base em vistorias, estudos, histórico dos autos, medições e depoimentos, podemos concluir que apesar das Barragens e da Estação Elevatória e do desassoreamento do Rio Tietê, ainda existe risco de inundação na área em questão."

Diante disso, não restam dúvidas de que as casas construídas irregular-

mente na área mencionada na exordial encontram-se em área de preservação permanente, em área de várzea, com risco de inundação *e como já dito havendo evidente e continuo dano ao meio ambiente..."*

E, tal constatação, notadamente diante do laudo pericial de fls. 309/331, torna frágil toda a argumentação recursal da Municipalidade de Mogi das Cruzes, especialmente no tocante à questão orçamentária e à independência dos poderes, ante a omissão no dever de fiscalizar, de modo a impedir a degradação ambiental, como também de não permitir que pessoas coloquem sua vida em risco, o que é a situação destes autos.

E a atuação do Poder Judiciário, no presente caso, não implica em ofensa ao princípio da separação dos poderes, na medida em que o exercício Jurisdicional, juntamente com as demais funções de Estado (de legislar e de executar/administrar), visa garantir principalmente o bem da sociedade, o que legitima, no presente caso, o controle jurisdicional sobre a conduta administrativa desidiosa.

A propósito, confira-se ensinamento de Alexandre de Moraes:

"Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (checks and balances).

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais." (Direito Constitucional – 21ª Ed. atualizada até a EC nº 53/06 – São Paulo: Atlas – 2007 pág. 389).

Na mesma linha de entendimento, precedente desta 9ª Câmara de Direito Público:

"Como se vê, o processamento da causa foi subitamente interrompido diante da constatação, pelo juízo "a quo", da hipótese de impossibilidade jurídica do pedido mediato que, segundo anuncia o provimento judicial, vulneraria o princípio da separação de funções do Estado porque a sua procedência ensejaria a instituição de política pública decorrente de escolhas feitas pelo Ministério Público, com beneplácito do Poder Judiciário.

Certamente, não é dado ao Ministério Público pretender, com respaldo

do Poder Judiciário, ditar diretrizes e estabelecer as metas da política pública, a cuja observância o Administrador não esteja legalmente vinculado. Caso efetivamente fosse esse o cenário retratado pela petição inicial realmente estaria caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido.

*Sobre a condição de admissibilidade e conhecimento da ação, a jurisprudência do STJ adverte que "a possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o art. 267, VI, do CPC, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explicita ao pleito contido na demanda" (**STJ-5ªT., RMS 13.343-DF, Rel. Min. Felix Fisher, j.05.02.02**). Arremata que "inexistindo vedação legal à pretensão da autora, não se há cogitar de falta de condições para o exercício do direito de ação" (**STJ-4ªT, REsp 254.417, Min. Luis Felipe, j.16.12.08**).*

Em vista disso, interessa saber se o pedido mediato formulado ofende, no caso concreto, alguma proibição juridicamente estabelecida.

Colhe-se dos autos que a grave situação de risco a que se apresentam sujeitos os moradores da área determinada na petição inicial foi constatada pela própria Administração Municipal, que, inclusive, apurou as medidas necessárias para saneamento urbano (fls. 44/48 e, já após a citação, fls. 493/494). A propósito, a própria municipalidade reconheceu em juízo a existência do problema, bem como, a necessidade da adoção de medidas de correção (fls. 362).

Chama a atenção, nesse contexto, a prova documental já produzida, capaz de demonstrar que a própria Administração reconhece o caráter emergencial das intervenções necessárias, notadamente diante da possibilidade de inundação e ruína de alguns imóveis identificados. Daí porque, segundo foi informado ao Ministério Público, e, posteriormente, ao juízo, toda a área compreendida pela petição inicial era objeto de vigilância permanente por parte da Administração.

Nesse quadro, reconhece-se que o Poder Público teve a iniciativa de estabelecer um programa de mapeamento dos riscos para adoção das medidas pertinentes. Mas, até onde se pode constatar nos autos, nenhum avanço ocorreu e, por isso, nenhuma medida eficaz foi adequadamente adotada para saneamento dos problemas. Frise-se, mais uma vez, que o Município não informa qualquer planejamento ou medida concreta para, ao menos, proteger aquelas pessoas indevidamente instaladas naquela área.

Deste modo, verifica-se que a causa de pedir e os consequentes pedidos formulados pelo autor partem da premissa de que, diante da constatação de risco para áreas determinadas porque levantadas pelo próprio Município só haveria, em tese, uma e apenas uma conduta possível: a intervenção no espaço para remover os moradores e a realização das obras de contenção e urbanização. Em tese, portanto, o quadro que se formou nos autos revela que a pretensão jurídica manejada pelo Ministério Público não visa à instituição de uma

Acesso ao Sumário

política pública, nem pretende eleger uma forma, dentre muitas possíveis, para atender a uma política pública já existente.

Nessa banda, não estaria o autor pretendendo eleger, a despeito das opções do Poder Executivo, quando e onde as verbas públicas devem ser aplicadas porque, aqui, não haveria margem para a discricionariedade.

Em sendo esse o contexto, é perfeitamente possível a intervenção do Poder Judiciário, para viabilizar a concreção do interesse público, o que revela a possibilidade jurídica dos pedidos manejados.

A iniciativa do Ministério Público ao buscar o controle jurisdicional pretende alcançar uma resposta que se encontra perfeitamente delineada e albergada pelo ordenamento jurídico.

Poder-se-ia discutir se há mais de uma forma de atender à população que se apresenta sujeita aos riscos identificados, ou se as medidas adotadas pela Administração são adequadas para isto, não sendo mais eficazes apenas diante da complexidade dos problemas que o Município enfrenta cotidianamente. Neste caso, porém, a hipótese seria de improcedência do pedido, e não de impossibilidade jurídica, que se resolve no âmbito puramente teórico, mediante o cotejo do que se pleiteia com a existência de vedação no ordenamento jurídico.

E a própria respeitável sentença impugnada reconhece a viabilidade teórica dos pedidos quando afirma haver possibilidade de controle posterior dos atos da Administração, inclusive mediante a promoção de responsabilidade dos agentes públicos por atos de improbidade.

Ora, se é possível, em tese, investigar e identificar a responsabilidade dos agentes estatais pela situação a que submetidos os munícipes, certamente e com muito mais razão é possível manejar a competente ação judicial para condenar o Município a adotar as medidas necessárias para inibir e cessar a situação de risco." (AC nº 0033924- 91.2010.8.26.0053, Relator(a): José Maria Câmara Junior, Data do julgamento: 07/08/2013, Data de publicação: 09/08/2013).

Em linhas gerais, é explícito o descaso do Município que, sob o argumento da reserva do possível desacompanhada de qualquer comprovação acerca da impossibilidade do cumprimento da ordem judicial, não agiu eficientemente para evitar a ocupação irregular, deixando de sanar o dano urbanístico e ambiental na aludida área.

Acesso ao Sumário

De outro modo, é inegável a obrigação do Município de ordenar a ocupação do solo urbano, mediante planejamento e controle do uso e, portanto, fiscalizar, controlar e promover a segurança e a preservação do meio ambiente natural e urbanístico (poder-dever), não se limitando à mera fiscalização.

Tais obrigações do poder público decorrem do poder de polícia das construções, que se consubstancia *"(...) pelo controle técnico funcional da edificação particular, tendo em vista as exigências de segurança, higiene e funciona-*

lidade da obra segundo sua destinação e o ordenamento urbanístico da cidade, expressos nas normas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano." (Hely Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, 18ª Edição, p. 519).

E continua o ilustre jurista: "*O controle das construções urbanas é atribuição específica do Município, não só para assegurar o ordenamento da cidade em seu conjunto, como para se certificar da segurança da salubridade e da funcionalidade de cada edificação, individualmente considerada. (...) O controle das construções exercita-se, pois, sob dois aspectos: o coletivo, para o ordenamento urbano; o individual, para adequação da estrutura à função da obra. (...) Daí as normas de uso e ocupação do solo urbano que já vimos precedentemente, disciplinando a ocupação e a utilização das áreas urbanas e urbanizáveis, e o código de obras e suas normas complementares, regulando a construção em si mesma*." (ob. cit., p. 600)

Cumpre ressaltar que não há que se falar em discricionariedade e faculdade de atuação por parte da Administração nesta questão, pois compete ao poder público municipal o dever de adotar medidas úteis a prevenir ou amenizar eventuais danos aos interesses difusos e coletivos da população.

Ressalte-se ser descabida a alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Neste sentido, julgou-se no C. STF:

> *"Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AI nº 708.667/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.02.2012).

Daí se extrai que não pode a Administração Pública furtar-se de seu *munus* constitucional de garantir a incolumidade pública, pois, conforme ressaltado, além de representar o mínimo de prestação estatal, o ente público não realizaria qualquer prestação sob tal alegação.

E aqui afasta-se o argumento de eventual limitação de ordem orçamentária, conforme já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação*

Acesso ao Sumário

de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos ec*onômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.*

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)"

(REsp nº 811.608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, T1, j. 15.05.2007).

É dever da Municipalidade abrigar as famílias que habitam a área discutida nos autos, em virtude do cumprimento da obrigação de fazer determinada nesta ação civil pública, ressaltando que a ocupação irregular ocorreu por sua omissão e inércia.

Nesse contexto, seria o caso de manutenção do prazo estabelecido na r. sentença (três anos cujo termo inicial é a data da sentença) para o cumprimento

Acesso ao Sumário

da condenação, porque razoável de ser cumprido pela recorrente. Todavia, considerando-se o trâmite processual ocorrido nesta Segunda Instância, em virtude do conflito de competência instaurado até a sua solução pela Turma Especial de Direito Público, de rigor estabelecer novo prazo para o cumprimento da r. sentença, que deve ser de até dois anos a contar da data da publicação deste V. Acórdão.

E, o valor arbitrado a título de multa por descumprimento (R$ 2.000,00 por semana) deve ser mantido, que visa compelir a obrigação que lhe é imposta, sendo perfeitamente cabível a sua fixação nos termos do artigo 536, do CPC, para o caso dos autos, porquanto trata-se de caso extremo que envolve a vida dos moradores da área de várzea ocupada, como também a preservação ambiental. Aliás, não seria exagero se fixado em valor maior, o que poderá ser eventualmente efetivado, caso a Municipalidade apresente resistência ao cumprimento da ordem judicial imposta.

É o que basta como razão de decidir.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação da Municipalidade, apenas para alterar o prazo para o cumprimento da condenação imposta na r. sentença, que deve ser de até dois anos a contar da data da publicação deste V. Acórdão. Fica mantido, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1045598-05.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, é apelado MARIA LUCIA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso da autarquia e deram parcial provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.663)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente), ANTONIO MOLITERNO e RICARDO GRACCHO.

São Paulo, 2 de dezembro de 2021.

CARLOS MONNERAT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Ação acidentária procedente.

COISA JULGADA. Não ocorrência. Demanda anterior intentada perante Juizado Especial Federal. Ausência de identidade da causa de pedir.

AUXÍLIO-ACIDENTE. Sinovite e Tenossinovite. Incapacidade laborativa parcial e permanente demonstrada. Nexo de causalidade comprovado. Prova pericial contundente. Benefício devido.

DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO. Respeito à coisa julgada. Ação intentada na esfera federal. Termo inicial a contar da data da citação. Reforma da sentença nesse ponto. Suspensão do auxílio-acidente no período de gozo de auxílio-doença relacionado às mesmas moléstias (artigo 104, § 6º, do Decreto 3.048/99).

ABONO ANUAL. Cabimento. Artigo 40 da Lei 8.213/91. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. Inviabilidade.

RENDA MENSAL INICIAL. Observância dos mesmos índices previdenciários aplicados aos benefícios em manutenção.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICABILIDADE DA LEI 11.960/09. Questão decidida pelo C. STF, no RE 870.947/SE (Tema 810 de repercussão geral), definindo o IPCA-E como índice de correção monetária das prestações em atraso e fixando os juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança. A forma de cálculo do precatório é matéria de execução, não devendo ser apreciada na fase de conhecimento.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Sendo a decisão concessiva do benefício ilíquida, a apuração da base de cálculo e do percentual da verba honorária ocorrerá na fase de execução. Artigo 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015. Aplicação da Súmula 111/STJ. Questão submetida ao rito dos recursos repetitivos (Tema 1.105), sem determinação de suspensão dos processos.

APELO DA AUTARQUIA NÃO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotado o relatório lançado na r. sentença proferida pelo MM. Juiz *Dr. Rafael de Carvalho Sestaro*, que julgou procedente o pedido e determinou a concessão de auxílio-acidente a MARIA LUCIA PEREIRA, correspondente a 50% do salário-de-benefício, a contar do dia seguinte da cessação do auxílio-doença, sujeita à modificação pelo julgamento do Tema 862/STJ, vedada a cumulação com benefício de aposentadoria e observada a prescrição quinquenal; abono anual; reabilitação profissional, se possível; renda mensal inicial reajustada pelos índices utilizados nos benefícios em manutenção; juros de mora sobre o total acumulado das parcelas vencidas até a citação e, a partir desta, sobre o valor de cada parcela vencida, mês a mês, segundo o percentual sobre a caderneta de poupança; correção monetária pelo INPC; além de honorários advocatícios a serem definidos quando da liquidação do julgado (fls. 110/113), anoto que os autos vieram à segunda instância por força de recurso voluntário da autarquia e de reexame necessário.

Pretende o INSS, representado pela Procuradora Federal *Dra. Danielle Monteiro Prezia Aniceto*, o reconhecimento de coisa julgada, tendo em vista o ajuizamento de ação perante a Justiça Federal, cujo pedido foi julgado improcedente, por ausência de comprovação da incapacidade laborativa (fls. 118/124).

A autora, por meio de seu advogado *Dr. Mário Sergio Murano da Silva*, apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença (fls. 127/133).

O Ministério Público não atuou no processo (Ato Normativo nº 354/04 – PGJ – CGMP).

RELATADOS, passo a decidir.

Inicialmente, rejeita-se a alegação de coisa julgada.

Conforme documentos juntados pela autarquia, na ação levada à apreciação perante o Juizado Especial Federal (fls. 61/64, 65/67, 68/71 e 72/76), a obreira requereu restabelecimento de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez, ambos de espécie previdenciária.

Nestes autos, a segurada pediu benefício de natureza acidentária, ante o padecimento de doença ocupacional, ou seja, relacionada ao exercício das atividades laborativas.

Importante esclarecer que, para a verificação da coisa julgada, é necessário que haja demanda transitada em julgado, com identidade de partes, pedido e causa de pedir, nos termos do artigo 337, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

Sendo assim, os pedidos formulados são diversos: na primeira, claramente, requereu benefício de cunho previdenciário, ao passo que, nesta, acidentário.

De maneira nenhuma conseguiria a obtenção do benefício acidentário na esfera federal, diante da incompetência absoluta daquela para analisar o nexo

Acesso ao Sumário

etiológico. A questão foi decidida sob a ótica de benefício previdenciário.

Se a demanda teve curso e foi julgada definitivamente na Justiça Federal é porque se entendeu que o pedido e a causa de pedir objetivavam benefício previdenciário, e não acidentário.

Outrossim, não se pode ignorar o laudo médico pericial produzido na presente ação, o qual é totalmente divergente do laudo previdenciário, haja vista que apontou a existência de incapacidade laborativa da obreira.

Rechaçada a preliminar, passo ao mérito.

Cuida-se de ação acidentária movida pela autora contra o INSS, sob a alegação de que no desempenho de suas funções como auxiliar de produção na empresa *Play Fest Buffet Infantil Ltda.*, sujeitava-se a condições agressivas de trabalho, com realização de movimentos repetitivos, em posições antiergonômicas, acarretando-lhe males na coluna e em membro superior direito, causa de sua incapacidade laboral. Requer benefício acidentário.

Não houve emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT.

Na esfera administrativa, gozou de auxílio-doença previdenciário (NB 31/610.372.488-4), de 02/05/2015 a 11/06/2015, ao diagnóstico de sinovite e tenossinovite (CID 10 – M 65) e auxílio-doença previdenciário (NB 31/613.774.821-2), de 24/03/2016 a 11/07/2016, em virtude de síndrome cervicobraquial (CID 10 – M53.1) (fls. 54/58).

O laudo médico-pericial, subscrito pelo *Dr. Luiz Caros Ricciarelli*, não deixou dúvidas quanto à incapacidade laboral parcial e permanente da segurada em virtude de sequelas definitivas na coluna lombar e ombro direito (fls. 31/37).

Ao exame físico, observou:

"***COLUNA LOMBAR***

(...)

***Testes especiais**: a perna direita eleva-se à 60º (normal = a 80º Sinal de Lasègue positivo); a dorsiflexão do pé apresenta dor (teste da elevação da perna retificada – Sinal de Bragard positivo); ao teste de retificação da perna sadia refere dor nas costas ou ciatalgia no lado oposto; sinal de Neri normal; o teste de Hoover encontra-se normal; ao teste de Milgram* não permaneceu 30 segundos ou mais *queixando-se de dor às manobras utilizadas para realização do teste.*

OMBRO DIREITO

(...)

***Palpação**: dor na face anterior.*

***Mobilidade**: o teste de Apley (teste da 'coçadura') está alterado, portanto, os movimentos de abdução, rotação externa, rotação interna e adução estão reduzidos, com redução do membro superior direito até 90º*" (fls. 34/35)

Acesso ao Sumário

Ao final, concluiu:

"***Portanto, se comprovado o nexo causal, o autor apresenta sequelas definitivas na coluna lombar e ombro direito, com alterações morfológicas e funcionais descritas ao exame físico especial. Estas sequelas vão reduzir sua capacidade funcional e laborativa, e demandar um permanente maior esforço***" (fl. 36)

Realizada posterior vistoria no ambiente de trabalho da obreira (fls. 93/95), o douto profissional de confiança do juízo, após descrever as atividades por ela desempenhadas, asseverou que "*a Autora, devido a movimentos repetitivos, em sua atividade laborativa, estava propensa e sujeita a patologia denominada tenossinovite, configurando o necessário nexo causa*l."

Pois bem.

O trabalho pericial foi bem fundamentado e não foi contrariado por assistente técnico nomeado nos autos, prestando-se como prova hábil à formação do livre convencimento do julgador.

Analisando-se os laudos periciais e demais provas coligidas ao feito, restaram comprovados os requisitos previstos na Lei nº 8.213/91 para concessão do auxílio-acidente.

Inclusive, de tão contundentes as provas produzidas durante a fase instrutória, a autarquia sequer se insurgiu contra o mérito da decisão, limitando-se a questionar a existência de coisa julgada, anteriormente refutada.

E neste sentido, o nexo entre o trabalho e as lesões identificadas é de clareza meridiana, devidamente comprovado pelos achados periciais e os documentos acostados aos autos.

Da mesma forma, sobejamente comprovado o prejuízo laborativo da obreira, importando em incapacidade **parcial** e **permanente**, justificadora da concessão do auxílio-acidente.

Nessa medida, o MM. Juiz *a quo*, ao analisar todo o acervo probatório, convenceu-se, acertadamente, da presença dos requisitos necessários à reparação infortunística.

Comprovada a existência da doença, de nexo de causalidade com o trabalho e de incapacidade parcial e permanente, era mesmo de rigor a concessão de auxílio-acidente, nos termos do artigo 86 da Lei 8.213/91.

A data de início do benefício (DIB) fixada na r. sentença, "*a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença relacionado às sequelas aqui indenizadas*", no entanto, deve ser alterada.

Explico.

Em obediência ao princípio da coisa julgada, o marco inicial da incapacidade não pode, em hipótese alguma, ser fixado em momento anterior à elaboração dos laudos periciais da ação anterior (processo nº 0014290-17.2017.4.03.6301),

Acesso ao Sumário

em 27/04/2017 e 31/08/2017 (fls. 65/67 e 68/71), devendo ser estabelecido a partir da citação.

Em caso análogo, assim já decidiu esta C. 17ª Câmara de Direito Público:

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – ACIDENTÁRIO. Autor que laborou como operador de empilhadeira e é portador lesões colunares incapacitantes. Nexo causal evidenciado. Exame clínico que confirma o prejuízo funcional parcial e permanente. Auxílio-acidente devido. Procedência mantida. (...) TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. Em vista da existência de demandas anteriores julgadas improcedentes na Justiça Federal, o auxílio-acidente deve ter início na data da citação, vez que se presume não haver incapacidade anterior ao ajuizamento da presente ação. (...). Recursos de apelação e reexame necessário parcialmente providos.

(Apelação/Reexame Necessário n. 0011959-74.2012.8.26.0348; Relator: Núncio Theophilo Neto; Data do Julgamento: 13/03/2018 – original sem grifo).

Diante disto, a DIB será fixada em 16/10/2017, de acordo com certidão de fl. 28.

Já a juntada do laudo médico-pericial apenas constitui elemento que integra a fase probatória do processo, não havendo fundamento jurídico para considerá-lo como marco inicial de qualquer direito.

Não há enquadramento da hipótese em comento ao Tema 862/STJ.

No mais, o pagamento do benefício deverá ser suspenso nos períodos posteriores em que recebeu auxílio-doença pelo mesmo fato gerador (artigo 104, § 6º, do Decreto 3.048/99).

Uma vez constatada incapacidade laborativa parcial e permanente para a realização das atividades habituais, incabível a determinação para que a autarquia submeta a obreira ao processo de reabilitação profissional, até mesmo por ausência de previsão legal.

Nesse sentido, o Ministro Og Fernandes, do C. Superior Tribunal de Justiça, destacou, no julgamento do REsp 1.031.128/SP (DJ 10.06.2010), *in verbis*:

"(...) a reabilitação profissional obrigatória pelo Instituto não é um benefício, mas apenas um serviço que ele deve prestar. Se não lograr sucesso, deve pagar o benefício correspondente à incapacidade do obreiro. (...) Assim, infere-se que a concessão do auxílio-acidente implica o reconhecimento de que a autora está parcial e permanentemente incapacitada para o exercício das funções desempenhadas anteriormente, não havendo mais tratamento ou reabilitação possível."

É devido abono anual, conforme preceitua o artigo 40 da Lei 8.213/91.

A renda mensal inicial (RMI) deve ser reajustada observando-se os mesmos índices previdenciários aplicados aos benefícios em manutenção, por obediência ao princípio da isonomia.

Passemos aos demais consectários.

Com relação às verbas acessórias incidentes sobre as parcelas devidas, os juros de mora devem ser computados, a partir da citação, mês a mês, decrescentemente, no percentual aplicável à remuneração das cadernetas de poupança (artigo 1º-F da Lei 9.494/97), observando-se, a partir da vigência da MP 567/2012, convertida na Lei 12.703/2012, a variação da taxa SELIC.

Em 20/09/2017 (DJe de 20/11/2017), o C. Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento exarado no RE nº 870.947/SE, Tema 810 de repercussão geral, no sentido de ser incabível a utilização da TR como índice de atualização monetária, a ser feita pelo IPCA-E.

Anote-se que, em julgamento ocorrido em 03/10/2019, o C. Supremo Tribunal Federal rejeitou todos os Embargos de Declaração opostos contra o v. acórdão mencionado – Tema 810 – e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, reafirmando a aplicabilidade do IPCA-E para correção monetária das prestações em atraso a partir de 30/06/2009.

Acrescente-se que, a par de eventual interpretação divergente do entendimento firmado no Tema 905/STJ e Tema 810/STF, no tocante ao índice de correção monetária, esta C. Câmara entende aplicável o IPCA-E, como decidido pela Corte Máxima do Poder Judiciário.

Não cabe, neste momento, dispor sobre questões atinentes ao pagamento do precatório, como correção monetária e juros incidentes após a elaboração da conta de liquidação, dentre outras, devendo ser apreciadas na fase de execução.

Quanto aos honorários advocatícios, levando-se em conta que a r. decisão concessiva é ilíquida e que foi proferida na vigência do novo estatuto processual, o percentual e a base de cálculo, inclusive no tocante à incidência da Súmula 111/STJ, deverão ser definidos apenas em liquidação, a teor da ressalva prevista no artigo 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015, oportunidade em que as partes poderão discutir, em contraditório, os parâmetros adotados.

Isso porque o C. Superior Tribunal de Justiça, em 24/08/2021 (DJe 10/09/2021), por voto proferido pelo Relator Ministro Sérgio Kukina, decidiu afetar os Recursos Especiais 1.883.715/SP, 1.883.722/SP, 1.884.091/SP e 1.880.529/SP ao rito dos recursos repetitivos (Tema 1.105), para submissão a julgamento da seguinte tese controvertida: "*Definição acerca da incidência, ou não, da Súmula 111/STJ, ou mesmo quanto à necessidade de seu cancelamento, após a vigência do CPC/2015 (art. 85), no que tange à fixação de honorários advocatícios nas ações previdenciárias*."

Todavia, não houve determinação para suspensão nacional dos feitos que tratem da matéria.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo da autarquia e dou parcial provimento ao reexame necessário, nos moldes acima, mantendo- se, no mais, a r.

Acesso ao Sumário

sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1000124-68.2015.8.26.0477/50000, da Comarca de Praia Grande, em que é embargante ICIPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos da ICIPAR com efeitos infringentes, para resolvida a obscuridade e contradição, negar provimento ao recurso do Ministério Público, com as observações do acórdão, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente sem voto), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação civil pública ambiental. Praia Grande. Complexo Empresarial Andaraguá. DM nº 5.055/12 de 20-1-2012. Declaração de relevante interesse público. DE nº 8.468/76, art. 58-A, I. Licença prévia nº 2.396 de 26-11-2014. Anulação pretendida por inviabilidade ambiental. –

1. Fatos novos. Erros materiais. A ação civil pública e a análise feita tiveram como objeto o projeto apresentado pela empreendedora e aprovado pela CETESB; e não há razões para se dispor, neste momento processual, sobre modificações que a empreendedora afirma terem sido realizadas administrativamente e a posterior expedição da Licença de Instalação. Não há que se falar em erros materiais do acórdão em razão de

Acesso ao Sumário

fatos noticiados apenas posteriormente ao julgamento do apelo e, por isso, não considerados. –

2. Obscuridade. Contradição. Omissão. Os fatos são complexos e comportam diversa interpretação; os embargos demonstram que o acórdão não é claro em diversos itens e justifica uma análise abrangente do que nele consta. –

3. Restinga. Admite-se a obscuridade e contradição do acórdão ao estender a proteção permanente à vegetação de restinga, aplicando erroneamente os precedentes que lhe deram fundamento. Ainda que lendo o requisito com largueza e anotando que sequer as resoluções do CONAMA foram tão longe, não vejo como qualificar a área aqui cuidada, distante da praia e sem os atributos mencionados ('que lá se faz presente': restinga, praia, dunas, depressões e cordões arenosos), como uma área de preservação permanente a partir apenas da vegetação nela existente, como reconhece o autor ('não existem mangues ou dunas no interior do empreendimento', fls. 161, embargos). Esta conclusão, naturalmente, não afasta a proteção das áreas assim qualificadas segundo a análise procedida pela CETESB, mas exclui a aplicação do art. 8º da LF nº 12.651/12 que permite a supressão de vegetação nativa em APP somente em caso de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, restringindo no § 1º a supressão de vegetação protetora de restingas à utilidade pública; e a utilidade pública, como descrita no art. 2º, I da Resolução CONAMA nº 369/06. –

4. Mata Atlântica. LF nº 11.428/06. A área contém vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, protegido pelo art. 225 § 4º da Constituição Federal, art. 196 e 197 da Constituição Estadual e, em especial, pela LF nº 11.428/06. Nesta, os art. 30 inciso I e 31 § 1º e 2º permitem a supressão de vegetação nativa em estágio avançado e médio de regeneração em perímetros urbanos aprovados antes da vigência da lei, ressalvado o disposto nos art. 11, 12 e 17, desde que preservados no mínimo 50% e 30% da vegetação nela existente. A Resolução SMA nº 31/09, com igual redação na Reso-

Acesso ao Sumário

lução nº 72/17, prevê a preservação de ao menos 70% da vegetação, considerado o grau mais elevado quando impossível a identificação de suas partes. –

5. LF nº 11.428/06. Complexo Andaraguá. Afastada a aplicação da LF nº 12.651/12 e da Resolução CONAMA nº 369/06 ante a inexistência de área protegida, na parte em que a supressão foi autorizada, a hipótese se submete ao art. 11 da LF nº 11.428/06. Considerada a complexidade do caso e a preservação de 70% da vegetação existente em fragmento contínuo, junto ao Parque Estadual da Serra do Mar, aliado aos esclarecimentos prestados pela CETESB, fica confirmada a viabilidade ambiental do empreendimento. As substanciosas alegações e trabalhos técnicos do Ministério Público foram considerados na decisão. – Embargos da ICIPAR acolhidos com efeitos infringentes para negar provimento ao apelo do Ministério Público, mantida a sentença com as observações do acórdão, ficando sem efeito a suspensão das intervenções determinada a fls. 169.

VOTO

1. A Câmara, por unanimidade, deu provimento ao recurso do Ministério Público para anular a Licença Prévia nº 2.396 de 26-11-2014, expedida pela CETESB, ante a demonstração da inviabilidade ambiental do empreendimento da ré, observando a possibilidade de apresentação de outro projeto que se amolde ao decidido (fls. 2859/2894).

Embarga a ré ICIPAR, apresentando fatos novos e alegando que o acórdão possui erros materiais, obscuridade, contradição e omissão: **(a)** o fato novo consiste na existência de outro projeto, aprovado pelo órgão ambiental, que se amolda ao determinado pela Lei da Mata Atlântica; após a expedição da Licença Prévia o projeto foi revisto, com redução das áreas de intervenção efetiva e das áreas de vegetação a serem suprimidas; esses dois pilares são perceptíveis pela sobreposição das imagens da proposta de intervenção inicial (Licença Prévia) e da proposta revista (Licença de Instalação) sobre os mapas de vegetação, como também pela comparação dos projetos de ocupação aprovados pelo órgão ambiental; as intervenções em área de mata nativa foram reduzidas em mais de 20 ha, diminuindo-se a área de intervenção total para 189,84 ha, equivalente a apenas 27,83% do total; haverá intervenção em apenas 26,68% da vegetação de Mata Atlântica existente na área do empreendimento; a licença de instalação é

Acesso ao Sumário

condicionada ao cumprimento de 48 exigências técnicas; estão previstas apenas três intervenções pontuais em área de preservação permanente, amoldadas aos permissivos legais; as contrapartidas ambientais e sociais previstas permanecem hígidas; diante dos fatos novos, o acórdão apresenta erros materiais, merecendo ajuste para corresponder à realidade atual. A modificação do projeto exige correção dos erros materiais, consubstanciados nos percentuais e áreas da vegetação consignados no acórdão; **(b)** obscuridade quanto às normas aplicadas para regular a supressão de vegetação nativa de Mata Atlântica/Restinga; atualmente vige e se aplica ao caso a Resolução SMA nº 72/17, e não mais a Resolução SMA nº 31/09; a CETESB analisou os percentuais de preservação exigidos à luz dos art. 30, I e 31, § 1º da Lei da Mata Atlântica e concluiu que todos foram respeitados; o acórdão não deixa claro qual dispositivo legal supostamente não cumprido quando se refere aos 158 ha (30%) de restinga passíveis de supressão indicados na decisão embargada; **(c)** também alega obscuridade quanto à fração do imóvel considerada APP; na Licença de Instalação inexiste previsão de supressão de vegetação de restinga exercendo função de fixação de dunas ou de estabilização de mangue; todas as áreas que poderiam ser consideradas mais sensíveis estão fora da área do empreendimento ou protegidas e excluídas da área de intervenção aprovada pela Licença de Instalação; o CONAMA instituiu por meio da inconstitucional e já revogada Resolução nº 303/02 nova modalidade de área de preservação permanente não prevista em lei: as restingas sem a função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues. A resolução sequer se aplica ao caso, pois o empreendimento não se situa na linha preamar de 300 metros, dela distando aproximadamente 2 km e separada por uma rodovia; no caso de restingas, os parâmetros físicos capazes de delimitar as APP estão relacionados à feição geomorfológica, e não à cobertura vegetal; somente serão consideradas áreas de preservação permanente quando tais formações possuírem atributos de fixar dunas ou estabilizar mangues; a existência da vegetação de restinga, não cria, por si, área de preservação permanente; **(d)** aduz obscuridade, ainda, quanto à aplicação da interpretação dada pelo Ministro Herman Benjamin no caso Wolfgang Arndt Schrader e outro v. Ministério Público Federal, REsp nº 945.898-SC, STJ, 2ª Turma, 24-11-2009, Rel. Eliana Calmon, que não se amolda ao caso; a LF nº 12.651/12 encerrou discussões anteriores ao estabelecer que se protege como área de preservação permanente o espaço territorial onde há restinga com função de preservar dunas e mangues, esteja ele coberto por vegetação ou não (art. 4º, IV); não há APP da vegetação de restinga sem a presença de dunas ou mangues; a própria ementa do REsp nº 945.898-SC indica que a função fixadora de dunas é elemento essencial para a caracterização de área de preservação permanente de restinga naquele caso; no presente caso se está diante de vegetação de restinga pura e simples, sem a presença comprovada de qualquer tipo de manguezal ou duna na área de intervenção efetiva aprovada

Acesso ao Sumário

pelo órgão ambiental; o precedente citado foi fundamentado na revogada LF nº 4.771/65; **(e)** sustenta obscuridade e contradição em relação ao DM nº 5.055/12, que declara o interesse social do empreendimento; apesar de reconhecer a legalidade do decreto, o acórdão afirma não entrever interesse social capaz de sustentar sua edição; **(f)** no que concerne ao enquadramento do empreendimento como sendo de utilidade pública, o acórdão é omisso quanto à possibilidade de se aplicar o permissivo previsto no art. 8º, § 1º da LF nº 12.651/12. Junta documentos (fls. 44/103). Pede, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo; no mérito, pede declaração, inclusive com efeitos infringentes e para fins de prequestionamento.

Não antecipei a tutela recursal (fls. 105). Resposta do Ministério Público, com pedidos de concessão de liminar determinando a imediata paralisação das atividades diretas e indiretas afetas ao empreendimento, de imposição de multa pelo cometimento de ato atentatório à dignidade da justiça e de juntada de documentos (fls. 109/122, 123/167). Ante a demonstração da supressão de vegetação e alteração topográfica na área objeto dos autos após a decisão que suspendeu a licença prévia, determinei a paralisação das intervenções iniciadas pela ICIPAR, de modo a cessar a degradação e o aparente descumprimento das condicionantes impostas pela CETESB (fls. 169). Foram realizadas audiências de conciliação em 13-11-2020, quando autorizamos a adoção de medidas de conservação da área e mitigação do dano ambiental autorizadas pela CETESB e o prosseguimento dos estudos solicitados pela agência, e 14-5-2021, sem êxito (fls. 178/180, 488/491). A ICIPAR manifestou-se, com juntada de documentos (fls. 333/334, 335/343, 354/355, 356/475). A ICIPAR apresentou memoriais (fls. 494/512).

É o relatório.

2. Fatos novos. Projeto. Modificação. Erros materiais. A embargante alega que há fatos novos envolvendo a causa, consubstanciados em adaptações ao projeto inicial que ensejaram a expedição do Parecer nº 05/20-IEEL, da Licença de Instalação de Loteamento nº 18000001/2020 e da Autorização para Supressão de Vegetação nº 17742/2020 (fls. 56/67, 49/54 e 69/74 dos embargos).

A ação civil pública e a análise feita tiveram como objeto o projeto apresentado e a licença prévia então expedida pela CETESB. Não foram analisadas as alterações posteriores e a Licença de Instalação expedida a partir do projeto alterado; e mesmo que não se entrevejam erros materiais em razão de fatos noticiados apenas posteriormente ao julgamento do apelo e, por isso, não considerados, o caso presente envolve um contexto peculiar em que tais fatos, ao menos em tese, podem ser considerados. O licenciamento ambiental é uma sucessão de atos em que a irregularidade pode ser adequada ou eliminada no ato seguinte; e não faz sentido – em isso ocorrendo – anular a licença prévia caso a mácula tenha deixado de existir quando expedida a Licença de Instalação. O fato novo e

tais alterações foram extensamente analisadas pelas partes, nada impedindo sua análise e possível integração do julgado.

O acórdão analisou em tópicos separados a proteção decorrente da LF nº 11.428/06, a Lei da Mata Atlântica, e a proteção das áreas protegidas segundo a LF nº 12.651/12 e das Resoluções nº 303/02 e 369/06. Revejo o que foi decidido, ante os argumentos e dúvidas trazidas pelas partes.

3. **Obscuridade. Área de preservação permanente. Restinga**. A embargante faz alongada crítica, por obscuridade, à definição da vegetação de restinga ali existente como área de preservação permanente, ponto delicado da análise e do enquadramento da licença ambiental. A definição da área protegida foi exposta em detalhe no acórdão com a transcrição do art. 2º 'f' da LF n 4.771/65, no art. 2º alínea 'm' da Resolução CONAMA nº 4/85, no art. 2º inciso VIII da Resolução CONAMA nº 303/02 e no art. 3º inciso XVI da LF nº 12.651/12, referindo-se à feição geológica ('acumulação arenosa litorânea, paralela à linha da costa' ou 'depósito arenoso paralelo à linha da costa, de forma geralmente alongada', como se vê nas duas Resoluções CONAMA) e à função que justifica a proteção acrescida ('como fixadoras e dunas ou estabilizadoras de mangues' ou 'encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões', levando à mesma função, como se vê nas duas leis e nas duas resoluções), mas concluindo – com base em voto do Min. Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, que a proteção se estende à vegetação de restinga onde estiver, logo abrangendo a vegetação existente na área objeto do processo.

Melhor examinando, a proteção à vegetação de restinga 'esteja onde estiver' não pode prevalecer, como indicado nos precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça. Em Ministério Público v. Aucelita Souza de Freitas, REsp nº 1.344.525-SC, STJ, 2ª Turma, 25-8-2015, Rel. Herman Benjamin, com citação de extensa jurisprudência, e em Jamil Cabral v. Ministério Público Federal, União e IBAMA, REsp nº 1.462.208-SC, STJ, 2ª Turma, 11-11-2014, Rel. Humberto Martins, ambos citados no acórdão embargado, decidiu-se que ‹o Código Florestal qualifica como área de preservação permanente (APP) não o acidente geográfico em si, mas a vegetação de restinga que lá se faz presente›, afirmando a vinculação da vegetação ao acidente geográfico [ressalto a expressão ‹que lá se faz presente›]. É o entendimento lá pacificado:

> [...] **VI** - Precedente em situação análoga: "o Código Florestal qualifica como área de preservação permanente (APP) não o acidente topográfico em si, mas a vegetação de restinga que lá se faz presente" (REsp n. 1.462.208/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 6/4/2015) [construção de frente para a praia em terreno de marinha]. Nesse sentido também: REsp n. 1.344.525/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 10/11/2015 [construção em dunas]. **VII** - Necessidade de restauração da área degradada. Precedentes: AgRg

Acesso ao Sumário

no REsp n. 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 12/3/2014, REsp n. 1.394.025/MS, Rel.Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 18.10.2013, AgRg no AREsp n. 327.687/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 26/8/2013), REsp n. 1.307.938/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 16/9/2014, EDcl no Ag n. 1.224.056/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 6/8/2010), AgRg no REsp n. 1.206.484/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 29/3/2011, REsp n. 1.175.907/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 25/9/2014. [...] (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade v. João Batista dos Santos, AgInt no REsp nº 1.572.257-PR, STJ, 2ª Turma, 21-3-2019, Rel. Francisco Falcão).

4. A Resolução CONAMA nº 7/96 de 23-7-1996, que regulamenta o DF nº 750/93, a antiga Lei da Mata Atlântica, descreve a fisionomia da restinga, seus tipos de vegetação e classificação do estágio de sucessão para os efeitos dessa lei; não cuida do Código Florestal nem estabelece regras de proteção 'per se'. É verdade que no caso Jamil Cabral citado o Min. Herman Benjamin, em voto convergente, afirmou que "no mais, pode-se dizer que a simples existência de Vegetação de Restinga, como definida pela legislação vigente (= tipo de vegetação), basta para especificar o local como Área de Preservação Permanente, sendo irrelevante a existência ou não do acidente geográfico Restinga, na sua acepção geológico-geomorfológica, que, como explicamos neste voto, não é o significado adotado pela legislação brasileira". No entanto, os precedentes que localizei no Superior Tribunal de Justiça cuidaram todos de vegetação de restinga situada em praias, dunas e mangues, daí a cláusula inserida nos acórdãos 'não o acidente geográfico em si, mas a vegetação que lá se faz presente'.

Em sendo assim e estando a interpretação e aplicação da lei vinculada ao nela disposto, ainda que lendo o requisito com largueza e anotando que sequer as resoluções do CONAMA foram tão longe, não vejo como qualificar a área aqui cuidada, distante da praia e sem os atributos mencionados ('que lá se faz presente': restinga, praia, dunas, depressões e cordões arenosos), como uma área de preservação permanente a partir apenas da vegetação nela existente, como reconhece o autor ('não existem mangues ou dunas no interior do empreendimento', fls. 161, embargos). Esta conclusão, naturalmente, não afasta a proteção das áreas assim qualificadas segundo a análise procedida pela CETESB, mas exclui a aplicação do art. 8º da LF nº 12.651/12 que permite a supressão de vegetação nativa em APP somente em caso de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, restringindo no § 1º a supressão de vegetação protetora de restingas à utilidade pública; e a utilidade pública, como descrita no art. 2º, I da Resolução CONAMA nº 369/06.

Acesso ao Sumário

5. Afastado o enquadramento da área toda como APP, não vejo como acolher a extensão dada à lei e ao regulamento pela assistente técnica do Ministério Público nos trabalhos de fls. 137/165, 354/475 (embargos) de que a influência

das marés avança pelo Rio Branco ou Boturuca e, portanto, são terrenos de marinha a faixa de 33 metros ao longo do rio; mas além de não se poder estender a 'influência das marés' dessa forma, o DL nº 9.760/46 de 5-9-1946 dispõe sobre os bens imóveis da União e não sobre área de proteção ambiental, sequer uma preocupação na ocasião e sem relevo no caso concreto, em que a lei prevê a proteção de trinta metros ou mais ao longo dos cursos d'água. O DF nº 5.300/04 de 7-12-2004, também citado, regulamenta a LF nº 7.661/98 que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro; e não há demonstração de que o 'ciclo de maré' mencionado no art. 2º XII alcance a área aqui descrita.

Não há como, a partir desses elementos, estender ao terreno da ICIPAR a faixa de proteção da restinga de trezentos metros prevista na Resolução CONAMA nº 303/02, que claramente se refere à área ao longo da costa, até onde alcança a água do mar, ou restinga como proteção dos inexistentes mangues. Os mangues ali localizados são indicados nos trabalhos técnicos e nas vistorias da CETESB e são preservados no projeto aprovado.

5. **Obscuridade. LF nº 11.428/06**. A embargante vê obscuridade na aplicação conjunta dos art. 30, 31 e 11 da Lei da Mata Atlântica e na definição do percentual de 30% passível de supressão. Examino a LF nº 11.428/06, caso o acórdão não tenha sido suficientemente claro.

A Lei da Mata Atlântica cuida da conservação, proteção, regeneração e utilização do Bioma Mata Atlântica conforme o nela disposto e na legislação ambiental vigente, em especial a LF nº 4.771/65 (art. 1º) [a LF nº 4.771/65 foi revogada pela LF nº 12.651/12, o atual Código Florestal]. Faz menção ao desenvolvimento sustentável e à biodiversidade, ao fomento às atividades públicas e privadas compatíveis com a manutenção do equilíbrio ecológico e ao disciplinamento da ocupação rural e urbana, de forma a harmonizar o crescimento econômico com a manutenção do equilíbrio ecológico (art. 6º e 7º, incisos III e IV). Estabelece diversas formas e requisitos para a supressão de vegetação e utilização das áreas e, no que interessa diretamente aos autos, traz diferente regramento para os perímetros urbanos aprovados até a vigência da lei e aqueles aprovados depois dela. Na primeira hipótese, a lei permite a supressão de vegetação secundária em estado avançado de regeneração mediante a preservação de 50% e a supressão de vegetação em estado médio mediante a preservação de 30% da área total coberta por esta vegetação, ressalvado o disposto nos artigos 11, 12 e 17 (art. 30 inciso I e 31 § 1º). Aos perímetros urbanos antigos, portanto, não se aplica todo o regime jurídico geral do Bioma Mata Atlântica (Título II, art. 8º a 19), mas apenas os artigos citados.

6. O empreendimento se situa em área urbana instituída pela LCM nº 153/96 de 26-12-1996, anterior à Lei da Mata Atlântica, e implica na supressão de Mata Atlântica secundária em estado avançado e médio de regeneração, a justificar maior cuidado. Os art. 30 incisos I e 31 § 1º da LF nº 11.428/06 per-

Acesso ao Sumário

mitem a supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração, respeitado o percentual de preservação indicado. O art. 11, nele referido, veda a supressão da vegetação (inciso I) quando a) abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, em território nacional ou em âmbito estadual, assim declaradas pela União ou pelos Estados, e a intervenção ou o parcelamento puserem em risco a sobrevivência dessas espécies; b) exercer a função de proteção de mananciais ou de prevenção e controle de erosão; c) formar corredores entre remanescentes de vegetação primária ou secundária em estágio avançado de regeneração; d) proteger o entorno das unidades de conservação; ou e) possuir excepcional valor paisagístico, reconhecido pelos órgãos executivos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA. Esses requisitos serão analisados à frente.

O art. 12 direciona os novos empreendimentos que impliquem o corte ou a supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica preferencialmente a áreas já substancialmente alteradas ou degradadas. É dispositivo de escassa aplicação ao particular, que pode implantar o empreendimento apenas na área que lhe pertence, e apenas nesta, quando for o caso, na área que implique em menor degradação ambiental. O empreendimento aqui cuidado cumpre tal requisito: será implantado em área destacada na legislação municipal e no zoneamento econômico-ecológico para atividades industriais e, na área pertencente à empresa, alocado de modo a preservar um fragmento contínuo que se liga ao Parque Estadual da Serra do Mar. O art. 17 prevê a compensação ambiental em área equivalente à área desmatada, já prevista no EIA/RIMA e na licença prévia. Apenas o art. 11 fundamenta a crítica feita pelo Ministério Público.

Os órgãos ambientais analisaram longamente os estudos e informações e entenderam que o empreendimento, considerado em seu todo (a área de implantação e a área de preservação) atendia suficientemente tais requisitos, como se vê do Parecer Técnico CETESB nº 353/14 de 3-10-2014 (fls. 1325/1380, 2306/2357, 2425/2477, autos principais) e da Informação Técnica CETESB nº 30/20/IE de 23-11-2020 (fls. 336/343, embargos).

Acesso ao Sumário

7. A crítica mais contundente vem no substancioso Parecer Técnico CAEx nº 2316713 (fls. 358/475, embargos), de que faço sucinta análise. Mencionei a questão atinente à alternativa técnica e locacional, a ser vista no contexto do terreno pertencente ao empreendedor; e de um ângulo mais amplo, tal alternativa – a localização de empreendimentos é – prevista no Plano Diretor do Município e no Zoneamento Econômico-Ecológico da Baixada Santista, nada havendo a acrescentar. As atividades ali desenvolvidas serão definidas conforme o empreendimento avance, com a condicionante de que todas sejam individualmente licenciadas perante os órgãos administrativos e ambientais. Não há como, neste momento, prever o reflexo da cumulatividade e sinergia das atividades; é aspecto a ser examinado no momento oportuno pela agência ambiental, que negará,

se for o caso, a licença pedida.

A manifestação do IBAMA parcialmente transcrita (fls. 376) indica a legalidade da supressão de 27,60% da Floresta Alta de Restinga em estágio médio e inferior a 50% em estágio avançado, mas não de 100% da Floresta Paludosa sobre Substrato Turfoso. Esta última foi esclarecida pela CETESB na Informação Técnica nº 30/20/IE (fls. 336/343), pois reduzida ao mínimo necessário para a abertura da via marginal à Rodovia SP-55, em supressão lícita.

O levantamento da fauna poderia ser mais detalhado, como menciona o parecer; mas as duas características indicadas pela agência ambiental favorecem a expedição da licença prévia: a supressão da vegetação será feita aos poucos, em um único sentido, da estrada para o interior da gleba, permitindo que a fauna se desloque para a área preservada próxima ao Parque Estadual da Serra do Mar e reduzindo o risco. O deslocamento se fará para uma área de igual natureza e características e a apresentação de estudo mais detalhado na fase seguinte, conforme exigência nº 14 da Licença Prévia, não invalida 'per se' a licença concedida. É natural que tais estudos tenham sido apresentados antes da expedição da Licença de Instalação, não objeto desta análise.

A manifestação técnica do PESM-NIP nº 240/14 (fls. 1305/1313, autos principais) de fato condiciona a anuência à comprovação da utilidade pública e/ou interesse social do empreendimento com base no art. 14 da LF nº 11.428/06; mas anotamos acima que o art. 14 não se aplica aos empreendimentos indicados nos art. 30, inciso I, e 31, § 1º da mesma lei, dispensando, portanto, tal demonstração. A solicitação da Licença de Instalação antes do vencimento da Licença Prévia, válida por cinco anos, afasta a caducidade mencionada pelo Ministério Público.

8. O ponto mais delicado, como indiquei no item 6, é o enquadramento do empreendimento nas alíneas proibitivas do art. 11, inciso I da LF nº 11.428/06, que reproduzo aqui: a) abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, em território nacional ou em âmbito estadual, assim declaradas pela União ou pelos Estados, e a intervenção ou o parcelamento puserem em risco a sobrevivência dessas espécies; b) exercer a função de proteção de mananciais ou de prevenção e controle de erosão; c) formar corredores entre remanescentes de vegetação primária ou secundária em estágio avançado de regeneração; d) proteger o entorno das unidades de conservação; ou e) possuir excepcional valor paisagístico, reconhecido pelos órgãos executivos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA.

Em que pese o alentado trabalho do Ministério Público, não vi ofensa à alínea 'a', pois a fauna ameaçada de extinção poderá deslocar-se para a extensa área adjacente, de igual natureza e igualmente protegida, onde também se encontram exemplares da flora ameaçada. A supressão do caxetal e floresta

Acesso ao Sumário

paludosa, mencionada pelo IBAMA, foi solucionada; à alínea 'b', pois o parecer agora analisado não indica a presença de mananciais, apenas de uma área úmida [não se está desprezando ou reduzindo a importância ambiental da área úmida, apenas enquadrando a área no preceito legal], e o projeto prevê formas de controle da erosão; à alínea 'd', pois a Fundação Florestal não entreviu dano maior ao Parque Estadual da Serra do Mar e sua zona de amortecimento, com condicionantes; à alínea 'e', pois não é área de excepcional valor paisagístico reconhecido por órgãos do SISNAMA.

9. É mais complexo o enquadramento na alínea 'c', uma vez que as fotografias aéreas descrevem uma alongada área preservada que vai do Parque Estadual Xixová-Japuí junto ao litoral, desloca-se para oeste atravessando o Parque Municipal Piaçabuçu, que protege o mangue ali existente, e se prolonga em direção oeste através da área aqui cuidada até encontrar o Parque Estadual da Serra do Mar. Há pequenas partes ocupadas irregularmente nas laterais do Parque Municipal e na área do empreendimento. Trata-se de um contínuo florestal em que a parte melhor preservada é justamente aquela destinada ao Complexo Andaraguá. O Ministério Público alega que existe ali um corredor entre remanescentes de vegetação primária e em estado avançado de regeneração, incluindo a área diretamente afetada e o PESM; e acrescenta que o corredor se apresenta mesmo se considerada apenas a área do empreendimento em direção ao Parque Estadual. Esse argumento foi relevante para a anulação da sentença, no acórdão embargado.

A CETESB não atribui ao 'continuum' a mesma importância: o fluxo gênico da flora não é interrompido ante a continuidade da mesma vegetação na área preservada e o fluxo gênico da fauna terrestre é impedido pela Rodovia Mário Covas SP-55, que há várias décadas impede o trânsito de um para o outro lado, em especial após a duplicação. O empreendimento não é obstáculo para a fauna alada e o acesso ao outro lado é possível pelo caminho mais longo do Rio Branco ou Boturuca. A viabilidade ambiental está confirmada.

10. Percentuais de supressão. O acórdão indica que os 30% a serem suprimidos, segundo o projeto, devem ser calculados sobre 'esta vegetação', nos termos do art. 30, inciso I, e 31, § 1º da LF nº 11.428/06, do art. 41 do DF nº 6.660/08 de 21-11-2008 [que a regulamentou] e do art. 3º inciso IV da Resolução SMA nº 31/09 de 19-5-2009, então em vigor [que garante a preservação de no mínimo 70% da área do fragmento de vegetação nativa em caso de estágio avançado de regeneração] e que a licença concedida permite a supressão de 18 hectares em excesso. A CETESB fez o cálculo da supressão de outro modo: calculou os 30% de supressão permitida sobre a área total vegetada de 644,75 hectares (quadro a fls. 1.347, autos principais) com base na Resolução SMA nº 31/09 e por ser mais protetiva que a previsão legal.

Os art. 30 e 31 da LF nº 11.428/06 permitem a supressão da vegetação

Acesso ao Sumário

secundária em estágio avançado e médio de regeneração, desde que garantida a preservação de no mínimo 50% e 30%, respectivamente, 'da área total coberta por esta vegetação'. A Resolução SMA nº 31/09 de 19-5-2009, art. 3º, inciso IV e § 2º estabelece que 'existindo dois ou mais estágios de regeneração dentro da propriedade objeto de análise, onde se constate a impossibilidade de individualização, será aplicado o critério correspondente ao estágio de regeneração mais avançado', redação mantida na Resolução SMA nº 72/17 de 19-5-2017 que a substituiu.

A CETESB esclarece (Informação Técnica nº 30/20/IE, fls. 336/343, 337, embargos) que a lei e o regulamento não determinam a separação da vegetação por fitofisionomias, mas apenas a preservação da vegetação nesse estágio de regeneração. O órgão ambiental não está correto em sua leitura, embora tenha adotado a forma mais protetiva prevista na Resolução: o quadro apresentado (fls. 337, embargos) indica que a separação por fitofisionomia, que o acórdão não determinou, adotados os percentuais de 50% e 30% da lei, implicariam em uma preservação inferior àquela exigida do empreendedor; mas o acórdão não se refere aos percentuais menores da lei e sim ao percentual mais rigoroso da Resolução. O quadro de fls. 337, adotado o percentual correto, implica em uma supressão do fragmento de floresta alta de restinga de 30% ou 1.501639 m2 ou 150,16 hectares, inferior aos 176 hectares permitidos. Não há erro no acórdão e a área objeto da supressão, os 176 ha mencionados no acórdão ou os 150 ha mencionados aqui com base em número da Licença de Instalação, será definida pelo órgão ambiental na implantação do empreendimento; não implica em anulação da licença, mas na adequação do projeto ao previsto na lei e na Resolução citada. Não há obscuridade a sanar.

11. Obscuridade. Contradição. DM nº 5.055/12. Utilidade pública. O acórdão analisou a legalidade do DM nº 5.055/12 de 20-1-2012 à luz da legislação municipal e do interesse local (CF, art. 30, I), concluindo, sob esse aspecto, pela inexistência de vícios formais ou materiais capazes de ensejar a nulidade do ato executivo; e por isso manteve-o hígido. Consignou, por outro lado, que a classificação dada pelo município ('de interesse público') não condiciona a apreciação do órgão ambiental estadual, este sim competente para analisar a viabilidade do empreendimento à luz da legislação ambiental. Nada há a acrescentar.

12. Afastada a incidência das áreas protegidas do Código Florestal e respectivas resoluções CONAMA, a proteção decorre tão somente da LF nº 11.428/06, como visto acima; e essa proteção é menor no caso de áreas urbanas assim declaradas em lei até a aprovação da lei. A extensão dos estudos produzidos e desta decisão demonstram a complexidade envolvida, em seus vários aspectos.

O pedido, único em sua dimensão e localização, comporta uma dupla

Acesso ao Sumário

análise. A primeira é o desenvolvimento sustentável, o objetivo geral da Lei da Mata Atlântica inserido em seu art. 6º, a contemplar a estabilidade social e a função socioambiental da propriedade, e a utilização do bioma mediante o disciplinamento da ocupação rural e urbana (art. 7º), de forma a harmonizar o crescimento econômico com a manutenção do equilíbrio ecológico. Visto dessa forma, o Complexo Andaraguá atende à função social, que implica no desenvolvimento econômico e social ao gerar empregos, atividade econômica, aprendizado e estabilidade para a população da Baixada Santista; e atende à função ambiental ao preservar 70% da vegetação existente em uma formação contínua de grande extensão territorial, percentual maior que o previsto na lei, a salvo de futura utilização ou ocupação. Observo que o regime jurídico do bioma prevê o corte, a supressão e exploração da vegetação, com restrições, em seu Título II, art. 8º e seguintes, e permite tal corte e supressão da vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração nos casos previstos no caso do inciso I do art. 30 e dos § 1º e 2º do art. 31, como ocorre no caso dos autos (art. 21, III e 23, IV).

13. A segunda é a observação dos objetivos específicos indicados no art. 6º: a salvaguarda da biodiversidade, da saúde humana, dos valores paisagísticos, estéticos e turísticos, do regime hídrico e da estabilidade social. O rigor da análise está ligado ao seu objeto: o Complexo Andaraguá, considerada a apenas a área do empreendimento, é ambientalmente inviável; mas se torna aceitável se considerada a área de influência direta e a área reservada para preservação.

A aplicação do princípio 'in dubio pro natura', tão caro aos estudiosos do ambiente e inserido no § único do art. 6º da lei, leva à anulação da licença; pois a simples visão de uma supressão de vegetação nativa dessa amplitude nas diversas fotografias que ilustram o processo e o aterramento dessa área úmida, rica em vegetação e biodiversidade, conduz o intérprete a sopesar com maior rigor os aspectos ambientais envolvidos, acima dos aspectos sociais e econômicos.

Tais aspectos foram sopesados durante o longo processamento administrativo e em juízo. A viabilidade ambiental foi afirmada em audiência pública com elevado número de participantes, não foi afastada pelos diversos órgãos ambientais que opinaram no procedimento e foi reconhecida pela agência ambiental deste Estado, de reconhecida seriedade na proteção ambiental; e foi confirmada pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente - CONSEMA, composto por representantes da administração, de entidades da sociedade civil e por entidades ambientalistas. A licença prévia foi expedida pelo órgão assim definido em lei e somente erros de monta justificariam a interferência do juiz. A conclusão não reduz nem desconsidera a relevantíssima participação do Ministério Público desde o início do procedimento administrativo ou de seus técnicos, cujos substanciosos pareceres muito auxiliaram na compreensão da questão – e não foram desconsiderados nesta decisão, que tão somente se inclinou em uma visão

Acesso ao Sumário

mais abrangente da lei e seus diversos aspectos.

14. Não é o resultado que mais agrada este relator, a quem a preservação dos poucos fragmentos restantes de vegetação nativa deve sempre preponderar; mas é o resultado que exsurge da lei, da forma como foi analisada neste momento.

Finalmente, como uma observação às partes e em atenção ao que foi demonstrado nos autos, a implantação do Complexo Andaraguá, suspensa no curso dos embargos (fls. 169) e ora liberada, exige um acompanhamento e uma postura que a ICIPAR não vem demonstrando: os diversos projetos de execução e acompanhamento não estão sendo seguidos, a supressão da vegetação deve ser feita com mais vagar, prazo maior e acompanhamento da fauna e flora igualmente não demonstrados, as diversas autuações trazidas aos embargos pelo Ministério Público (fls. 123/167) dão uma ideia pobre da implantação e descrevem uma situação que não pode ser tolerada. As partes cuidarão para que a licença seja corretamente cumprida e tais condutas não se repitam.

É fundamento da licença a preservação da área não ocupada, isto é, que o enorme impacto ambiental causado pelo empreendimento será compensado pela preservação dos 70% restantes. Disso não decorre o abandono, mas uma postura ativa da autora na recomposição quando necessário, fiscalização e melhoria ambiental dessa parte, impedindo a degradação por terceiros, ocupações irregulares e qualquer conduta que coloque em risco a área preservada, por si ou por quem a suceda no comando do empreendimento. É obrigação que deve ser adimplida o quanto antes, com o inventário do que lá existe, e deverá constar da Licença de Operação, para que não reste dúvida.

O voto é **pelo recebimento dos embargos da ICIPAR** com efeitos infringentes, para resolvida a obscuridade e contradição, negar provimento ao recurso do Ministério Público, com as observações do acórdão, em especial em seu item 10. Em decorrência, torno sem efeito a suspensão de atividades determinada a fls. 169, com as observações do item 14. Sem custas ou honorários, ante a qualidade do autor e o art. 18 da LF nº 7.347/85.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1034942-81.2020.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é embargado VICENTE ESPERIDIÃO ODONTOLOGIA AVANÇADA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejei-

taram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.376)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 7 de outubro de 2021.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO – INOCORRÊNCIA – INVIÁVEL A REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo **Município de São Paulo** em face do v. acórdão de fls. 1.037/1.042, que, em sede de apelação em mandado de segurança, negou provimento ao recurso da municipalidade.

Alega, na petição de fls. 01/02 (incidente próprio), que o v. Acórdão padece de contradição, asseverando que "*um dos ditames mais básicos do direito tributário é o que informa acerca da independência entre as obrigações tributárias principais e as obrigações tributárias acessórias, nos termos do artigo 113, caput do CTN 'Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. Dessa forma, se observa que o v. acórdão embargado não analisou à aplicabilidade do artigo 113, caput do Código Tributário Nacional ao presente caso'*".

É o relatório.

Conheço dos embargos declaratórios, uma vez que estão presentes os requisitos de admissibilidade.

No mérito, contudo, rejeito-os, pois inexiste qualquer omissão, obscuridade ou contradição no v. acórdão.

Nos termos do art. 1022 do CPC, os embargos de declaração têm por finalidade sanar eventuais omissões, obscuridades, contradições ou erro material contidos nas sentenças ou acórdãos, não assumindo, em regra, caráter modificativo ou infringente do julgado, de modo que o inconformismo da parte embargante não pode servir de fundamento para a sua interposição.

Quando do julgamento da apelação, em sessão realizada em 02 de agosto de 2021, esta Col. Câmara em decisão clara e específica, reconheceu a ilegalidade no desenquadramento da apelante do regime especial de tributação apenas tendo em vista a mera adoção da modalidade societária limitada, pois, "*a sociedade de profissionais legalmente regulamentados, ainda que constituída sob a*

forma de responsabilidade limitada, pode ser submetida ao regime privilegiado de tributação de ISS, desde que destituída de caráter empresarial e com prestação direta e pessoal de serviços pelos sócios, consoante estabelecido nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68"

Confira-se:

"No caso em análise, verifica-se que a apelante é sociedade simples constituída sob a forma de sociedade limitada, com dois sócios cirurgiões-dentistas, cujo objeto social consiste na prestação de serviços odontológicos (fl. 45/51).

O Município de São Paulo, por sua vez, promoveu de ofício o desenquadramento da apelante do regime especial de tributação, ao fundamento de a sociedade ter adotado o modelo de responsabilidade limitada (fls. 56/7).

No entanto, os elementos coligidos nos autos demonstram que a apelante é pessoa jurídica que faz jus ao recolhimento especial de ISS.

Isso porque o entendimento desta c. 15ª Câmara de Direito Público vem se sedimentando no sentido de que a sociedade de profissionais legalmente regulamentados, ainda que constituída sob a forma de responsabilidade limitada, pode ser submetida ao regime privilegiado de tributação de ISS, desde que destituída de caráter empresarial e com prestação direta e pessoal de serviços pelos sócios, consoante estabelecido nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68.

Com efeito, as sociedades constituídas para exploração do trabalho intelectual dos seus sócios são, em regra, sociedades simples, por não possuírem organização dos fatores de sua produção, o que é necessário para caracterizar uma sociedade como empresária.

Vale ressaltar, nesse sentido, que o Código Civil estabelece no art. 966, parágrafo único, que não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Ora, o que define uma sociedade como empresária ou simples não é a sua forma societária, mas sim o seu objeto social. Implica dizer que os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização de seus fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

Aliás, o próprio Código Civil, em seu art. 983, autoriza que uma sociedade simples se constitua como sociedade limitada, o que não caracteriza, por si só, o caráter empresarial de suas atividades. A propósito, vale ressaltar que o Conselho de Justiça Federal, por intermédio de sua V Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado nº 474, segundo o qual estabelece que os profissionais liberais podem organizar-se sob a forma de sociedade simples, convencionando a responsabilidade limitada dos só-

Acesso ao Sumário

cios por dívidas da sociedade, a despeito da responsabilidade ilimitada por atos praticados no exercício da profissão. (fls. 1.039/1.041).

Como se sabe, as sociedades uniprofissionais são formadas por profissionais de uma mesma categoria, habilitados perante os órgãos fiscalizadores de suas atividades, destinadas à prestação de serviços por meio do trabalho de seus sócios, justamente a hipótese dos autos, em que o objeto social da sociedade é prestação de serviços odontológicos pelos seus únicos dois sócios (cf. contrato social, fls. 45/51 – cláusula 3.1 – *o objeto social será a prestação de serviços odontológicos*).

O desenquadramento, como se viu e realçou, se deu pela simples opção da sociedade ao adotar o modelo de responsabilidade limitada, o que não merecia prosperar.

Nesses termos, considerando que o enquadramento da sociedade uniprofissional no regime fixo de ISS não guarda relação com o tipo societário escolhido para a sua constituição, e que a sociedade composta pelos dentistas Frederico Xavier Valadão Vicente e George Antônio da Rocha Esperidião, apesar de constituída como sociedade limitada, não tem caráter empresarial, pois tem por objeto a prestação de serviços profissionais odontológicos por meio de atendimentos realizados diretamente pelos sócios, os quais assumem a responsabilidade pessoal em razão da própria natureza do labor, a embargada, assim, faz jus ao tratamento tributário previsto no art. 9º. do Decreto-Lei 406/1968.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL – Ação Anulatória de Débito Fiscal c.c. Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária – ISSQN – Reconhecimento do direito ao recolhimento do imposto por valor fixo, na condição de sociedade uniprofissional. ***Cabimento – Modelo de sociedade limitada adotado que, por si só, não afasta o enquadramento da sociedade no regime especial de recolhimento do ISSQN.*** *Obrigação acessória que não possui o condão de alterar a condição de sociedade uniprofissional. Sentença reformada – Recurso provido"* **(TJSP; Apelação Cível 1054227-31.2018.8.26.0053; Rel. Des. Silvana Malandrino Mollo, 14ª Câmara de Direito Público; Julgado em 10/06/2021; DJe 16/06/2021).**

Não se há olvidar, de outro lado, na diferenciação entre as obrigações principal e acessória, haja vista a segunda possuir caráter autônomo em relação à principal, pois mesmo inexistindo obrigação principal a ser adimplida, pode haver obrigação acessória a ser cumprida, no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos.

Nesse sentido, o STJ:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD-CONTRIBUIÇÕES). ***OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. AUTONOMIA EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO PRINCI-***

PAL. *ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. É inviável a discussão em Recurso Especial acerca de suposta ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional. 2. A jurisprudência do STJ entende que* ***'a obrigação acessória possui caráter autônomo em relação à principal, pois mesmo não existindo obrigação principal a ser adimplida, pode haver obrigação acessória a ser cumprida, no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos'*** *(EDcl no REsp 1.384.832/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.3.2014). 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido"* **(REsp 1680757/SP. Ministro Relator Herman Benjamin. Segunda turma. Julgado em 21/09/2017. DJe 09/10/2017).**

Inconsistente, contudo, o pedido de manutenção das autuações fiscais (AII nºs 6.758.286-9, 6.758.287-7, 6.758.288-5, 6.758.289-3, 6.758.290-7, 6.758.291-5, 6.758.292-3).

Isso porque, conforme se realçou do voto proferido no processo administrativo n° 6017.2020/0001246-5:

"Como a recorrente foi desenquadrada de ofício da condição de SUP com efeitos a partir de 31/12/2010, foi autuado, por conseguinte, pelo não recolhimento do ISS devido pelo movimento econômico nos exercícios de 2014 a 2017, assim como pela não emissão de documentos fiscais. Como prestadora de serviços do código 4693, subitem 4.12, a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica era de emissão obrigatória desde 2006, de acordo com a Lei 14097/05 e Portaria SF nº 072/2006

(...)

Muito embora a recorrente tenha escriturado a receita auferida, não houve a declaração desse faturamento ao Fisco Municipal, conforme tela do Sistema NF-e, Doc SEI 018298051 e 018098093 do PA 6017.2019/0015638-4." (fls. 200/201).

Logo, a imposição da obrigação acessória consistente na apresentação da Declaração Eletrônica de Movimentação Econômica - DEME para fins de manutenção no seu enquadramento no regime de tributação do ISSQN fixo é **ilegal**, pois a obrigação acessória, decorrente da legislação tributária, é prevista no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, não tendo o condão de alterar a condição de sociedade uniprofissional da requerente, exigência devidamente cumprida por esta para fins de enquadramento no regime do ISSQN fixo.

Considerado, portanto, ilegal o desenquadramento, os autos de infrações dele decorrentes seguem a mesma sorte.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – ISSQN – Pretensão à anulação do ato jurídico que promoveu o desenquadramento da apelante do regime

Acesso ao Sumário

de ISSQN Fixo, bem como à anulação dos créditos tributários apurados no AIIM nº 440.508, AIIM nº 440.509 e AIIM nº 440.510 – Sentença de improcedência – Pleito de reforma da sentença – Cabimento – Desenquadramento da apelante em razão de esta não ter apresentado Declaração Eletrônica de Movimentação Econômica - DEME no prazo estipulado, incidindo ISSQN sobre o preço dos serviços, com aplicação de multa pelo não pagamento do tributo e pela não escrituração exigida neste regime de tributação – O atraso na apresentação de declaração eletrônica, obrigação acessória, não tem o condão de alterar a condição de sociedade uniprofissional da apelante – Anulação do desenquadramento e, ***consequentemente, dos AIIMs nºs. 440.508, 440.509 e 440.510, decorrentes da alteração do regime de tributação – Sentença reformada – APELAÇÃO provida, para anular o desenquadramento da apelante do regime de tributação de ISSQN fixo e os AIIMs nºs. 440.508, 440.509 e 440.510****, com a condenação do apelado às verbas sucumbenciais"* **(TJSP, Apelação Cível 1016548-40.2019.8.26.0577, Rel. Des. KLEBER LEYSER DE AQUINO, 14ª Câmara de Direito Público, julgado em 26/08/2020, DJe 26/08/2020).**

Imperioso destacar, outrossim, a expressa determinação de afastamento dos débitos inserida na r. sentença (cf. fl. 966: "[...] *reconhecer a inexigibilidade dos débitos contidos nos autos de infração, mencionados na inicial*).

E, como se depreende da insurgência recursal (cf. fl. 980: [...] é clara a validade dos autos de infração relativos ao descumprimento de obrigação tributária acessória, tendo em vista o descumprimento por parte do autor da ação de obrigação acessória a que estava obrigado em razão do seu real enquadramento tributário), a validade dos autos de infração está umbilicalmente ligada ao enquadramento tributário, logo, pela declaração de ilegalidade, repita-se, inexiste descumprimento da obrigação acessória.

Em resumo, nos termos do art. 1022 do CPC, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

Acesso ao Sumário

Insurgindo-se qualquer das partes contra o entendimento adotado pela Turma Julgadora, ou, ainda, sendo a alegação de *error in judicando*, outra deve ser a via processual a ser escolhida, vez que não se prestam os embargos de declaração para reexame da causa, mas, tão-somente, para sanar eventual *error in procedendo*, conforme disciplina o art. 1022 do CPC, mas que não se verificou.

Por oportuno:

"A alegada afronta aos arts. 489, II, e 1.022 do CPC não merece prosperar, porque o acórdão recorrido examinou a controvérsia dos autos e fundamentou suficientemente sua convicção, razão por que não há falar em negativa de prestação jurisdicional. Não se constata nenhum

dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC. Ademais, não se prestam os declaratórios para o reexame da prestação jurisdicional concedida satisfatoriamente pelo Tribunal a quo." **(STJ – AgInt no AREsp 1820300 – Rel. Min. Herman Benjamin – julg. 07/06/2021 – publ. 01/07/2021).**

Assim, apenas a Instância Especial poderá pronunciar-se a tal respeito, pois esta Colenda Câmara não é competente para rever suas próprias decisões.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Col. STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Pelo exposto, **rejeito** os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 0000969-02.2013.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REVISÃO ACOLHIDA, V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.285)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 2 de dezembro de 2021.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM APELAÇÃO. Julgamento original que afastou a aplicação da Lei nº 11.960/2009 com relação à correção monetária, determinando atualização pelo INPC, conforme Tabela Prática do Tribunal de Justiça. Revisão deste posicionamento para adequar o julgamento ao entendimento consagrado no julgamento do RE 870.947-SE, Tema 810 do E. STF, tese que é complementada pelo disposto no Resp nº 1.495.146/MG, Tema nº 905 do A. STJ. Inaplicabilidade do índice correcional previsto na Lei nº 11.960/09, de 29 de junho, uma vez que a Taxa

Acesso ao Sumário

Referencial (TR) não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia. Adoção do IPCA-E como índice de correção monetária para todo o período considerado, e os juros de mora aplicados à caderneta de poupança, consoante a melhor interpretação do Tema nº 810 do E. STF e do Tema nº 905 do A. STJ, observando-se que o **Pleno do E. Supremo Tribunal Federal afastou a necessidade de modulação dos efeitos da decisão sobre o tema e rejeitou os embargos de declaração opostos no RE 870.947.**

REVISÃO ACOLHIDA.

VOTO

Trata-se de juízo de retratação determinado pelo ilustre Presidente da Seção de Direito Público nos termos do inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista o julgamento do RE Nº 870.947/SE, Tema nº 810 do E. Supremo Tribunal Federal, e do RESP nº 1.492.221/PR, Tema nº 905 de Recursos Repetitivos, pelo A. Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

O v. acórdão de fls. 73-77 (Voto nº 18.431) negou provimento ao recurso fazendário, nos seguintes termos:

> *"Apelação – embargos à execução opostos pela Fazenda Estadual – alegação de excesso de execução – aplicação da Lei 11.960/2009 – diferenças que devem ser corrigidas com base na Tabela Prática do TJ (INPC) – exclusão da TR, por não ser índice correcional (ADI 4357); juros mantidos – sentença mantida – Recurso improvido".*
>
> Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.[1]

Sendo assim, no que diz respeito ao pagamento de juros e à atualização do valor devido, cumpre promover a harmonização do julgamento deste C. Colegiado com o entendimento recentemente consolidado na conclusão do julgamento do RE 870.947/SE, Tema nº 810 de Repercussão Geral, pelo E. STF e relatado pelo eminente Min. LUIZ FUX, que é complementado pelo posicionamento esposado pelo A. STJ por ocasião do julgamento do RESP nº 1.495.146/MG, Tema nº 905 de Recursos Repetitivos.

Tendo em vista o teor da decisão supra referida, a correção monetária deve ser calculada com base no IPCA-E e os juros de mora calculados com base nos índices aplicados à caderneta de poupança.

Ocorre que o Tema nº 810 de Repercussão Geral do E. Supremo Tribunal Federal não especifica sobre qual o período se daria a aplicação do IPCA-E.

Acesso ao Sumário

1 Fls. 89-91, Voto nº 18.840.

A solução dessa eventual dúvida se encontra no Tema nº 905 do E. Superior Tribunal de Justiça, que determinou deva o índice IPCA-E ser utilizado durante todo o período considerado, afastando, portanto, a aplicação da Lei nº 11.960/2009, que propõe a utilização da TR, bem como rejeita a restrição ao uso do IPCA-E após 25/3/2015.

Assim, o IPCA-E deve ser utilizado no cálculo de correção monetária no que se refere a todo o período considerado.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Pelos motivos expendidos, em sede de juízo de retratação, pelo meu voto proponho a meus ilustres pares que se acolha a revisão, apenas para fins de adequação do v. Acórdão, no que diz respeito aos consectários legais, notadamente quanto ao decidido sobre a matéria no E. Supremo Tribunal Federal (Tema nº 810) e no A. Superior Tribunal de Justiça (Tema nº 905).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1010688-21.2021.8.26.0405/50000, da Comarca de Osasco, em que é embargante SAVIMÓVEL COMERCIAL E IMÓVEIS LTDA., é embargado MUNICÍPIO DE OSASCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público 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 21.270)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 3 de dezembro de 2021.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ERRO MATERIAL – Acórdão embargado que consignou no corpo do voto como apelante a Fazenda do Estado de São Paulo – erro material reconhecido, até mesmo porque no cabeçalho e no dispositivo fez referência ao Município de Osasco. Embargos acolhidos, sem efeitos infringentes.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos por **SAVIMÓVEL COMERCIAL E IMÓVEIS LTDA.** contra v. acórdão proferido por esta 4ª Câmara de Direito Público (fls. 133/145 – autos do recurso de apelação) que **negou provimento** ao apelo voluntário da Municipalidade e ao reexame necessário, de modo a MANTER a r. sentença concessiva da segurança que concedeu a ordem de segurança pretendida no *mandamus*, para fins de determinar à autoridade coatora o afastamento da exigência de apresentação da Certidão de Quitação de Débitos (CND) como condição para expedição do "habite-se", sob o fundamento de ser um meio de coerção indireto ao contribuinte.

Em sua minuta (fls. 01/02), a embargante sustentou a ocorrência de erro material no v. acórdão, pois constou no corpo do voto como apelante a Fazenda do Estado de São Paulo, ao invés do Município de Osasco. Todavia, ressaltou que no cabeçalho e no dispositivo no julgado constou como recorrente o ente municipal. Ao final, requereu o provimento dos aclaratórios, sanando-se o erro material apontado.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

De fato, há **erro material** no acórdão embargado, vez que o apelante é o MUNICÍPIO DE OSASCO e não a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 134 – autos do recurso de apelação).

Porém, não obstante esse fato, o v. acórdão, tanto no cabeçalho quanto no dispositivo, registrou como apelante o MUNICÍPIO DE OSASCO.

Resta, pois, evidente a ocorrência de erro material.

Ante exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos pela empresa-impetrante, **sem efeitos infringentes**, tão somente para sanar o **erro material** indicado pela embargante no sentido de **consignar que o apelante é o MUNICÍPIO DE OSASCO** (e não a Fazenda do Estado de São Paulo), mantendo-se, porém, a concessão da segurança pretendida no *writ*, nos termos que já registrados no v. acórdão, inclusive com manutenção integral do dispositivo do acórdão, que ratificou a sentença de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1018852-61.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ALBERTINA ALMEIDA GOMES (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não acolheram o reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. Base de cálculo. A pretensão formulada na inicial, no sentido de que o valor fixado para o lançamento do IPTU corresponde ao valor de mercado do imóvel não foi afastada com as informações prestadas pela autoridade administrativa apontada como coatora, notadamente pela ausência de elementos que evidenciassem a incompatibilidade dos valores apresentados pela parte impetrante e o valor corrente de mercado do bem imóvel. Manutenção da r. sentença.
REEXAME NECESSÁRIO DESACOLHIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *ESPÓLIO DE ALBERTINA ALMEIDA GOMES* contra ato do *SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO* objetivando assegurar o direito líquido e certo à incidência do ITCMD sobre o valor venal para fins de IPTU dos bens imóveis transmitidos em razão do falecimento de *Albertina Almeida Gomes.*

A r. sentença de fls. 105-109, cujo relatório se adota, concedeu a segurança "*para viabilizar o recolhimento do ITCMD com base na Lei Estadual nº 10.705/2000.*".

Ausentes recursos voluntários, os autos foram remetidos à Instância Superior para apreciação do reexame necessário.

É o breve relato.

Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, "*direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (...) Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e informações. (...) Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico*" (*Mandado de Segurança*, 30ª ed., 2007, São Paulo: Malheiros, p. 38/39 e 41).

No caso concreto, conforme se verifica dos autos, a pretensão formulada na presente impetração destina-se a assegurar à parte impetrante a possibilidade de efetuar o recolhimento do ITCMD referente aos imóveis deixados por herança, adotando como base de cálculo o valor venal fixado para o lançamento do IPTU, quando da transferência, em consonância com o estabelecido pelo artigo 13, inciso I, da Lei Estadual nº 10.705/2000.

Acerca da matéria, mostra-se necessária a verificação do disposto no artigo 16, do Decreto Estadual nº 46.655/2002, com redação dada pelo Decreto Estadual nº 55.002/2009, acerca da base de cálculo do ITCMD no Estado de São Paulo:

> *"Art. 16. O valor da base de cálculo, no caso de bem imóvel ou direito a ele relativo será (Lei 10.705/00, art.13):*
>
> *I- em se tratando de:*
>
> *a) urbano, não inferior ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana IPTU (...)*
>
> *Parágrafo único - Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel:" (...)*
>
> *2- urbano, o valor venal de referência do Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea "a" do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento*

Acesso ao Sumário

da base de cálculo, se for o caso."

No entanto, a base de cálculo do ITCMD encontra-se prevista nos artigos 9º a 15, da Lei nº 10.705/2000:

"Artigo 9.º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1.º - Para os fins de *que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.*

§ 2.º - Nos casos a seguir, a base de cálculo é equivalente a:

1. 1/3 (um terço) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio útil;

2. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio direto;

3.1/3 (um terço) do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso;

4. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa da nua-propriedade.

§ 3.º - Na hipótese de sucessivas doações entre *os mesmos doador e donatário, serão consideradas todas as transmissões realizadas a esse título, dentro de cada ano civil, devendo o imposto ser recalculado a cada nova doação, adicionando-se à base de cálculo os valores dos bens anteriormente transmitidos e deduzindo-se os valores dos impostos já recolhidos.(NR)*

§ 4.º - Para a apuração da base de cálculo poderá ser exigida a apresentação de declaração, *conforme dispuser o regulamento;*

Artigo 10 - O valor do bem ou direito na transmissão "causa mortis" é o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz.

§ 1.º - Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante, desde que *haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9.°, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial.*

§ 2.º - Na hipótese de avaliação judicial ou administrativa, será considerado o valor do bem ou *direito na data da sua realização.*

§ 3.º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, ás demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis.

Artigo 11 - Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugna-lo.

Acesso ao Sumário

§ 1.º - Fica assegurado ao interessado o direito de requerer avaliação judicial, incumbindo-lhe, neste caso, o pagamento das despesas.

§ 2.º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que *couber, as demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis.*

Artigo 12 - No cálculo do imposto, não serão abatidas quaisquer dívidas que onerem o bem transmitido, nem as do espólio.

Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana IPTU;

II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR.

Artigo 14 - No caso de bem móvel ou direito não abrangido pelo disposto nos artigos 9°, 10 e 13, a base de cálculo e o valor corrente de mercado do bem, título, crédito ou direito, na data da transmissão ou do ato translativo.

§ 1.º - A falta do valor de que trata este artigo, admitir-se-á o que for *declarado pelo interessado, ressalvada a revisão do lançamento pela autoridade competente, nos termos do artigo 11.*

§ 2.º - O valor das ações representativas do capital de sociedades é determinado segundo a sua cotação média alcançada na Bolsa de Valores, na data da transmissão, ou na imediatamente anterior, quando não houver pregão ou quando a mesma não tiver sido negociada naquele dia, regredindo-se, se for o caso, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

§ 3.º - Nos casos em que a ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital social não for objeto de negociação ou não tiver sido negociado nos últimos 180 (cento e oitenta) dias, admitir-se-á o respectivo valor patrimonial.

Artigo 15 - O valor da base de cálculo é considerado na data da abertura da sucessão, do contrato de doação ou da avaliação, devendo ser atualizado monetariamente, a partir do dia seguinte, segundo a variação da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo - UFESP, até a data prevista na legislação tributária para o recolhimento do imposto.

§ 1.º - O valor venal de determinado bem ou direito que houver sido fixado em data distinta daquela em que ocorreu o fato gerador deverá ser expresso em *UFESPs.*

§ 2.º - Para os fins do disposto no parágrafo anterior, será observado o valor da UFESP vigente na data da fixação do valor venal.

Acesso ao Sumário

§ 3.º - Não havendo correção monetária da UFESP, aplicar-se-á o índice adotado à época para cálculo da inflação, nos prazos já estabelecidos neste artigo."

Observa-se da legislação retro transcrita que a lei instituidora do ITCMD definiu que sua base de cálculo é o valor venal do bem ou direito transmitido, correspondendo ao valor de mercado.

Porém, havendo discordância pelo Fisco, será instaurado procedimento administrativo para arbitramento, sendo assegurado ao contribuinte o direito de requerer avaliação judicial, arcando com o respectivo pagamento.

Portanto, a pretensão formulada na inicial, no sentido de que o valor fixado para o lançamento do IPTU corresponde ao valor de mercado dos imóveis não foi afastada com as informações prestadas pela autoridade administrativa apontada como coatora, notadamente pela ausência de elementos que evidenciassem a incompatibilidade dos valores apresentados pela parte impetrante e o valor corrente de mercado dos bens imóveis.

A propósito do tema, oportuno destacar a orientação predominante desta Corte de Justiça, conforme se verifica dos vv. acórdãos ora destacados:

"Apelação Cível e Reexame Necessário – Mandado de Segurança – ITCMD – Pretensão ao reconhecimento da ilegalidade do Decreto nº 55.005/2009 que alterou a base de cálculo do tributo – Incidência de valor de referência do ITBI – Elevação do valor a ser recolhido – Procedência – Inadmissibilidade – Adoção do valor venal do IPTU lançado no exercício – Inteligência da Lei Estadual nº 10.705/2000 – Sentença mantida – Reexame necessário e apelo desprovidos."

(Apelação nº 1052912-07.2014.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Souza Meirelles, j. em 30.09.2015);

"DIREITO TRIBUTÁRIO – Mandado de Segurança – Impetração com o objetivo de afastar notificação que determina a retificação da declaração e pagamento de ITCMD para utilizar como base de cálculo o valor venal de referência do ITBI – A base de cálculo do ITCMD, no caso em apreço, deve ser o valor venal do imóvel lançado para fins de IPTU, em razão da ilegalidade do Decreto 55.002/09 – Inteligência do art. 97, inciso II, §1º, do CTN e da Lei 10.705/2000 – Sentença mantida. Recurso não provido."

(Apelação nº 1048307-18.2014.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 09.06.2015);

"MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD). Base de cálculo. ITBI. Inadmissibilidade. A base de cálculo do ITCMD é o valor venal do bem ou direito transmitido. Concessão da segurança mantida. Recursos não providos."

(Apelação nº 0023571-89.2010.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Vera Angrisani, j. em 06.08.2011).

Acesso ao Sumário

Merece destaque, ainda, que o disposto no Decreto Estadual nº 46.655/2002, com redação dada pelo Decreto Estadual nº 55.002/2009, ao aumentar a base de cálculo do ITCMD, ofende o disposto no artigo 150, da Constituição Federal e no artigo 97, inciso II, §1º, do Código Tributário Nacional, já que a majoração de tributo somente pode ser estabelecida por lei.

Curial, pois, a manutenção da r. sentença apelada.

Isto posto, desacolhe-se a remessa necessária.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2113021-85.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante G. F.T., é agravado J.P.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.743)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 9 de novembro de 2021.

IVANA DAVID, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – IRRESIGNAÇÃO EM FACE DO DEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PLEITEADAS. AGRAVO EXCEPCIONALMENTE CONHECIDO, HOMENAGEANDO-SE O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL, A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO – DESCABIMENTO – DECISÃO IMPUGNADA QUE SE EXPÔS RAZÕES DE CONVENCIMENTO, MOSTRANDO-SE SUFICIENTEMENTE MOTIVADA – NECESSIDADE DE PROTEÇÃO A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DAS VÍTIMAS – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de tutela antecipada, interposto por G.F.T. contra a decisão proferida às fls. 20/21, pelo MM. Juíza de Direito, Dra. Renata Mahalem da Silva Teles, que manteve as medidas protetivas concedidas nos autos nº (...), em favor de S.D.D. e estendidas à filha do ca-

Acesso ao Sumário

sal, M.T., até a realização de estudo social e/ou da análise meritória exauriente.

Aduz o agravante que, após fixar medidas protetivas de urgência a favor de S.D.D. (ex-companheira de G.), estendeu tais medidas a M.T. (filha do casal), até seja realizado "estudo social determinado pelo MM. Juiz que preside o processo de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato". Ressalta que, não existindo previsão de realização do estudo social, "o impetrante está pagando um preço demasiado caro por essa demora, pois se encontra impedido de ver sua filha, que tanto ama, enquanto essa situação perdurar, independente de ter havido o contraditório e este ter tido a possibilidade de apresentar a sua versão dos fatos, desmentindo o teor das acusações e provando sua cabal inocência". Afirma que S. atribui a G. possuir "imagens de pornografia infantil no seu computador pessoal (240-B ECA)" e estupro de vulnerável, fatos que são objeto de investigação policial ainda em andamento, além de "ameaças", "abandono material", "agressões" e "descumprimento de medidas protetivas de urgência", que estão sendo debatidos judicialmente entre ambos na esfera cível. Aduz ainda o i. Advogado o argumento que a decisão da Juíza de Primeiro Grau, ao fixar medidas protetivas a favor de M.T., causa "grave lesão de difícil reparação" a G., pois o priva "de ver, ou até mesmo se comunicar por chamada de whatsapp, ou qualquer outro meio de comunicação, com sua filha de 08 (oito) anos de idade, ou seja, em fase de formação de personalidade e caráter, quando a presença do pai e de inconteste e fundamental importância". Requer a revogação das medidas protetivas com relação à filha M. (fls. 01/19).

A liminar foi indeferida (fls. 23/30), contra-arrazoado o recurso (fls. 49/69), os autos foram encaminhados para a d. Procuradoria Geral de Justiça que opinou pelo não provimento do recurso (fls. 230/232).

Intimado, o advogado do agravante deixou transcorrer *in albis* o prazo para se manifestar sobre o julgamento virtual, já a agravada não se opôs, vindo conclusos os autos a esta Relatora em 27 de outubro de 2021.

É o relatório.

De início faz-se o registro de que, **no entendimento desta Relatora, o presente agravo nem era de ser conhecido**, porquanto inexiste previsão legal do recurso de Agravo de Instrumento no Código de Processo Penal.

Sem embargo disso, **já determinado o processamento**, conhece-se do recurso em homenagem à celeridade processual e aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No caso em tela, conforme boletim de ocorrência, *a vítima sofreu violência física e psicológica enquanto residia junto com o requerido G., de 2011 a 2018. S. conta que em uma das agressões o requerido acabou machucando o braço da filha mais velha. Informa que há o processo dissolução de união estável n° (...) e que, apesar de informar na separação que G. buscava na internet*

Acesso ao Sumário

(sempre em inglês) por imagens de adolescentes nuas, a decisão judicial foi de visitas sem restrições. Relata que em fevereiro de 2019, a filha de sete anos (com 5 na época) relatou abuso sexual, cometido por ele durante visitas (inquérito n° (...)). S. narra que, mesmo contra a vontade dela, ocorrem visitas semanais monitoradas (acompanhada por ela), porém há o abalo psicológico e medo, para ambas, de ter que conviver com o requerido. Descreve, também, que o requerido as persegue de carro, sendo já foi a uma delegacia, mas disseram que não podem fazer nada. Destaca que G. juntou no processo diversas fotos suas, em locais diferentes, uma delas em que está correndo, fugindo dele, o que comprova a perseguição. Por fim, aduz que o requerido detém todo o patrimônio a ser partilhado, e o único recurso na poupança que ela e as filhas possuíam, teve "processo judicial feito por ele concedido". Ainda, conta que mora com as filhas de aluguel, e estão com contas vencidas, incluindo escola. Comunica que o requerido não paga pensão alimentícia há dois anos "execução n° (...)", e que ele só protela e não paga, por "pura maldade", e não por falta de condições, pois no banco Itaú ele tem mais de R$ 3 milhões. Afirma que o requerido vendeu os cinco carros que possuía, e está dilapidando o patrimônio, não pagando o que é essencial para a sua subsistência, caracterizando situação de abandono material e violência patrimonial (fls. 01/04, dos autos (...)).

Consta dos autos requerimento formulado pela vítima pela concessão das medidas protetivas de urgência em face de G.F.T., o que foi deferido, em 15 de janeiro de 2021 (fls. 21/25, dos autos (...)), todavia, diante dos descumprimentos das medidas foi designada audiência de advertência, momento em que também se deferiu o pedido de extensão das medidas protetivas à filha em comum, M. (fls. 980/984, dos autos (...)).

O agravante requereu a revogação das medidas protetivas (fls. 998/1009), o que foi indeferido com o seguinte fundamento:

> *"Observo que, primeiramente, foram concedidas medidas protetivas em favor da vítima S., sendo, posteriormente, estendidas para a filha do casal. Ocorre que, inobstante o petitório da defesa, denoto que os motivos ensejadores da concessão das medidas protetivas permanecem inalterados, ao menos, em cognição sumária, sendo as medidas ainda necessárias para a preservação da integridade física e psicológica da ofendida. Da mesma forma em relação à filha em comum. Inobstante o averiguado tenha alegado que não foi sequer indicado por conta dos fatos mencionados pela vítima, cumpre mencionar que, a despeito da configuração do delito, a narrativa é grave e pode gerar abalos psicológicos na menor, razão pela qual foi determinada a realização de estudo social. Assim, por cautela, entendo que as medidas protetivas devem permanecer vigentes até a realização do estudo social e/ou da analise meritória exauriente. Ante ao exposto, indefiro o pedido, sendo que o averiguado já se encontra ciente das consequências do descumprimento.* – fls. 20/21.

Acesso ao Sumário

E, no caso, a decisão apresentou motivação bastante, não se mostrando genérica, expostas as razões de decidir de maneira a satisfazer assim a exigência constitucional (art. 93, IX da CF).

Nota-se que as medidas protetivas concedidas foram descumpridas reiteradas vezes pelo agravante e em audiência de advertência a Magistrada tomou conhecimento da instauração de inquérito policial para apurar eventual prática de estupro de vulnerável pelo agravante contra M., (filha do casal) sendo estendidas as medidas protetivas.

Diante desse quadro, a decisão da Magistrada não poderia ser outra, porquanto, há necessidade de elucidação dos fatos e, ainda, permanecem inalterados os motivos que ensejaram a concessão das referidas medidas, tendo sido determinada a realização de estudo psicossocial, agendado para as datas de 13 e 27 de outubro (fls. 222/223).

Portanto, a medida é necessária para a proteção da integridade física de S. e M., sendo possível a revisão das medidas caso haja mudança das circunstâncias fáticas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2113021-85.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante G. F.T., é agravado J.P.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.743)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 9 de novembro de 2021.

IVANA DAVID, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – IRRESIGNAÇÃO EM FACE DO DEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS PLEITEADAS. AGRAVO EXCEPCIONALMENTE CONHECIDO, HOMENAGEANDO-SE O PRINCÍPIO

DA CELERIDADE PROCESSUAL, A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO – DESCABIMENTO – DECISÃO IMPUGNADA QUE SE EXPÔS RAZÕES DE CONVENCIMENTO, MOSTRANDO-SE SUFICIENTEMENTE MOTIVADA – NECESSIDADE DE PROTEÇÃO A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DAS VÍTIMAS – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de tutela antecipada, interposto por G.F.T. contra a decisão proferida às fls. 20/21, pelo MM. Juíza de Direito, Dra. Renata Mahalem da Silva Teles, que manteve as medidas protetivas concedidas nos autos nº (...), em favor de S.D.D. e estendidas à filha do casal, M.T., até a realização de estudo social e/ou da análise meritória exauriente.

Aduz o agravante que, após fixar medidas protetivas de urgência a favor de S.D.D. (ex-companheira de G.), estendeu tais medidas a M.T. (filha do casal), até seja realizado "estudo social determinado pelo MM. Juiz que preside o processo de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato". Ressalta que, não existindo previsão de realização do estudo social, "o impetrante está pagando um preço demasiado caro por essa demora, pois se encontra impedido de ver sua filha, que tanto ama, enquanto essa situação perdurar, independente de ter havido o contraditório e este ter tido a possibilidade de apresentar a sua versão dos fatos, desmentindo o teor das acusações e provando sua cabal inocência". Afirma que S. atribui a G. possuir "imagens de pornografia infantil no seu computador pessoal (240-B ECA)" e estupro de vulnerável, fatos que são objeto de investigação policial ainda em andamento, além de "ameaças", "abandono material", "agressões" e "descumprimento de medidas protetivas de urgência", que estão sendo debatidos judicialmente entre ambos na esfera cível. Aduz ainda o i. Advogado o argumento que a decisão da Juíza de Primeiro Grau, ao fixar medidas protetivas a favor de M.T., causa "grave lesão de difícil reparação" a G., pois o priva "de ver, ou até mesmo se comunicar por chamada de whatsapp, ou qualquer outro meio de comunicação, com sua filha de 08 (oito) anos de idade, ou seja, em fase de formação de personalidade e caráter, quando a presença do pai e de inconteste e fundamental importância". Requer a revogação das medidas protetivas com relação à filha M. (fls. 01/19).

A liminar foi indeferida (fls. 23/30), contra-arrazoado o recurso (fls. 49/69), os autos foram encaminhados para a d. Procuradoria Geral de Justiça que opinou pelo não provimento do recurso (fls. 230/232).

Intimado, o advogado do agravante deixou transcorrer *in albis* o prazo

Acesso ao Sumário

para se manifestar sobre o julgamento virtual, já a agravada não se opôs, vindo conclusos os autos a esta Relatora em 27 de outubro de 2021.

É o relatório.

De início faz-se o registro de que, **no entendimento desta Relatora, o presente agravo nem era de ser conhecido**, porquanto inexiste previsão legal do recurso de Agravo de Instrumento no Código de Processo Penal.

Sem embargo disso, **já determinado o processamento**, conhece-se do recurso em homenagem à celeridade processual e aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No caso em tela, conforme boletim de ocorrência, *a vítima sofreu violência física e psicológica enquanto residia junto com o requerido G., de 2011 a 2018. S. conta que em uma das agressões o requerido acabou machucando o braço da filha mais velha. Informa que há o processo dissolução de união estável n° (...) e que, apesar de informar na separação que G. buscava na internet (sempre em inglês) por imagens de adolescentes nuas, a decisão judicial foi de visitas sem restrições. Relata que em fevereiro de 2019, a filha de sete anos (com 5 na época) relatou abuso sexual, cometido por ele durante visitas (inquérito n° (...)). S. narra que, mesmo contra a vontade dela, ocorrem visitas semanais monitoradas (acompanhada por ela), porém há o abalo psicológico e medo, para ambas, de ter que conviver com o requerido. Descreve, também, que o requerido as persegue de carro, sendo já foi a uma delegacia, mas disseram que não podem fazer nada. Destaca que G. juntou no processo diversas fotos suas, em locais diferentes, uma delas em que está correndo, fugindo dele, o que comprova a perseguição. Por fim, aduz que o requerido detém todo o patrimônio a ser partilhado, e o único recurso na poupança que ela e as filhas possuíam, teve "processo judicial feito por ele concedido". Ainda, conta que mora com as filhas de aluguel, e estão com contas vencidas, incluindo escola. Comunica que o requerido não paga pensão alimentícia há dois anos "execução n° (...)", e que ele só protela e não paga, por "pura maldade", e não por falta de condições, pois no banco Itaú ele tem mais de R$ 3 milhões. Afirma que o requerido vendeu os cinco carros que possuía, e está dilapidando o patrimônio, não pagando o que é essencial para a sua subsistência, caracterizando situação de abandono material e violência patrimonial* (fls. 01/04, dos autos (...)).

Consta dos autos requerimento formulado pela vítima pela concessão das medidas protetivas de urgência em face de G.F.T., o que foi deferido, em 15 de janeiro de 2021 (fls. 21/25, dos autos (...)), todavia, diante dos descumprimentos das medidas foi designada audiência de advertência, momento em que também se deferiu o pedido de extensão das medidas protetivas à filha em comum, M. (fls. 980/984, dos autos (...)).

O agravante requereu a revogação das medidas protetivas (fls. 998/1009),

o que foi indeferido com o seguinte fundamento:

> *"Observo que, primeiramente, foram concedidas medidas protetivas em favor da vítima S., sendo, posteriormente, estendidas para a filha do casal. Ocorre que, inobstante o petitório da defesa, denoto que os motivos ensejadores da concessão das medidas protetivas permanecem inalterados, ao menos, em cognição sumária, sendo as medidas ainda necessárias para a preservação da integridade física e psicológica da ofendida. Da mesma forma em relação à filha em comum. Inobstante o averiguado tenha alegado que não foi sequer indicado por conta dos fatos mencionados pela vítima, cumpre mencionar que, a despeito da configuração do delito, a narrativa é grave e pode gerar abalos psicológicos na menor, razão pela qual foi determinada a realização de estudo social. Assim, por cautela, entendo que as medidas protetivas devem permanecer vigentes até a realização do estudo social e/ou da analise meritória exauriente. Ante ao exposto, indefiro o pedido, sendo que o averiguado já se encontra ciente das consequências do descumprimento.* – fls. 20/21.

E, no caso, a decisão apresentou motivação bastante, não se mostrando genérica, expostas as razões de decidir de maneira a satisfazer assim a exigência constitucional (art. 93, IX da CF).

Nota-se que as medidas protetivas concedidas foram descumpridas reiteradas vezes pelo agravante e em audiência de advertência a Magistrada tomou conhecimento da instauração de inquérito policial para apurar eventual prática de estupro de vulnerável pelo agravante contra M., (filha do casal) sendo estendidas as medidas protetivas.

Diante desse quadro, a decisão da Magistrada não poderia ser outra, porquanto, há necessidade de elucidação dos fatos e, ainda, permanecem inalterados os motivos que ensejaram a concessão das referidas medidas, tendo sido determinada a realização de estudo psicossocial, agendado para as datas de 13 e 27 de outubro (fls. 222/223).

Portanto, a medida é necessária para a proteção da integridade física de S. e M., sendo possível a revisão das medidas caso haja mudança das circunstâncias fáticas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal

Acesso ao Sumário

nº 0010884-08.2021.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante ALLAN CLAYTON NASCIMENTO DA SILVA LINDO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DEFENSIVO, para cassar a respeitável decisão recorrida e determinar a suspensão do cumprimento e do prazo prescricional da pena restritiva de direitos referente à execução nº 0005874-17.2020.8.26.0502, até que haja compatibilidade de execução simultânea com as penas privativas de liberdade em cumprimento ou que estas sejam integralmente descontadas, nos termos dos artigos 76 e 116, parágrafo único, ambos do Código Penal. Vencido o E. Relator Sorteado, que negava provimento ao recurso, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.476)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, vencedora, RICARDO SALE JÚNIOR, vencido, GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente) e BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 25 de outubro de 2021.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora Designada

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE – SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE NO CURSO DA EXECUÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO CONCOMITANTE – REGRA DO ARTIGO 76, DO CÓDIGO PENAL APLICÁVEL À HIPÓTESE – REFORMA DO R. *DECISUM*. 1. Decisão que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, tendo em vista a incompatibilidade da execução conjunta entre a reprimenda corporal e a pena alternativa fixada supervenientemente. 2. Tese defensiva de que deve ser aplicada a regra prevista no artigo 76, do Código Penal, postergando- se o início do cumprimento da pena restritiva de direitos para período subsequente. 3. Pena alternativa e prazo prescricional da pretensão executória que devem ser suspensos até que haja compatibilidade de seu cumprimento com a

Acesso ao Sumário

privativa de liberdade, que é mais grave, nos termos dos artigos 76 e 116, parágrafo único, ambos do CP. 4. Por maioria de votos, agravo defensivo provido.

VOTO

Com a devida vênia, a douta maioria **diverge** do voto do Eminente relator sorteado, Desembargador **Ricardo Sale** Júnior, **para dar provimento ao agravo defensivo, cassando a respeitável decisão atacada.**

Cuida-se de agravo em execução interposto por **ALLAN CLAYTON NASCIMENTO DA SILVA LINDO** contra a respeitável decisão que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, tendo em vista a incompatibilidade da execução conjunta entre a reprimenda corporal e a pena alternativa fixada supervenientemente (fls. 06/09).

Busca a reforma da r. sentença, para que seja aplicado ao caso em tela o previsto no artigo 76, do Código Penal, postergando-se o início do cumprimento da pena restritiva de direitos para período subsequente ao cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo cassada a r. decisão agravada.

O recurso foi regularmente processado e contraminutado (fls. 22/24), contando os autos ainda com decisão mantenedora pelo juízo *a quo* (fl. 26) e respeitável parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo desprovimento do agravo (fls. 33/39).

É o relatório.

Pelo que consta dos autos, o agravante foi condenado a cumprir as penas privativas de liberdade de **(i)** 07 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do crime de roubo majorado; **(ii)** 05 (cinco) anos de reclusão pela prática do crime de tráfico de drogas; **(iii)** 08 (oito) meses de reclusão, pela prática do crime de furto tentado, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade e **(iv)** 01 (um) ano e oito (08) meses de reclusão, pelo crime de tráfico de drogas privilegiado, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos. Em razão disso, o MM. Juízo *a quo* determinou que as duas últimas fossem reconvertidas em pena privativa de liberdade, para que houvesse a soma e unificação das penas, fixando o regime prisional fechado.

Pois bem.

O agravo comporta provimento.

In casu, considerando que a pena restritiva de direitos é *posterior* às privativas de liberdade, deve ser aplicada a regra prevista no artigo 76 do Código Penal, com suspensão do prazo prescricional da pretensão executória relativamente à pena alternativa.

Acesso ao Sumário

Isto porque se o reeducando cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto e sobrevém-lhe condenação definitiva à pena restritiva de direitos, com incompatibilidade de cumprimento simultâneo das sanções, a pena alternativa e o prazo prescricional da pretensão executória devem ser suspensos até que haja compatibilidade de seu cumprimento com a privativa de liberdade, que é mais grave, nos termos dos artigos 76 e 116, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Anoto ainda que, no caso dos autos, com o devido respeito ao posicionamento do douto Relator Sorteado, em nosso entender, não se aplica a norma jurídica estampada nos artigos 44, § 5º, do Código Penal, e 181, § 1º, "e", da Lei de Execução Penal, já que tais dispositivos tratam da hipótese inversa, em que, durante o cumprimento de pena restritiva de direitos, sobrevém ao sentenciado condenação definitiva à pena privativa de liberdade, com incompatibilidade de cumprimento simultâneo das penas, o que, como visto, não é a hipótese dos autos, **em que a condenação à pena alternativa é posterior às sanções corporais**. É esse o entendimento firmado por esta Colenda 15ª Câmara de Direito Criminal:

> "*AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA DATA DAS CONDENAÇÕES. Se a sanção restritiva de direitos é anterior à pena carcerária fixada pela prática de novo crime, a reconversão é imperativa; no entanto, se foi posteriormente estabelecida, a reconversão é dispensável. RECURSO PROVIDO*." (TJSP, Agravo em Execução Penal nº 0012526-77.2015.8.26.0000, Rel. **Des. Willian Campos**, j. em 28.05.2015).
>
> "*AGRAVO EM EXECUÇÃO – Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade – Impossibilidade – Na hipótese de imposição de pena restritiva de direitos anterior à pena corporal, de rigor a reconversão – Contudo, no caso em comento, trata-se de condenação à pena alternativa posterior à reprimenda corporal – Imprescindibilidade da análise temporal das sanções impostas – Cumprimento de pena restritiva de direitos que somente terá início após o integral desconto da privativa de liberdade – Recurso provido*" (TJSP, Agravo em Execução Penal nº 7014653-38.2016.8.26.0482, Rel. **Des. Ricardo Sale** Júnior, j. em 20.04.2017).

Ante o exposto, com a devida vênia ao entendimento enunciado no voto do Eminente Relator sorteado, a maioria da Turma Julgadora **DÁ PROVIMENTO AO AGRAVO DEFENSIVO**, para cassar a respeitável decisão recorrida e determinar a suspensão do cumprimento e do prazo prescricional da pena restritiva de direitos referente à execução nº 0005874-17.2020.8.26.0502, até que haja compatibilidade de execução simultânea com as penas privativas de

Acesso ao Sumário

liberdade em cumprimento ou que estas sejam integralmente descontadas, nos termos dos artigos 76 e 116, parágrafo único, ambos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0005087-69.2021.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JOAO CORDEIRO DA SILVA NETO.

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 agravo em execução. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.798)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 26 de outubro de 2021.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – RETROATIVIDADE DA LEI Nº 13.964/2019, PARA EFEITO DE PROGRESSÃO – PRETENDE O MINISTÉRIO PÚBLICO, TAMBÉM, A RETROATIVIDADE DA PARTE MAIS GRAVOSA, A VEDAÇÃO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL – VEDADA É A RETROATIVIDADE *IN PEJUS* – INOCORRÊNCIA DE COMBINAÇÃO DE LEIS (LEX TERTIA), POIS O REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL ESTABELECE REQUISITOS PARA DOIS BENEFÍCIOS PENAIS DISTINTOS, OS QUAIS DEVEM SER APRECIADOS DE MODO INDEPENDENTE E AUTÔNOMO – DECISÃO ESCORREITA – AGRAVO MINISTERIAL DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo ilustre representante do Ministério Público, contra decisão do r. Juízo da DEECRIM UR6 da Comarca de RIBEIRÃO PRETO, *da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. José Roberto Bernardi Libera*l, que indeferiu pedido de retificação do cálculo de pena, formu-

Acesso ao Sumário

lado pelo agravado JOÃO CORDEIRO DA SILVA NETO, nos autos da Execução nº 0008934-16.2020.8.26.0496, por entender que em cumprimento à decisão do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a aplicação do percentual de 50% (cinquenta por cento) de cumprimento da pena para fins de progressão de regime, bem como autorizou o livramento condicional com o cumprimento de mais 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade (fls. 25 e 30/32).

O agravado incorreu nos artigos 306 e 309 do CTB e artigos 121, § 2º, incisos II, IV e VI c.c. artigo 121, § 7º, inciso III, ambos do Código Penal.

Agrava o douto representante do Ministério Público, pleiteando a reforma da r. decisão que retificou o cálculo das penas, mas não impôs a vedação do livramento condicional existente na nova legislação, a Lei nº 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime (fls. 01/09).

Contrariado o recurso (fls. 42/45), a r. decisão foi mantida por despacho de fls. 47, manifestando-se o douto Procurador de Justiça Dr. Rodrigo César Rebello Pinho pelo desprovimento do agravo ministerial (fls. 61/64).

É o relatório.

Não obstante a combatividade demonstrada pelo ilustre representante da Justiça Pública, impossível atender-lhe ao pleito.

Atendendo ao determinado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no *HABEAS CORPUS* Nº 659549/SP, o Magistrado de primeiro grau homologou o cálculo de penas, determinando a fração de 50% (cinquenta por cento), para fins de progressão (fls. 21/24 e 25).

No entanto, pretende a combativa representante da Justiça Pública que lhe seja também aplicada a parte mais rigorosa do novo diploma legal, a vedação ao "livramento condicional".

Sem razão, no entanto.

Como bem destacou o parecer lançado pelo sempre zeloso Procurador de Justiça, o crime de homicídio qualificado é anterior à vigência da nova Lei n. 13.964/2019, conhecida por "Pacote Anticrime", e conforme o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, expresso na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XL, de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, o livramento condicional nesta hipótese deve obedecer à norma da Lei nº 13.344/2016, vigente à data do fato, por ser mais benéfica, ao exigir o cumprimento de mais de 2/3 (dois terços) da pena, para o apenado não reincidente específico em crimes hediondos.

Nesse sentido há precedente desta Corte bandeirante: "*No que tange ao livramento condicional, embora seja aplicável a nova regra do art. 112, inciso VI, alínea "a", da LEP, quanto ao benefício de progressão de regime (50%), seguindo recente posicionamento firmado pelo STJ, o aludido dispositivo legal consubstancia norma penal material mais gravosa ao sentenciado ao vedar o*

livramento condicional, devendo, nesse ponto específico, ser aplicada a regra anterior do art. 83, inciso V, do CP, em hipótese de ultratividade da lei penal benéfica, considerando a data do crime praticado. Inocorrência de combinação de leis (lex tertia), pois o referido dispositivo legal estabelece requisitos para dois benefícios penais distintos, os quais devem ser apreciados de modo independente e autônomo" (Agravo de Execução Penal nº 0006242-78.2021.8.26.0344, Relator PAULO ROSSI, julgado em 14 de outubro de 2021).

No mesmo sentido: (Agravo de Execução Penal nº 0005963-24.2021.8.26.0496, Relator GUILHERME DE SOUZA NUCCI, julgado em 31.08.2021).

Portanto, nenhum reparo a ser feito na r. decisão, que subsiste integralmente.

Para fins de prequestionamento, não foram violados princípios da Carta Magna ou ofendidos preceitos da legislação federal em vigor.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo em execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0013781-34.2021.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUCAS GABRIEL ALABARCE BARRA NOVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por votação unânime, NEGARAM PROVIMENTO ao agravo, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.187)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO CARDOSO e TOLOZA NETO.

São Paulo, 27 de outubro de 2021.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – COMETIMENTO COMPROVADO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE: Havendo prova extreme de dúvida sobre a

Acesso ao Sumário

ocorrência da falta grave, impossível falar-se em absolvição.

VOTO

LUCAS GABRIEL ALABARCE BARRA NOVA interpõe o presente Agravo em Execução objetivando a reforma da r. decisão do MM. Juízo de Direito do DEECRIM - 1ª RAJ - Comarca da Capital que, reconhecendo a falta grave cometida em 29/04/2021, declarou a perda de 1/3 (um terço) dos dias eventualmente remidos, bem como determinou que a data do cometimento da indisciplina seja considerada como termo inicial de contagem de benefícios para a progressão de regime (fls. 59/62).

Postula sua absolvição, argumentando, que inexiste prova de que tenha concorrido para a infração disciplinar, não podendo ser punido por ato praticado por terceiro, consistente no envio de SEDEX, contendo droga, no qual é apontado como destinatário. Afirma que não encomendou o entorpecente e nem obteve sua posse, devendo, ser, portanto, afastado o reconhecimento da falta grave (fls. 01/05).

Recebido o agravo e ofertada contraminuta (fls. 69/71), a r. decisão foi mantida (fls. 72), tendo a d. Procuradoria Geral de Justiça opinado, em seu parecer, pelo não provimento do agravo (fls. 79/83).

É O RELATÓRIO.

Ficou claro ao final do procedimento administrativo, no qual foi respeitado o contraditório e a ampla defesa, que foi endereçado ao agravante SEDEX, encaminhado por sua mãe, contendo camuflado dentro de um pote de margarina três pedaços de papel com a droga sintética "K4" (laudo pericial às fls. 33/34).

O agravante, ouvido no procedimento de sindicância, afirmou que o detento, vulgo "Nenê" lhe pediu emprestado foto do RG de sua mãe, dizendo que seria enviado em seu nome alimentos e produtos de higiene, tendo "Nenê" prometido fazer a divisão do recebido com o declarante. Asseverou que inocentemente forneceu os dados solicitados, esclarecendo que após alguns dias "Nenê" lhe disse que dentro do SEDEX tinha sido colocado drogas, o que lhe causou revolta, tendo o citado preso dito que tudo iria dar certo. Registrou que avisou "Nenê" que se esse procedimento fosse descoberto falaria a verdade. Por fim disse que foi comunicado pelos agentes penitenciários que entorpecentes foram encontrados em SEDEX a ele endereçado e que tinha como remetente a sua mãe, que consignou nada saber sobre esses fatos, manifestando estar se sentindo enganado e injustiçado (fls. 42).

Os agentes de segurança penitenciária Denis e Marcos relataram que em procedimento de rotina ao inspecionarem o SEDEX que tinha como destinatário o ora agravante, e enviado por sua mãe, encontraram escondidos no fundo falso

Acesso ao Sumário

de um pote de margarina três folhas contento a droga sintética "K4", tendo sido LUCAS comunicado, assim como a Diretoria, para as providências cabíveis (fls. 40/41).

Registre-se que a mãe que supostamente teria encaminhado para o agravante o referido SEDEX, não foi ouvida na sindicância.

Em outras ocasiões, já decidiu este Relator que bastava estar o remetente regularmente cadastrado, de acordo com a exigência normativa, para concluir que o agravante tinha conhecimento da conduta do remetente.

Entretanto, em nova reflexão sobre o tema e considerando, ainda, o entendimento dos Tribunais Superiores, convenci-me do acerto da posição jurisprudencial no sentido de que havendo dúvida razoável sobre a participação do agravante, esta deve ser aplicada em seu benefício, devendo-se observar o princípio do *in dubio pro reo*.

Todavia, neste caso em concreto, existem elementos seguros acerca da participação do agravante e até mesmo, de seu conhecimento sobre a remessa da droga feita em seu nome.

A autoria restou inconteste, isto porque impossível acreditar na alegação inverossímil de LUCAS que atribui prática da infração a outro detento, para qual ofereceu dados, aceitou ser o destinatário e foi informado antes da chegada da encomenda que drogas iriam ser introduzidas nela.

Desta Corte se destaca:

Execução Penal – Falta disciplinar de natureza grave – Sedex contendo 3,9 gramas da substância MDMB-4enPINACA, constante na Lista F2 que se enquadra no item b da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores, enviados ao agravante em nome de sua mãe, por terceiro – Confissão do agravante de que vendeu os dados de sua genitora para outro preso, ciente de que seriam utilizados para envio de entorpecentes para o interior do presídio – Prova suficiente – Comportamento do agravante incompatível com a ordem e disciplina do cárcere – Conduta que se amolda ao disposto no artigo 46, inciso VII, da Resolução SAP e artigo 52, "caput", da Lei de Execução Penal (Agravo em Execução nº 0010209-70.2021.8.26.0041 – 13ª Câmara de Direito Criminal – Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto – j. 23/08/2021).

Assim, apesar de o reeducando não ter sido surpreendido na posse da droga, isso não descaracteriza a falta a ele imputada. A tentativa é punível com a mesma pena da falta consumada, nos termos do artigo 49, parágrafo único da Lei nº 7.210/84, que dispõe: "*pune-se a tentativa com a ação correspondente à falta consumada*".

Diante desse contexto fático, a falta disciplinar de natureza grave, nos termos do artigo 52 da LEP, restou configurada, não havendo que se falar em absolvição.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao agravo em execução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal nº 0005979-70.2020.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado CLAUDINEI GANDINO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.518)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Execução Penal – Condenação pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 – Cálculo de pena para fins de livramento condicional – Delito equiparado aos crimes hediondos.

São equiparados a hediondos, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e do art. 5º, XLIII, da CF, os crimes de tortura, de terrorismo e de "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". Cumpre observar que esta última expressão não se restringe, contudo, ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devendo abranger, antes, todos os crimes previstos no Capítulo II, do Título IV, do mesmo diploma legal.

Destaque-se não constar em nenhum dos tipos penais ali previstos qualquer rubrica referente ao "tráfico de entorpecentes" ou à conduta de "traficar", cuja menção é efetuada apenas na denominação do Título IV, de mencionada Lei n. 11.343/2006, que versa a "repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas".

A melhor interpretação do texto legal deve ser no sentido de serem todas as condutas ali descritas espécies, ou modalidades, diversas de um mesmo gênero, trá-

Acesso ao Sumário

fico.

VOTO

Vistos,

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. decisão de fls. 61, do MM. Juiz Fernando Baldi Marchetti, da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execuções Criminais ("DEECRIM" 2ª RAJ) da Comarca de Araçatuba, que homologou o cálculo de penas no qual constou, para o fim de livramento condicional, o lapso necessário de 1/2 do cumprimento da pena relativo ao crime de associação para o tráfico, com relação ao sentenciado CLAUDINEI GANDINO.

Alega ser necessária a incidência da regra prevista na Lei n. 11.343/2006, que prevê lapso prisional de 2/3 para o fim de obtenção do livramento condicional.

Pleiteia, assim, a reforma do *decisum*.

Processado o agravo e mantida a r. decisão recorrida (fls. 74), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu parcial provimento.

É o Relatório.

O presente recurso merece provimento.

O agravado, que não é reincidente específico, cumpre pena de 12 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão, por violação ao art. 33, *caput*, e ao art. 35, c.c. o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006. Iniciou o cumprimento da pena em 14 de janeiro de 2016, estando o respectivo término previsto para 15 de outubro de 2028.

No cálculo homologado, restou estabelecido, para o fim de livramento condicional, o tempo mínimo de cumprimento de 2/3 da pena relativa ao tráfico de entorpecentes, considerado crime hediondo, e de 1/2 para o delito de associação para o tráfico, especificado como crime comum (fls. 60).

Razão assiste ao Ministério Público.

São equiparados a hediondos, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.072/1990[1] e do art. 5º, XLIII, da CF[2], os crimes de tortura, de terrorismo e de "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". Cumpre observar que esta última expressão não se restringe, contudo, ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devendo abranger, antes, todos os crimes previstos no Capítulo II, do Título IV, do mesmo diploma legal.

Destaque-se não constar em nenhum dos tipos penais ali previstos qualquer rubrica referente ao "tráfico de entorpecentes" ou à conduta de "traficar",

1 art. 2º da Lei n. 8.072/1990: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança.

2 art. 5º, inc. XLIII, da CF: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...].

Acesso ao Sumário

cuja menção é efetuada apenas na denominação do Título IV, de mencionada Lei n. 11.343/2006, que versa a "repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas".

A mesma lei confere, ademais, idêntico tratamento a todas as condutas previstas nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, na medida em que veda a conversão da pena privativa de liberdade decorrente de tais crimes em restritivas de direitos, bem como proíbe a concessão de sursis, e o deferimento de graça, indulto e anistia.

A melhor interpretação do texto legal deve ser no sentido de serem todas as condutas ali descritas espécies, ou modalidades, diversas de um mesmo gênero, tráfico. Todas elas se submetem, pois, às restrições referentes aos crimes hediondos ou a estes equiparados, dentre as quais da obtenção de benefícios que se conclui serem aplicáveis.

Quanto ao livramento condicional, a Lei n. 8.072/90 acrescentou ao art. 83 do Código Penal o inciso V, que assim dispõe:

> [...] cumprido mais de dois terços da pena nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Não há, com efeito, diferença ontológica entre as condutas previstas, por exemplo, no art. 33, *caput*, e 35 do diploma legal em tela, não havendo motivo para criar tratamento jurídico diverso e menos rigoroso às ações tipificadas no segundo dispositivo legal.

Observados, portanto, os limites do recurso Ministerial, a r. decisão recorrida deve ser cassada na parte em que estabeleceu o cumprimento de no mínimo 1/2 das penas como requisito objetivo necessário à obtenção do livramento condicional. Determina-se a realização de novo cálculo de penas, no qual seja considerado o cumprimento de mais de 2/3 para pleitear o referido benefício.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público, para cassar a decisão homologatória do cálculo de penas, na parte relativa à contagem do tempo necessário ao livramento condicional, e determinar a elaboração de outro no qual conste como imprescindível ao referido benefício pela prática do crime de associação para o tráfico o cumprimento de mais de 2/3 da pena.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0005486-10.2021.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é agravante

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado RICARDO RAFAEL BERNARDES SILVA DOS SANTOS.

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: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo, assim, a respeitável decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 27.232)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: Agravo em Execução Penal – Recurso ministerial – Prescrição da pretensão executória – Termo inicial – Data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação – Exegese do artigo 112, inciso I, do Código Penal – Trânsito em julgado para ambas as partes – Anti-interferência – Marco interruptivo inserto no artigo 117, inciso IV, do Código Penal, que se entrelaça com a prescrição da pretensão punitiva, não com a executória – Reconhecimento – Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos...

Cuida-se de agravo em execução interposto contra a parte da respeitável decisão que deferiu o pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão executória da pena restritiva de direitos imposta ao reeducando Ricardo Rafael Bernardes Silva dos Santos, declarando, pois, extinta a punibilidade nos autos da ação penal nº 0009929-82.2013.8.26.0590, da 1ª Vara Criminal de São Vicente (fls. 08/10).

O Ministério Público recorre, em busca da reversão da decisão, "...para o fim de cassar a declaração de extinção da punibilidade do agravado, bem como determinar o prosseguimento do cumprimento da pena..." (fls. 02/07).

O recurso foi contrariado (fls. 15/19), contando os autos com decisão mantenedora em sede de juízo de retratação (fls. 20) e parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo desacolhimento do reclamo ministerial (fls. 28/31).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O inconformismo não procede.

Primeiro, porque a data do trânsito em julgado para a acusação é que deve ser considerada como marco inicial da prescrição da pretensão executória.

O artigo 112, inciso I, do Código Penal, dispõe expressamente que ***"no caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I – 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 sentença condenatória só se torna imutável após o trânsito em julgado para as partes, mas, para efeitos de prescrição da pretensão executória, o termo inicial é a data em que se dá o trânsito em julgado para a acusação.

Julio Fabbrini Mirabete prelecionava que "***o termo inicial do prazo da prescrição da pretensão executória não é o do trânsito em julgado para ambas as partes, como na legislação anterior, mas o trânsito em julgado para a acusação. Passando em julgado a sentença condenatória para a acusação, a pena não mais pode ser aumentada, por não ser possível a revisão 'pro societate, e assim, começa a ser contado o prazo da prescrição da condenação, quer para a pena privativa de liberdade, quer para a pena restritiva de direito (arts. 44 e 109, parágrafo único), ou para a multa, quando esta for a única aplicada (art. 114, I)***" (*in* "Código Penal Interpretado", Ed. Atlas, 9ª edição, 2015, pág. 706).

Guilherme de Souza Nucci, criticando a disposição, conclui que o termo inicial da prescrição da pretensão executória "...é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação" (*in* "Código Penal Comentado", Ed. Forense, 14ª edição, 2014, pág. 626).

Cezar Roberto Bitencourt, cuidando do tema, assenta que "...***o prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o 'pressuposto básico' para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser intercorrente***" (*in* "Tratado de Direito Penal", Ed. Saraiva, 10ª edição, 2006, pág. 883).

Acesso ao Sumário

Esta Relatoria, analisando recentemente caso análogo, assim já se pronunciou:

> "***Agravo em Execução Penal – Prescrição da pretensão executória – Termo inicial – Data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação – Exegese do artigo 112, inciso I, do Código Penal – Trânsito em julgado para ambas as partes – Anti-interferência – Marco interruptivo inserto no artigo 117, inciso IV, do Código Penal, que se entrelaça com a prescrição da pretensão punitiva, não com a executória – Reconhecimento – Precedentes – Decisão reformada – Recurso provido***." (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0010783-66.2021.8.26.0050, DJ 07.06.2021, v.u.).

O entendimento, ora perfilhado, encontra respaldo em precedentes ajustáveis à espécie:

"***Agravo em Execução. Extinção da punibilidade do sentenciado. Prescrição da pretensão executória reconhecida pelo Juízo de Primeiro Grau. Recurso ministerial sustentando a necessidade de transito em julgado para ambas as partes. Improcedência. Suficiência do trânsito em julgado para acusação. Inteligência do art. 112, I, do Código Penal. Decisão mantida. Recurso improvido."*** (AE nº 0032970-68.2014.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, DJ 23.10.2014).

"*Execução Penal. Prescrição da pretensão executória. Decisão atacada que indeferiu o pleito de reconhecimento da aludida causa extintiva de punibilidade, ao argumento central de que seu dies a quo deve ser contado da data do trânsito em julgado para ambas as partes. Recurso que pede a reforma da decisão, contando-se o termo inicial a partir da data do trânsito em julgado para a acusação, reconhecendo-se, consequentemente, o advento da prescrição da pretensão executória estatal. Provimento. Inteligência do artigo 112, inciso I, do C. Penal. Agravo provido, com determinação.*" (AE nº 0002693-65.2016.8.26.0496, Rel. Des. Pinheiro Franco, DJ 15.12.2016).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça não destoa do referido entendimento:

"1. O relator, monocraticamente, poderá dar ou negar provimento ao recurso especial quando houver entendimento dominante acerca do tema. Súmula n. 568 do STJ. 2. Consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o termo a quo para a contagem da prescrição da pretensão executória consiste no trânsito em julgado para a acusação, consoante exegese do art. 112, I, do Código Penal. 3. Agravo regimental não provido." (6ª Turma, AgRg no REsp nº 1471505/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 27.09.2017).

O Excelso Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de decidir:

"1. A prescrição regula-se pela pena aplicada depois de proferida a sentença condenatória, sendo que, cuidando-se de execução da pena, o lapso prescricional flui do dia em que transitado em julgado para a acusação, conforme previsto no artigo 112 combinado com o artigo 110 do Código Penal. Precedentes: HC 113.715, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, ***DJe 28/5/2013, HC 110.133, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/4/2012, ARE 758.903, Rel. Min. Cármen*** Lúcia, Segunda Turma, ***DJe de 24/9/2013. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: 'AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL DO PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO.' 3. Agravo regimental DESPROVIDO."*** (1ª Turma, ARE nº 764385/DF AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe

Acesso ao Sumário

28.05.2014).

Enfim, exigir o trânsito para ambas as partes como termo inicial da contagem do lapso prescritivo da pretensão executória, em desacordo com o texto expresso de lei, constituiria a inauguração de novo marco interruptivo da prescrição, não previsto no rol taxativo do artigo 117, do Código Penal, em intolerável afronta ao princípio da reserva legal e à vedação da aplicação de qualquer analogia em prejuízo do acusado.

Em segundo lugar, porque, sem adentrar na controvérsia instalada sobre a existência ou não de caráter interruptivo da publicação do acórdão confirmatório, o fato é que a causa prevista no artigo 117, inciso IV, do Código Penal, entrelaça-se com a prescrição da pretensão punitiva, não com a executória.

Pois bem.

O agravado foi definitivamente condenado por incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicialmente aberto, substituída a privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da reclusiva, além de 10 (dez) dias-multa menores (vide fls. 14/22 e 33/34, dos autos nº 0009454-19.2019.8.26.0590).

O trânsito em julgado da condenação para a acusação ocorreu em 07 de abril de 2017 e, para a defesa, somente em 12 de outubro de 2018 (vide fls. 24 e 27, respectivamente, dos autos nº 0009454-19.2019.8.26.0590).

Logo, como a pena aplicada definitivamente prescreve em quatro anos (CP, art. 109, inciso V e parágrafo único) e, como referido quadriênio prescribente decorreu integralmente desde o trânsito em julgado para a acusação (07.04.2017 – fls. 24, dos autos nº 0009454-19.2019.8.26.0590) sem que se tenha dado início à expiação da restritiva de direitos, ao menos até a respeitável decisão que deferiu o reconhecimento da prescrição (01.07.2021 – fls. 08/10), inarredável o reconhecimento de que se operou a prescrição da pretensão executória estatal.

Registre-se, por fim, que a imposição do trânsito em julgado para a promoção da execução das penas restritivas de direito, prevista no artigo 147, da Lei nº 7.210/1984, não tem o condão de alterar o desate aqui materialmente adotado.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo, assim, a respeitável decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003719-44.2021.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é agravante LETÍCIA FERNANDA GARCIA, é agravado 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: Por maioria de votos, DERAM PROVIMENTO ao recurso para conceder à sentenciada LETÍCIA FERNANDA GARCIA, qualificada nos autos, o livramento condicional; vencido o Relator Sorteado, que negava provimento. **(Voto nº 30.794)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO, vencedor, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, vencido, CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 11 de novembro de 2021.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator Designado

Ementa: AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDEFERIMENTO. Insurgência da defesa. Exame criminológico determinado na origem. Laudo pericial favorável ao regime semiaberto que inegavelmente reforça, na hipótese, o pleito mais amplo. Sentenciada que reúne os requisitos objetivo e subjetivo previstos no artigo 83 do Código Penal. Desnecessidade de prévia progressão ao regime intermediário. Precedentes desta Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por LETÍCIA FERNANDA GARCIA contra a r. decisão (fls. 47/50) que deferiu a progressão ao regime semiaberto e indeferiu o pedido de livramento condicional, por entender haver necessidade de prévia passagem pelo regime intermediário como prova de absorção da terapêutica penal.

Sustenta a defesa, em apertada síntese, a inexistência de óbice à concessão da liberdade condicional (fls. 1/8).

Oferecida contraminuta (fls. 55/59) e mantida a r. decisão (fls. 61), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 71/75).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular e de admissibilidade para, no mérito, dar-lhe provimento.

Segundo consta do Boletim Informativo (fls. 32/37), LETÍCIA FERNANDA GARCIA, qualificada nos autos, cumpre pena de 12 (doze) anos, 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias decorrente da prática de crimes de tráfico de entorpecentes, favorecimento real e furto, com término previsto para 5 de agosto de 2025.

O requisito temporal para a obtenção do almejado benefício foi implementado em 27 de janeiro de 2021 (fls. 26).

No mais, igualmente atendido o requisito subjetivo, pois além de ostentar ótimo comportamento carcerário (fls. 31), não contando com anotação de falta disciplinar de qualquer natureza durante o curso da execução (fls. 36), foi submetida, recentemente, à avaliação criminológica (fls. 39/43), obtendo parecer favorável à progressão ao regime intermediário; o que reforça, inegavelmente, na hipótese, a possibilidade de concessão do livramento condicional.

Com efeito, o relatório psicológico destacou que a reeducanda *apresenta evidências de arrependimento, consciente acerca dos malefícios do uso das drogas e do impacto social causado na vida das pessoas* (fls. 40); *demonstrou indicativos de evolução no processo de ressocialização* (*idem*, fls.); *projeta seu futuro pautado na convivência familiar e no trabalho* (*idem*, fls.); *revela disponibilidade para atitudes socialmente positivas, como também maior tolerância a frustrações* (*idem*, fls.); *e possui suporte familiar para a superação das intercorrências do dia a dia, como também, apresentou recursos subjetivos para contenção dos impulsos* (*idem*, fls.).

E o relatório social apontou que *consegue fazer autocrítica sob a sua situação atual e afirma arrependimento* (*sic*, fls. 43); *no que diz respeito aos entorpecentes, diz que não pretende fazer uso novamente, pois sabe das consequências que o vício trouxe para a sua vida* (*idem*, fls.); *discorre sobre os fatos de sua vida com sensatez; faz planos futuros condizentes com sua realidade atual (idem,* fls.*); aparenta controle emocional estável* (*idem*, fls.); *demonstra desejo de mudança em sua vida* (*idem*, fls.); *e sabe das dificuldades que encontrará para reintegrar-se novamente na sociedade, mas conta com o apoio dos familiares para vencer as dificuldades* (*idem*, fls.).

Demais disso, possui registro recente de atividade laborativa (fls. 30 e 36), e desde que transferida ao regime intermediário inexiste qualquer notícia ou incidente desabonador, tendo usufruído de saída temporária sem qualquer intercorrência (cf. pesquisa realizada junto ao SIVEC).

De consignar-se, ainda, que a lei não exige a prévia progressão ao regime semiaberto para o deferimento da benesse, que está apenas sujeita ao preenchimento dos requisitos objetivo (temporal) e subjetivo, conforme disposto no artigo 83 do Código Penal, não apresentando vinculação alguma com o sistema progressivo de cumprimento da pena.

Nessa vertente, os precedentes desta Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso defensivo. Decisão que indeferiu o pedido de livramento condicional. Inexistência de previsão legal no sentido de que o sentenciado deva ser submetido ao regime intermediário para fazer jus ao livramento condicional. Atendimento aos requisitos objetivo e subjetivo. Benefício concedido. Recurso provido.* (Agravo de Execução Penal 0010991-59.2020.8.26.0996; Relator Desembargador LEME GARCIA; Presidente Prudente/DEECRIM UR5 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ; Data do Julgamento: 19/02/2021; Data de Registro: 19/02/2021).
>
> *AGRAVO EM EXECUÇÃO – Livramento condicional – Indeferimento – Necessidade de permanência do sentenciado no regime intermediário para posterior livramento – Inadmissibilidade – Sentenciado que ostenta requisitos objetivo e subjetivo exigidos para a concessão do benefício – TCP previsto para 09.03.2022 – Recurso provido.* (Agravo de Execução Penal 0011272-67.2020.8.26.0041; Relator Desembargador NEWTON NEVES; Santos/DEECRIM UR7 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 7ª RAJ; Data do Julgamento: 02/02/2021; Data de Registro: 02/02/2021).
>
> *Agravo em execução. Pleito defensivo de reforma da decisão que indeferiu a concessão de livramento condicional ao agravante. Presentes os requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício. Desnecessidade de prévia passagem pelo regime prisional semiaberto. Reforma da decisão agravada. Recurso provido* (Agravo de Execução Penal 7000017-28.2020.8.26.0482; Relator Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI; Foro de Presidente Prudente - 1ª. Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 05/09/2020; Data de Registro: 05/09/2020).

Atendidos, pois, os pressupostos legais, de rigor a concessão do livramento condicional.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para conceder à sentenciada LETÍCIA FERNANDA GARCIA, qualificada nos autos, o livramento condicional.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003505-86.2021.8.26.0026, da Comarca de Bauru, em que é agravante CLAUDINE JOSE CORDEIRO, 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: Deram provimento ao recurso para declarar remidos 66 (sessenta e seis) dias, do total das penas impostas ao sentenciado CLAUDINE JOSE CORDEIRO, relativos à aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.855)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 11 de novembro de 2021.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Remição de Pena. Conclusão e aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA – POSSIBILIDADE – Recomendação nº 44 do CNJ que abrange o referido exame. Interpretação extensiva do dispositivo legal da Lei de Execução Penal. Aplicação da recomendação e do art. 126, §1º, inciso I e §5º, da LEP. Recurso provido.

VOTO

Em agravo de execução, pretende o agravante **CLAUDINE JOSE CORDEIRO**, a reforma da r. decisão que indeferiu o pedido de remição, pela conclusão e aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA, ao argumento de que seria necessária a comprovação de estudo durante o cumprimento da pena (fls. 14/15).

Aduz o agravante que o CNJ emitiu a Recomendação n. 44, de 26/11/2013, a fim de permitir e viabilizar a remição por pela conclusão do ensino médio e aprovação no Enem e ENCCEJA, conforme previsão expressa em seu art. 1º, inciso IV.

Requer, assim, a reforma da decisão atacada, para que seja deferida a remição da pena do agravante (fls. 01/06).

Acesso ao Sumário

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu que seja **provido** o recurso (fls. 19/22).

Mantida a decisão atacada (fls. 23).

Nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do agravo (fls. 35/37).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

Em que pese o posicionamento do Juízo "a quo", em se tratando de conclusão e aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA, o certo é que a Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, em 26/11/2013, aduz o seguinte:

"Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

...

IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio" (grifo nosso).

Pois bem.

Dessa forma, entendo que a remição e o acréscimo previsto no §5º, do art. 126, da Lei de Execução Penal, não pode se limitar apenas a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, devendo a conclusão e aprovação no ENCCEJA ser abrangido, nos termos da Recomendação nº 44 do CNJ, sendo tal modalidade uma extensão do estudo, previsto no art. 126, da Lei de Execução Penal.

Ainda que a Recomendação não possua efeito vinculante, deve-se levar em consideração que a aprovação nesse exame será extremamente importante para a ressocialização do sentenciado, que ao sair da unidade prisional poderá ter novas oportunidades, aumentando suas chances de se colocar no mercado de trabalho que já é tão difícil para pessoas primárias, o que se dirá de pessoas

Acesso ao Sumário

condenadas.

Em um ambiente hostil, como é o das penitenciárias, a frequência a cursos, para aqueles que se dispõem, tem um papel importantíssimo, principalmente, na regeneração do ser-humano e tornar o clima daquele ambiente mais ameno.

Entendo, portanto, que o deferimento da remição e o acréscimo do §5º, do art. 126, da Lei de Execução Penal devem ser aplicados para aprovação no ENCCEJA, que restou comprovada, conforme fls. 09/13.

Assim, levando em consideração que a carga horária do ensino médio é de 1.200 (mil e duzentas) horas, para fins da presente remição, nos termos da Recomendação mencionada, extrai-se 50%, perfazendo 600 (seiscentas) horas.

Acrescentando-se 1/3 (um terço), de acordo com o art.

126, §5º, da Lei de Execução Penal, tem-se 800 (oitocentas) horas.

Contando-se 1 (um) dia para cada 12 (doze) horas de frequência escolar, nos termos do art. 126, §1º, inciso I, da Lei de Execução Penal, tem-se remidos, portanto, 66 (sessenta e seis) dias.

Desse modo, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao presente agravo para declarar remidos 66 (sessenta e seis) dias, do total das penas impostas ao sentenciado **CLAUDINE JOSE CORDEIRO**, relativos à aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003157-72.2021.8.26.0154, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante GUILHERME CECILIO SOARES DA SILVA, 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: Deram provimento ao recurso e absolveram o sentenciado para afastar a infração administrativa. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.784)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Falta grave. Tatuagem. Facção criminosa. Ausência de previsão no rol taxativo do art. 50 da Lei de Exec. Penal. Descabimento da aplicação de analogia 'in malam partem'. Reforma da r. decisão. Agravo provido.

VOTO

Cuida-se de agravo em execução penal interposto contra a r. decisão de fls. 44/47, que reconheceu a prática de infração disciplinar de natureza grave cometida pelo sentenciado, declarando a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos e o reinício da fluência do prazo para fins de progressão de regime prisional.

Não resignado, recorre o sentenciado para, em resumo, sustentar a atipicidade de sua conduta, pois o simples fato de carregar consigo uma tatuagem não implicaria em dizer que estaria subvertendo a ordem e disciplina da unidade prisional. Alega, igualmente, que seu comportamento não encontra correspondência com as hipóteses do rol taxativo das faltas graves.

Requer, nestes termos, a absolvição da infração administrativa. Subsidiariamente, postula a perda dos dias remidos no patamar de 1 (um) dia (fls. 1/7).

Nos autos estão a resposta do agravado (fls. 56/64), o despacho que confirmou a r. decisão (fl. 65) e o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, este pelo desprovimento (fls. 73/78).

É o resumo do quanto necessário.

Voto n. 52.784

Respeitosamente, dada a atipicidade acolho o recurso.

Cuida-se de sentenciado que teve contra si reconhecida a prática de infração disciplinar, ocorrida em 25.5.2021, pois teria se intitulado membro de organização criminosa e apresentado tatuagem em sua mão esquerda que faria referência a tal fato. Ouvido no curso da sindicância, na presença de Advogado da FUNAP, negou os fatos descritos na comunicação de evento. Confira-se a leitura de fl. 23.

Nos depoimentos os agentes de segurança penitenciária José Romano Neto de Carvalho e Ivan Bertuolo Peres narraram que, ao realizar o procedimento de inclusão do sentenciado, ele se afirmara membro de organização criminosa, além de ter apresentado tatuagem em sua mão esquerda que faria alusão a tal facção (fls. 21/22).

Respeitosamente, não obstante os fatos descritos e narrados pelos funcionários públicos, temos não ser o caso de reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave, sempre preservado o elevado convencimento de S. Exa., o MM. Juiz. O rol taxativo do art. 50 da Lei de Exec. Penal não prevê como infra-

Acesso ao Sumário

ção administrativa o fato de alguém integrar organização criminosa, se caso for. Data vênia, não nos parecer cabível fazer analogia com o quanto disposto pelo inc. I do art. 50 da Lei n. 7.210/1984, na medida em que para esta infração ser concretizada deveria o interno realizar atos concretos que colocassem em risco ordem e disciplina locais.

Aqui não existência referência a atos concretos que imputem a prática de subversão pelo ora recorrente.

Destarte, mais uma vez preservado o convencimento do MM. Juiz, temos que a hipótese é de reconhecimento da atipicidade da conduta e, por consequência, a absolvição da infração administrativa e seus efeitos decorrentes.

Daí que dou provimento ao recurso e absolvo o sentenciado para afastar a infração administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001893-69.2021.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ATHAYL JOSE VIEIRA JUNIOR.

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 ministerial para restabelecer a pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da corporal, a ser cumprida por Athayl José Vieira Júnior. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.561)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), MAURICIO VALALA e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE DEVE SER REFORMADA A DECISÃO, PARA O RESTABELECIMENTO DA PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE PELO AGRAVADO.

CASO EM QUE A PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE É PREVISTA EM LEI, E DECORREU DE DECISÃO

PROFERIDA NO JUÍZO DE CONHECIMENTO, COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA AS PARTES, QUE GEROU TÍTULO EXECUTIVO IMUTÁVEL, PROTEGIDO PELO MANTO DA COISA JULGADA, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM MODIFICAÇÃO DA MESMA.

Recurso provido.

VOTO

1 – Trata-se de agravo em execução ajuizado pelo representante do Ministério Público, em desfavor de Athayl José Vieira Júnior, contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Santos, pela qual foi, em caráter excepcional, convertida a pena substitutiva da corporal, consistente em prestação de serviços à comunidade, em limitação de final de semana, nos termos dos artigos 66, V, da LEP e 48, do Código Penal, devendo o condenado permanecer em sua residência por cinco horas aos sábados e cinco horas aos domingos, consignado iniciado o desconto da pena desde a paralisação dos trabalhos presenciais (fls. 17/19).

Aduz a doutora Promotora de Justiça que a decisão monocrática deve ser reformada, argumentando a pena de prestação de serviços a comunidade, de caráter substitutivo, é aplicável às condenações a pena privativa de liberdade superiores a seis meses, como se dá no caso concreto, enquanto aquela de limitação de final de semana é aplicável a penas inferiores a esse patamar, e portanto, são mais brandas. Acrescenta que a justificativa para aplicação de reprimenda mais branda e não suficiente à necessária repressão penal, ofertada pelo Magistrado, não encontra amparo legal, e demonstra falta de razoabilidade. Conclui postulando o provimento do agravo para ser reformada a decisão monocrática, restabelecendo-se a pena de prestação de serviços a comunidade imposta (fls. 02/04).

O doutor Defensor ofertou contraminuta, pretendendo o desprovimento do recurso, e a manutenção da decisão atacada (fls. 23/32).

A r. decisão de indeferimento foi mantida (fl. 33).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor José Sílvio Codogno, pronunciou-se pelo provimento do agravo ministerial (fls. 45/48).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - No caso vertente, o presente recurso comporta provimento.

Da cópia da sentença penal condenatória transitada em julgado, juntada as fls. 07/14, depreende-se que o agravado foi condenado ao cumprimento da pena corporal de um ano de reclusão, em regime prisional aberto, tendo sido substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos, consistente a

Acesso ao Sumário

primeira em prestação de serviços a comunidade pelo mesmo prazo daquela, e a segunda em obrigação de frequência a grupo de apoio a narcodependentes pelo prazo de três meses, uma vez por semana, por infração aos ditames do artigo 310, da Lei nº 9.537/90 e 244-B do ECA.

Não há que se falar em modificação, em sede de execução, de título que impôs tal pena, e que de há muito já transitou em julgado (desde 03/06/2019 – fl. 05), mormente porque o artigo 148, da Lei de Execução Penal, apenas prevê que tal modificação seja possível para adequar o cumprimento das penas substitutivas, diante das necessidades do condenado, sem que tal autorize modificação das penas impostas após decisão proferida no Juízo de Conhecimento, que inclusive transitou em julgado, o que tornou imutável tal *decisum.*

Cumpre ressaltar que as restrições impostas ao cotidiano do homem médio, em razão da pandemia, além de não serem perpétuas, se encontram em franca fase de abrandamento, inclusive com retorno às aulas presenciais, e retomada de inúmeros serviços públicos, com observância a todos os protocolos que visam o controle da propagação do vírus, não havendo, nem mesmo sob a égide da excepcionalidade, fundamento que justifique a alteração do título judicial condenatório.

Em caso idêntico, esta Câmara já decidiu: - **"Agravo em Execução – Sentenciado que foi condenado a pena de reclusão superior a 02 anos, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária – R. decisão recorrida que determinou a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade por limitação de final de semana – Pleito Acusatório requerendo seja restabelecida a prestação de serviços à comunidade – Cabimento. Patamar da pena imposta no édito condenatório que indica ser mais adequada ao caso concreto a prestação de serviços à comunidade, em conformidade ao art. 46, do Código Penal art. 148, da Lei nº 7.210/84, que autoriza ao Juiz da Execução tão somente a modificação da forma de cumprimento da restritiva de direitos, inexistindo previsão de alteração da natureza da pena imposta – Eventual alteração da restritiva de direitos que atentaria contra a coisa julgada material – R. decisão que deve ser reformada, restabelecendo-se a prestação de serviços à comunidade – Recurso provido"**. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0001671-04.2021.8.26.0073; Relatora: Ely Amioka; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Avaré - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/08/2021; Data de Registro: 03/08/2021).

No mesmo sentido: - "**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – Conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em limitação de fim de semana – Impossibilidade – Hipótese de reforma da decisão, tal qual pleiteado pelo órgão do Ministério Público. Agravo ministerial provido**".

Acesso ao Sumário

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0001670-19.2021.8.26.0073; Relator: Marcos Correa; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Avaré - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/08/2021; Data de Registro: 04/08/2021).

Em assim sendo, não há como se manter a decisão monocrática.

Isto posto, dá-se provimento ao agravo ministerial para restabelecer a pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da corporal, a ser cumprida por **Athayl José Vieira Júnior.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003032-30.2021.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JAIR VITORIANO DA COSTA.

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 25.991)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente) e MARCELO SEMER.

São Paulo, 19 de novembro de 2021.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: Agravo em execução: progressão de regime, cálculo de pena, anotado o percentual de 40% (fração de 2/5). Recurso ministerial – Art. 172 da Lei 7.210/1984: debate sobre a suficiência de reincidência genérica e necessidade de reincidência específica – STJ/Tema 1084: tese fixada para que "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" – Condenação pelo art. 33, *caput*, Lei 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003: reincidência genérica. Percentual de 40%: adequação (art. 112, V, LEP) –

Acesso ao Sumário

Recurso ministerial não provido.

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo da r. decisão que determinou a retificação do cálculo de penas, aplicando-se o percentual de 40% para fins de progressão de regime prisional.

Em síntese, objeta que deve ser adotado o índice de 60%, sendo descabida a consideração de não haver reincidência específica.

Apresentada contraminuta (fls. 104/112) e mantida a decisão agravada (fls. 114), nesta Instância, manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 122/127).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que o sentenciado cumpre reprimenda corporal total de 18 (dezoito) anos, 03 (três) meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, em decorrência da condenação pelos crimes de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06), associação ao tráfico de drogas, (art. 35 da Lei 11.343/06) e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03).

Nesse contexto, acerca do rico debate sobre a exegese atual devida ao art. 112, da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, o Tema/STJ 1084 firmou o entendimento de que 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.

Isso porque, como ementado no v. acórdão *leading case* do Enunciado:

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 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*

Acesso ao Sumário

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.

- STJ: REsp 1.910.240, 3ª Seção, rel. Min. Schietti Cruz, j. 26.5.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Desse modo, como a questão versa sobre *tese jurídica fixada, para os fins previstos no art. 1.036 do Código de Processo Civil*, prevalece que:

2. Firmou-se nesta Corte Superior o entendimento no sentido de ser irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo). Interpretação da Lei 8.072/90. Precedentes.

3. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em 23/1/2020, todavia, foi revogado expressamente o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 (art. 19 da Lei n. 13.964/2019), passando a progressão de regime, na Lei de Crimes Hediondos, a ser regida pela Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

4. A nova redação dada ao art. 112, da Lei de Execução Penal modificou por completo a sistemática, introduzindo critérios e percentuais distintos e específicos, a depender especialmente da natureza do delito.

5. Na espécie, o apenado foi condenado pela prática do delito de tráfico de drogas (equiparado a hediondo), tendo sido reconhecida sua reincidência devido à condenação definitiva anterior pela prática de crimes comuns de natureza patrimonial.

6. Para tal hipótese – reincidência genérica ou não específica inexiste na ***novatio legis*** *percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, sendo certo que os percentuais de 60% e 70% foram destinados aos reincidentes específicos.*

7. Como é cediço, em direito penal, não se admite o uso de interpretação extensiva para prejudicar o réu, impondo-se, ante a omissão legislativa, a integração da norma mediante a analogia ***in bonam partem****, para aplicar o percentual equivalente ao previsto para o primário (art. 112, inciso V, da LEP), qual seja, o de 40%, para fins de cálculo da progressão de regime prisional. Precedentes.*

8. Agravo regimental não provido.

- STJ: AgInt no REsp 1.940.377, 5ª Turma, rel. Min. Soares da Fonseca,

Acesso ao Sumário

j. 8.7.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Deste modo, é aplicável o percentual de 40% aos réus reincidentes em delitos não hediondos ou a eles equiparados, à semelhança do sentenciado.

Por derradeiro, houve pacificação da questão com o julgamento do ARE 1.327.963, em 17 de setembro de 2021, COM REPERCUSSÃO GERAL, DO TEMA 1169 pelo Colendo Supremo Tribunal Federal sendo que, vencido o Eminente Ministro Luiz Fux, RESTOU RECONHECIDA A INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO DE 40% AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS, SEM A OCORRÊNCIA DO EVENTO MORTE, AOS REINCIDENTES NÃO ESPECÍFICOS, cuja súmula registrou:

"O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Luiz Fux".

Correto, portanto, o cálculo como homologado pelo MM. Juízo *a quo*.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0009952-20.2021.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante RAFAEL PEREIRA DE ANDRADE, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 agravo para, mantida a revogação do livramento condicional, afastar o reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave e todas as consequências dela decorrentes, incluindo a perda dos dias remidos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.704)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), MARIA TEREZA DO AMARAL e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Livramento condicional – Revogação do benefício – Prática de novo delito durante o período de

provas – Consequências – Limitação àquelas previstas no art. 88 do Código Penal e art. 142 da Lei de Execução Penal – Reconhecimento da conduta como falta disciplinar de natureza grave – Não cabimento – Instituto que não integra o sistema progressivo de pena – Recurso provido para afastar o reconhecimento da falta disciplinar e suas consequências.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo em execução apresentado por **RAFAEL PEREIRA DE ANDRADE**, contra a r. decisão de fls. 68/69, proferida pela MMª Juíza de Direito Dra. Roberta Cristina Morão, da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal - DEECRIM 4ª RAJ, Comarca de Campinas, que revogou o livramento condicional, em razão da superveniência de condenação definitiva pela prática de crime doloso praticado no curso do benefício, e considerou esse evento como falta disciplinar de natureza grave, determinando a perda de 1/3 dos dias remidos.

Sustenta a Defensoria Pública, que a revogação do livramento condicional não pode gerar efeitos além daqueles expressamente previstos nos arts. 86 e 88 do Código Penal, de maneira que devem ser afastadas as consequências práticas de falta grave, especialmente a perda dos dias remidos e a regressão a regime mais gravoso (fls. 1/8).

Contrariado o recurso (fls. 74/75) e mantida a decisão (fls. 76), subiram os autos a este E. Tribunal de Justiça.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do recurso (fls. 84/85).

É o relatório.

Cuida-se de recurso interposto por Rafael Pereira de Andrade contra a r. decisão de fls. 68/69, que revogou o livramento condicional concedido, em razão da superveniência de condenação definitiva pela prática de crime doloso praticado no curso do benefício e considerou esse evento como falta disciplinar de natureza grave, determinando a perda de 1/3 dos dias remidos.

E, na análise dos argumentos trazidos com o recurso, forçoso concluir que procede o inconformismo da Defesa.

De fato, não se discute que o agravante, no gozo do benefício do livramento condicional, praticou fato definido como crime doloso e que, posteriormente, com o advento da condenação irrecorrível, teve revogado esse benefício, nos termos do art. 86, inciso I, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Na realidade, a irresignação da Defesa se limita às consequências impostas dessa revogação, que culminou no reconhecimento do fato como infração disciplinar de natureza grave e decretação da perda de 1/3 dos dias remidos.

Ora, como se sabe, a prática de fato definido como crime doloso durante o período de provas do livramento condicional traz consequências próprias, e expressamente previstas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, de sorte que não comporta qualquer alargamento, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Nos termos do art. 88 do Código Penal, "***revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado***".

Além disso, o art. 142 da Lei de Execução Penal dispõe que: "***No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento***".

Como se depreende da leitura dos citados dispositivos, não há previsão legal que atribua àquele que infringe as condições do livramento condicional, também efeitos semelhantes aos daquele que desrespeita o sistema progressivo de cumprimento de pena, e tem sua conduta qualificada como infração disciplinar de natureza grave, já que são institutos jurídicos distintos que ostentam regramento diversos.

Tanto é que o art. 50, inciso V, da Lei de Execução Penal, ao prever como falta grave o descumprimento das condições impostas ao regime aberto, nada dispôs acerca do livramento condicional.

Vale dizer, se o legislador tivesse a intenção de punir do mesmo modo aquele que infringe as condições do livramento condicional e descumpre as condições do regime aberto, o teria feito no mesmo dispositivo.

E, não se trata, vale frisar, de condescendência para com o condicionalmente liberto infrator, pois, na realidade, a punição para esses casos se dará, como se viu, com a revogação do benefício, perda do tempo que esteve solto e impossibilidade de usufruir novamente o benefício, ou seja, não passará impune.

Esse, aliás, é o entendimento recente das duas Turmas do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"***HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE (NOVO CRIME) DURANTE PERÍODO DE PROVA DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. CONSECTÁRIOS LEGAIS PRÓPRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira***

Acesso ao Sumário

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. II 'Assente nesta eg. Corte que 'A prática de crime no curso do período de prova do livramento condicional não tem o condão de gerar os efeitos próprios da prática de falta grave (...) mas tão somente, após a efetiva revogação, a perda do tempo cumprido em livramento condicional e a impossibilidade de nova concessão do benefício no tocante à mesma pena? (HC n. 271.907/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 14/4/2014). III - Acerca da suspensão do período de prova diante da notícia da prática de fato relevante, "Firmou-se nesta Superior Corte de Justiça diretriz jurisprudencial no sentido de que cabe ao juízo da Vara de Execuções Penais, nos termos do art. 145 da Lei n. 7.210/1984, quando da notícia do cometimento de novo delito no período do livramento condicional, suspender cautelarmente a benesse, durante o período de prova, para, posteriormente, revogá-la, em caso de condenação com trânsito em julgado' (HC n. 381.230/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/2/2017). IV - Cumpre observar, ademais, que a suspensão do livramento condicional e a consequente expedição de mandado de prisão para recolhimento do apenado não dependem do trânsito em julgado da ação penal instaurada para apuração do novo fato. Habeas corpus não conhecido". (HC 689.048/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021);

"***AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE NOVO CRIME DURANTE O PERÍODO DE PROVA REGRAMENTO PRÓPRIO. CONSECTÁRIOS LEGAIS DA FALTA GRAVE. AFASTAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Entende o STJ que não configura prática de falta grave a hipótese de cometimento de novo crime no curso do livramento condicional, pois, nesse caso, o benefício deverá ser revogado e o tempo que o reeducando esteve solto não será decotado da pena, nos termos do art. 86, I, e art. 88, do Código Penal, bem como o art. 145 da LEP. Precedentes. 2. O livramento condicional ostenta a peculiaridade de ser um benefício que, embora submetido à disciplina regular da execução penal, é usufruído integralmente fora do sistema prisional, característica que determina tratamento específico. Portanto, inexiste previsão legal de outas sanções que não a suspensão ou revogação do benefício e a de não se descontar da pena o tempo que o apenado esteve liberado, inadmissível, assim, ante o princípio da legalidade, estender a esta hipótese a possibilidade de configuração de falta grave e de todos os consectários que lhe***

Acesso ao Sumário

são inerentes, como, no caso, a determinação de realização de audiência de justificação, nos termos do art. 118, § 2º, da LEP, para apuração da respectiva falta grave. 3. Agravo regimental improvido". (AgRg no HC 617.911/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021).

Portanto, como as consequências jurídicas para o descumprimento das condições do livramento condicional são próprias e não abarcam aquelas reservadas aos condenados que praticaram infração disciplinar de natureza grave, o provimento do recurso é medida que se impõe à correta solução do caso em questão.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao agravo para, mantida a revogação do livramento condicional, afastar o reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave e todas as consequências dela decorrentes, incluindo a perda dos dias remidos.**

Apelações

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

Acesso ao Sumário

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 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 re-

Acesso ao Sumário

corrida 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 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

Acesso ao Sumário

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).

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

Acesso ao Sumário

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.

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.

Acesso ao Sumário

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 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 0022904-24.2011.8.26.0068, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é apelante ANTONIO CARLOS SOUZA LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.723)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente), MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

São Paulo, 27 de outubro de 2021.

REINALDO CINTRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Art. 302 do CTB. Sentença condenatória. Insurgência defensiva.

Tese de absolvição afastada. Prova oral que revela que o apelante agiu com imprudência ao proceder marcha em ônibus mesmo tendo visto que a vítima fatal estava a caminho do leito carroçável.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **ANTONIO CARLOS SOUZA LIMA** (fls. 312/323) em face da r. sentença de fls. 298/302 a qual o condenou como incurso no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), impondo-lhe a pena de 02 (dois) anos e 09 (oito) meses de detenção, em regime inicial aberto, além da suspensão do direito de dirigir por 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias, substituindo a pena privativa por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor equivalente a 10 (dez) salários mínimos.

A denúncia foi oferecida (fls. 11/13) e recebida em 1º de abril de 2017 (fls. 117/118). O réu foi citado (fls. 124/127)) e apresentou defesa (fls. 132/137). Sobreveio então sentença condenatória, contra a qual o réu se insurge.

Aduz o apelante que deve ser absolvido por falta de provas, afirmando que não houve nexo entre sua conduta e a morte da vítima, bem como questionando a palavra das testemunhas. Ressalta que não houve imprudência de sua parte e que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, a qual agiu em conduta distante de previsibilidade objetiva.

Questiona também a pena pela suspensão do direito de dirigir, a qual reputa excessivamente gravosa, considerando sua profissão de motorista profissional, e aduz que a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária foi fixada em patamar excessivo.

Acesso ao Sumário

O *parquet* apresentou contrarrazões (fls. 349/353), a d. Procuradoria de Justiça se manifestou, opinando pelo indeferimento dos pedidos recursais (fls. 359/364) e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que em 09 de maio de 2011, na Comarca de Santana de Parnaíba, **ANTONIO CARLOS SOUZA LIMA** cometeu homicídio culposo na direção de veículo automotor contra **FERNANDO BATISTA**.

Afirma-se que **ANTONIO CARLOS** conduzia um ônibus em velocidade incompatível com o local e em dado momento, ao realizar manobra de abertura

à direita, para concluir curva à esquerda, aproximou o coletivo da calçada e sua parte dianteira atingiu **FERNANDO**, o qual foi ao solo e sofreu traumatismo craniano, vindo a óbito mesmo após socorro.

Ante tal quadro fático, **ANTONIO CARLOS** foi denunciado, processado e condenado pela prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor, com causa de aumento em razão de atuar em transporte público de passageiros, razão pela qual se insurge.

E sem razão no inconformismo.

De início, atento que a materialidade delitiva restou comprovada por meio da certidão de fls. 43 e laudos de fls. 79, 83 e 101, cabendo ressaltar, desde já, que os questionamentos relacionados à falta de nexo entre a conduta do apelante e a morte da vítima não se sustentam quando confrontados com o laudo de fls. 83, o qual foi realizado por médica e é claro ao mencionar que "***existe nexo entre o acidente e o óbito***", não havendo motivos para refutar a prova técnica. Atento, ainda, que a inexistência de perícia no local dos fatos não se mostra necessária ao deslinde do feito, especialmente considerando a dinâmica do evento – a prova técnica neste aspecto não seria apta a concluir se a vítima estava ou não na calçada no momento da colisão, ponto que se revela crucial para o deslinde da causa.

E a prova produzida esclareceu a contento a ocorrência de ação imprudente por parte do apelante.

A irmã da vítima, **RAQUEL DE LÊ**, relatou em juízo que **FERNANDO** lhe contou que estava na calçada e foi acertado pelo ônibus.

Em que pese seu relato suspeito pelo parentesco, nota-se que o próprio apelante acabou por demonstrar imprudência, em seu relato.

Com efeito, **ANTONIO CARLOS** disse que ao se aproximar do local dos fatos notou que a vítima estava tendente a atravessar a rua, razão pela qual buzinou para alertá-la (buzina a qual certamente foi ineficaz, considerando que a vítima era surda e muda).

Em seguida, olhou para a esquerda a fim de verificar se poderia realizar conversão com segurança e, quando voltou a olhar para a direita, **FERNANDO** já se encontrava no leito da via, razão pela qual freou o coletivo e o virou, instante em que a vítima colidiu contra o veículo e caiu entre ele e a calçada. Acrescentou que sequer poderia trafegar em alta velocidade no local, haja vista que lá é o ponto final dos ônibus.

Nota-se, portanto, ação imprudente – ao notar que a vítima tinha a intenção de adentrar ao leito carroçável, o que se esperaria de qualquer motorista é a ação de freio, de parar o veículo. Ao prosseguir marcha, agiu **ANTONIO CARLOS** ao menos com culpa consciente, não se estando, em absoluto, diante de imprevisibilidade objetiva da conduta.

Acesso ao Sumário

Prosseguindo na análise da prova oral, nota-se que a versão do apelante foi confirmada pelo cobrador do ônibus, **FLAVIO BATISTA DE MORAES**, o qual reafirmou que o veículo não trafegava em alta velocidade.

A testemunha **CLÁUDIO ROCHA PEREIRA** narrou em juízo que conhecia a vítima de vista, e que chegou ao local dos fatos cerca de dez minutos depois do acidente, e **FERNANDO** gesticulou no sentido de que o ônibus bateu nela.

Por fim, os guardas municipais ouvidos como testemunhas, **ROBERTO ANTENOR** e **EDUARDO RODRIGUES VIANA DE OLIVEIRA** nada de relevante acrescentaram, uma vez que não presenciaram o acidente, chegando ao local apenas quando a vítima já estava sendo socorrida.

Não há dúvidas, portanto, especialmente considerando o relato do próprio apelante, que houve culpa em sua conduta, sendo de fato caso de condenação.

Quanto à dosimetria de pena, igualmente não há o que se reparar.

A pena-base foi fixada no piso legal, e assim deve ser mantida, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, perfeito o raciocínio do i. sentenciante, a fim de deixar de aumentar a pena em razão da idade da vítima e sua condição de deficiente, posto que se está diante de crime culposo (evitando-se a responsabilização penal objetiva).

Na terceira e última etapa, adequado o aumento de 1/3 (um terço) da pena, considerando que o apelante cometeu o delito na condução de condutor profissional de ônibus (transporte coletivo de passageiros).

No que tange à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ficam mantidas a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária em favor dos herdeiros da vítima, cabendo observar que tal valor deve ser deduzido de eventual reparação civil, conforme expresso no art. 45, §1º, do CP, não havendo que se falar em *bis in idem*.

O regime inicial aberto era mesmo o adequado, ante a primariedade do agente, ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e quantidade de pena imposta.

Afasto, por fim, o pleito de afastamento da pena de suspensão do direito de dirigir, por não haver previsão legal de sua isenção.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação de **ANTONIO CARLOS SOUZA LIMA**, mantendo-se a r. sentença recorrida como posta.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1031755-76.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado WILLIAM SAMUEL PAULINO MIZAEL.

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 recurso, para cassar a decisão atacada e determinar o regular processamento da ação de execução da pena de multa. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão**. (Voto nº 38.515)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 2 de novembro de 2021.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Apelação. Pena de multa não paga. Processo de execução de dívida de valor, nos termos do art. 51 do Código Penal. Indeferimento da petição inicial. Inadmissibilidade. Pena pecuniária inexigível nos termos da Lei Estadual nº 14.272/2010 e da Resolução PGE 21/2017. Não sujeição do Ministério Público a estas normas, cuja aplicação é restrita ao Poder Executivo Estadual. Impossibilidade, ademais, de analisar a pretensão somente no aspecto financeiro (pois também é custosa para o Estado, e até mais, a execução da pena privativa de liberdade). Execução que, em princípio, visa à retribuição pelo ato praticado e à (pouco provável) reeducação do condenado. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra r. decisão (fls. 13 e ss.) que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo de execução da pena de multa, no valor de R$ 18.539,40,00, imposta a William Samuel Paulino Mizael; argumenta (fls. 20 e ss.) que a pena de multa é sanção penal e a lei não atribuiu ao juiz o poder de extinguir a pena ou o próprio processo de execução; alega que a interpretação do art. 51 do Código Penal foi equivocada, já que a alteração legislativa não se refere à aplicação de quaisquer normas relativas a dívida ativa, mas apenas atribuiu a competência e legitimidade para a execução.

Aduz que não se pode falar em constrangimento ilegal na cobrança de multa inferior a 1200 UFESPs, em falta de interesse de agir ou em valor irrisório. Pleiteia a reforma da r. decisão, determinando-se o recebimento da petição ministerial e o prosseguimento do processo de execução da pena pecuniária imposta ao executado.

Respondido o recurso (fls. 66 e ss.), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento (fls. 76 e ss.).

É o relatório.

O sentenciado William Samuel Paulino Mizael foi condenado, nos autos do processo n.º 1501354-64.2018.8.26.0548, pela prática do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, à pena de cinco anos de reclusão e 583 dias-multa, no piso.

A multa, atualizada até a propositura da ação, no valor de R$ R$ 18.539,40, não foi paga pelo executado, não obstante devidamente notificado nos autos principais da ação penal, razão pela qual o Parquet ajuizou a ação de execução. A petição inicial foi indeferida, sob o fundamento de que, para fins de execução da multa, deve esta possuir valor significativo e que, no caso dos autos, ela é inferior a 1.200 UFESPs e portanto, antieconômica. Argumentou, ainda, que, para a cobrança da multa penal devem ser aplicadas quaisquer normas que regulamentam o processamento das execuções de dívidas fiscais, especificamente a Lei Estadual n.º 14.272, de 20 de outubro de 2010 e o art. 1.º, XIV, da Resolução PGE n.º 21, de 23 de agosto de 2017. Destacou, outrossim, que a instauração de um processo de execução de pena de multa, de caráter penal, gera situação de constrangimento ilegal, tendo em vista que o procedimento de cobrança exige a observância das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, dentre as quais aquelas que dispensam o Estado dessa cobrança em razão de valores considerados antieconômicos. Asseverou, por fim, que não existe o interesse de agir, visto que "não se vislumbra idoneidade do pedido a provocar uma atuação potencialmente útil da jurisdição".

Não deixo de entender os motivos que levaram a douta Magistrada a indeferir a petição inicial; é certo que, num País onde mal e mal se conseguem executar as penas privativas de liberdade, a cobrança da multa só se justificaria em casos especiais (nos casos dos impropriamente chamados "crimes do colarinho branco", ou dos crimes de corrupção política, por exemplo). Espero que a douta Promotora de Justiça tenha analisado a situação econômica do apelado, antes de intentar a execução; se se tratar, como em geral se trata, de mais um dos peixes miúdos que habitualmente caem nas mãos da Justiça, é certo, como disse o douto Magistrado, que o resultado não será outro senão um acréscimo aos grandes prejuízos ao patrimônio público que o sentenciado já causou.

Aliás, confesso que, em casos normais, o pagamento da multa pelo apena-

Acesso ao Sumário

do me causaria perplexidade e, mesmo, preocupação: talvez fosse melhor nem saber a forma como ele poderia ter obtido o dinheiro…

Porém (juridicamente, repito), é certo que se trata, aqui, de pena **criminal**; nem sequer era necessário que o Supremo Tribunal Federal o dissesse: penas previstas no Código Penal só podem ter, salvo expressa disposição em contrário, caráter penal. O que, ressalvo *ad cautelam*, nada tem que ver com a extinção da punibilidade sem o pagamento da multa, consoante a Súmula, a meu ver ainda em vigor, do Superior Tribunal de Justiça. Se assim não fosse, não fariam sentido restrições como o "embora solvente" que consta do art. 81, inciso II, do Código Penal, e outras semelhantes.

Deixada de lado a extinção da punibilidade, porém, não há dúvida de que o interesse processual, em casos como este, não são os mesmos que vigem na multa fiscal propriamente dita. Nesta, há, é certo, uma boa dose de efeito retributivo; porém, em grau muito menor do que no caso de infrações penais, em que o fato punido é muito mais grave do que naqueles.

Assim (e mesmo deixando de lado sua constitucionalidade quando menos duvidosa), parece claro que os dispositivos da legislação estadual citados pelo douto Magistrado não se aplicam aos casos de multa penal afinal, se se pretendesse estendê-los a esta, não haveria dúvida alguma da inconstitucionalidade das leis estaduais, dada a atribuição exclusiva à Federação de legislar acerca de matéria penal.

Inaplicáveis, por isso, à hipótese, a Lei Estadual n.º 14.272/2010 e a Resolução PGE 21/2017, as quais são destinadas tão somente aos órgãos do Poder Executivo Estadual, isto é, à Fazenda Pública, pois a sanção pecuniária imposta em razão de condenação criminal, apesar de ser considerada dívida de valor, preserva sua natureza penal, submetendo-se às regras e princípios de Direito Penal, e não às normas do Direito Administrativo.

Desse modo, não há como reconhecer a inexigibilidade da pena de multa originária imposta ao apelado, sobretudo porque a exigência de 1.200 (mil e duzentos) UFESP's para a cobrança não se aplica ao Ministério Público, mas sim à Fazenda Pública Estadual, no âmbito das execuções fiscais promovidas na seara administrativa.

É certo, ou quase certo, que o processo de que ora tratamos vá causar prejuízo financeiro aos cofres públicos; porém, não é menos certo que o mesmo já ocorreu, e em grau bem maior, com o próprio processo e a pena de prisão: esta é bastante cara e, analisada exclusivamente sob o aspecto financeiro, certamente não compensa (talvez essa razão não deixa de contribuir para que vários países – a China, por exemplo – prefiram lançar mão da muito mais econômica pena de morte).

Todavia, o interesse aqui é outro que não o econômico: em primeiro lugar

Acesso ao Sumário

(segundo creio), a retribuição do mal causado; depois (para muitos, antes), a presumida (não por mim) lição proveitosa que se dá ao condenado.

Em síntese: a atribuição primeira de promover a ação é, realmente, do Ministério Público; o r. Juízo da Execução é o competente. Quanto ao interesse processual, a meu ver de fato inexistente do ponto de vista prático, não é possível aplicá-lo – assim como não é possível invocá-lo quando se trata de executar penas curtas de prisão, custosas e pouco eficientes, mas inarredáveis.

De tal sorte, e desejando ardentemente que as execuções de multa nas varas de execução se limitem aos casos em que é possível quando menos presumir a possibilidade de pagamento (mas reconhecendo não ser isso obrigatório), não resta senão determinar o prosseguimento da execução.

Pelo exposto, meu voto **dá provimento** ao recurso, para cassar a decisão atacada e determinar o regular processamento da ação de execução da pena de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500488-03.2020.8.26.0252, da Comarca de Ipauçu, em que é apelante ADEMIRA APARECIDA GOMES, 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.564)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente), MARCELO SEMER e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

MARCELO GORDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Crime contra o meio ambiente – Art. 32, § 1º- A, da Lei nº 9.605/98 – Maus-tratos contra cão – Elementos que demonstram autoria e materialidade delitivas – Condenação mantida – Reprimenda que não comporta reparo – Regime aberto que se ajusta ao início de cumprimento, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e li-

mitação de fim de semana – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 140/147), que julgou parcialmente procedente a ação penal e condenou **Ademira Aparecida Gomes** como incursa no artigo 32, § 1º-A, da Lei nº 9.605/98, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, substituída a carcerária por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Inconformada, apela a ré (fls. 168/172). Pretende, em suma, a absolvição por atipicidade da conduta, aduzindo ausência de dolo.

Respondido o recurso (fls. 177/178), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 187/192).

É o relatório.

A apelante foi condenada porque, nas circunstâncias espaço-temporais descritas na incoativa, praticou ato de abuso e maus-tratos contra animal doméstico (cão).

Isso dito, o recurso não merece provimento.

Interpelada em juízo, a ré refutou a falta que lhe foi irrogada (cf. depoimento transcrito na r. sentença). Pelo dito, cuidava da cadela; alimentava-a com ração e água; na época, o animal estava comendo e o banho, que era dado em casa, tinha sido dado pela última vez na semana anterior. Disse que a lesão na face da cadela ocorreu em uma briga com outros cachorros; ela sumia e volta; passou o remédio prata na ferida, comprado na agropecuária no dia da consulta; não via nada das fotos na cadela. Questionada, disse que ligou para dois veterinários, mas não tinha dinheiro para pagá-los; não sabe ler nem escrever.

A negativa, contudo, dissociada dos demais elementos de convicção jungidos aos autos, não se sustenta.

Em contraponto, a médica veterinária *Luara* rememorou o atendimento prestado ao animal (cf. depoimento transcrito na r. sentença). A acusada entrou em contato no dia 30/09 perguntando sobre a consulta a domicílio; no dia seguinte, pediu para um funcionário buscar o animal. Durante o exame físico foram constatadas muitas alterações, as quais nunca vira no seu tempo de profissão – ânus com fezes antigas, cheiro forte de urina e pelo infestado de carrapatos; abrindo os pelos da face, observou o local muito contaminado. Ligou para a proprietária para saber da anamnese; contudo, as informações prestadas pela acionada não batiam com o exame físico, pois ela desconhecia a infestação de carrapato, assim como que o animal estava com uma ferida, a qual, inclusive, não era vista em razão dos pelos; a ré ainda disse que estava passando medicação na ferida receitada por uma agropecuária, mas não havia nenhum resquício de

Acesso ao Sumário

medicamento na ferida. Diante disso, percebeu que eram inverdades e entrou em contato com a ONG de proteção animal; contatou Camila e atestaram os maus-tratos. Enfatizou que nunca viu nada igual; acredita que, pelo estado da cadela, ela estava daquele jeito há mais de um mês, considerando o tempo que leva para a produção da larva e a consequente alimentação do tecido comido na face do animal, principalmente porque era uma região muito grande. Disse, ainda, que o animal não se levantava, urinava deitado, tinha as unhas muito compridas e não tomava banho há muito tempo. A cadela ficou na clínica durante vinte dias, mas não comia; ela acabou vindo a óbito naturalmente. Exame de sangue constatou doença do carrapato. Não havia sinais de agressão física; as lesões existentes eram de longa data. Esclareceu que havia atendido a cadela um ano atrás, por conta de uma lesão em um dos olhos, mas não conseguiu dizer se precisaria retirar ou não o olho; na ocasião, explicou que o animal deveria tomar antibiótico e anti-inflamatório por dez dias e depois retornar à clínica; no dia 30/09, quando pediram a consulta, acabou lembrando aquele atendimento; Caroline disse que tudo tinha voltado ao normal e, por isso, não foram à clínica para a consulta de retorno. Pontuou que há possibilidade de a lesão ter ocorrido em razão da ausência de cura da lesão anterior. Da primeira vez, a ré pediu a consulta, mas não retornou mesmo entrando em contato. No primeiro contato, a ferida era no outro olho, injetou antibiótico e prescreveu receita; o retorno já estava incluso, mas ela não voltou. Ana Caroline, quando pediu a segunda consulta, disse que a cadela estava melhor. Por fim, afirmou que na anamnese a acusada não explicou a origem das feridas, que era em outro olho, diferente daquele atingido no ano anterior.

Tal relato assume valioso elemento de convicção, e nada existe nos autos que possa desacreditá-lo.

E não se prospecta, em resumo, qualquer senão nos informes em destaque, muito menos deliberada postura incriminadora daquela que não disporia de motivos a fazê-lo. E isso, no geral, foi bem aquilatado na origem.

As testemunhas de defesa, por sua vez, buscaram atestar que a acionada cuidava bem do animal (cf. depoimentos transcritos na r. sentença).

Ana Caroline, nora da acusada, disse que ligou para dois veterinários porque a cadela brigara na rua e estava machucada; o atendimento aconteceu no dia seguinte e, enquanto isso, Ademira estava passando o remédio. A sogra cuidava normalmente da cadela; dava banho, ração e não maltratava; apenas não tosava porque não tinha condições financeiras. Afirmou que buscou um veterinário porque a acionada é analfabeta; na ocasião, ligou para Fernando, que respondeu que estava machucado e não poderia levar o animal; Marcelo não quis levar sem pagamento. Depois, acionaram Luara. Disse que não reside com a ré, mas frequentava a casa dela quase todos os dias; a acionada dava banho e brincava com o animal; a respeito das fotos acostadas aos autos respondeu que fazia uma

Acesso ao Sumário

semana que não ia à casa da acusada, "mas já viu ela dando banho"; os banhos ocorriam duas vezes por mês. Pontuou que a lesão anterior foi no outro olho; não acreditaram que precisavam retornar ao veterinário.

Testemunha *Norma Virginia*, vizinha da acusada, disse que no dia em que a acusada viu que a cadela estava "*coisada*" chamou o veterinário Fernando, que viu o animal, mas não quis levá-lo porque não tinha clínica; depois chamaram Marcelo, que também não levou o animal por conta de pagamento; na ocasião, o animal estava andando, comendo e bebendo água. Costumava ver a cadela no portão; ela se machucou porque fugiu; Luara já cuidou dela uma vez. Afirmou que não tinha como perceber que o ferimento estava daquele jeito. A acusada sempre dava banho; não mandava tosar porque não tinha condições; ela comprava remédios para carrapato; procurou ajuda, mas não conseguiu pagar. Acredita que Luara levou dois dias para buscar o cão (cf. depoimento transcrito na r. sentença).

Já a testemunha *Rosineia Aparecida* narrou que a cadela se machucou em uma briga; Ademira cuidou, passou remédio, chamou o veterinário, mas não conseguiu pagar a consulta (cf. depoimento transcrito na r. sentença).

Entretanto, referidos informes não atingiram o fim pretendido.

No aspecto, não pairam dúvidas acerca do triste episódio. A ofuscante materialidade delitiva, por sua vez, veio estampada pelo boletim de ocorrência de fls. 10/12, pelo laudo de fl. 13 e pelas fotografias de fls. 31/33, bem como pelos demais elementos probatórios constante nos autos.

Na mesma esteira, a autoria imputada à ré resulta induvidosa. A ausência de cuidados mínimos demonstrada nos autos extrapolou os limites da conduta aceitável na eventual criação do animal, ainda que se considere a origem humilde e a falta de instrução da apelante, que evidentemente não podem legitimar ou justificar condutas que tais. Permitir com que a cadela chegue a estado de inanição por privá-la de cuidados básicos, como alimentação e higiene, caracterizam, sem dúvida alguma, o crime de maus-tratos.

E ainda que se alegue que a ferida tenha sido causada em uma briga entre cães, é evidente que a acusada assumiu o risco de causar intenso sofrimento ao animal, pois emerge com clareza que a cadela foi deixada à própria sorte; a procura por atendimento veterinário tão tardiamente elimina qualquer dúvida a respeito.

Destaca-se, a propósito, trecho do laudo pericial, em que a médica veterinária atesta que: "*Durante a consulta foi observado que o animal estava em decúbito lateral por não conseguir se manter em estação, com as mucosas pálidas, apatia, desidratação, petéquias, com infestação de pulgas e carrapatos, pelos extremamente embolados, sujos com fezes velhas e secas e molhado de urina. Na maior parte da face do animal (olhos, nariz) havia uma cavidade*

Acesso ao Sumário

aberta, tomada por inúmeras larvas de insetos associada à muita secreção serosanguinolenta, extremamente fétida. Pela ausência da parte da face, os olhos já estavam sem função (cegueira). O animal, ao ser consultado, vocalizava por dor, tinha sua pele inchada, inflamada e infeccionada na região facial. Apresentava salivação excessiva, respiração ofegante com a boca aberta. Na região genital, também havia presença de fezes grudadas ao pelo. ***A aparência geral do animal era de um desleixo por meses, por descuido do proprietário. Nas condições analisadas no momento da consulta e declaradas aqui, conferem que o animal sofre maus tratos há meses e que por muito tempo está nesta mesma condição degradante, sem cuidados básicos e mínimos para a manutenção da saúde***" (negritei) – fl. 13. Vale dizer, o diagnóstico condiz com a narrativa, sem dela revelar qualquer amplificação que fosse.

Nesse sentir, a análise equidistante dos elementos probatórios torna induvidosas autoria e materialidade da falta noticiada, a tornar correta, pois, a responsabilização criminal da acusada, nos moldes do reconhecido na r. sentença recorrida.

A dosimetria penal, a seu turno, não inspira retoques e sequer fora objeto de insurgência.

Na primeira etapa, a basal foi fixada no assoalho da cominação, e assim tornada definitiva, à míngua de agravantes ou de atenuantes, assim como de causas de aumento ou de diminuição.

Pena definitiva, portanto, de 02 (dois) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, no piso legal.

Por derradeiro, preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, que encerram proporcionalidade e suficiência em relação à gravidade e demais particularidades do evento, fixada a regência aberta para o eventual desconto da corporal.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501099-56.2020.8.26.0542, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é apelante JAMILTON NASCIMENTO DOS SANTOS, 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 41.826)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 6 de novembro de 2021.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ROUBO – Materialidade e autoria devidamente delineadas que sequer foram objeto do recurso – Pleito de desclassificação para o delito de furto descabimento – Acusado que, com a negativa da vítima em entregar o bem, entrou em luta corporal com o ofendido violência real configurada – Penas bem dosadas que não comportam reparo – Regime inicial aberto mantido à míngua de recurso da acusação – Recurso defensivo desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **JAMILTON NASCIMENTO DOS SANTOS** contra a r. sentença de fls. 393/396, que o condenou à pena de 04 anos, de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 22 de maio de 2020, por volta das 23:27 horas, na Rua Peixes, nº 100, naquela cidade e comarca de Santana de Parnaíba, o apelante subtraiu, para si, mediante violência e grave ameaça exercida com gestos em que o apelante simulava portar arma de fogo, um telefone celular da marca LG, modelo K11 PLUS, pertencente à vítima Wilson Ferreira de Oliveira, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 12.

Narra a denúncia que, na data acima mencionada, a vítima transitava a pé pelo local dos fatos, a caminho de sua residência, quando foi abordado pelo réu, que estava sozinho.

O apelante, então, simulando estar em posse de arma de fogo com uma das mãos escondidas, anunciou o assalto e exigiu a entrega do aparelho celular da vítima.

Diante da negativa da vítima, o acusado e Wilson entraram em luta corporal, momento em que o réu obteve êxito em subtrair o objeto e se evadiu do local.

Acesso ao Sumário

Com a saída do apelante do local, a vítima procurou ajuda e visualizou agentes da Guarda Municipal, momento no qual acenou para os agentes e informou os fatos ocorridos, passando as características físicas do réu.

Os guardas municipais efetuaram a abordagem do réu, com base nas características fornecidas e, em revista pessoal, encontraram dois celulares, um dos quais foi reconhecido pela vítima como sendo de sua propriedade.

A vítima reconheceu o réu, sem sombra de dúvidas, como a pessoa que o abordou e subtraiu seu aparelho (fls. 07).

Inquirido pela D. Autoridade Policial, JAMILTON confessou a prática do crime (fls. 09).

Inconformada, apela a Defesa, buscando apenas a desclassificação do delito de roubo para o delito de furto, ao argumento que a violência não está configurada, ante a não realização do exame de corpo de delito e, ainda, o afastamento da pena de multa (fls. 418/424).

Ofertada as contrarrazões (fls. 428/431), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido que seja DESPROVIDO, confirmando-se a R. Decisão de Primeiro Grau, por seus próprios exatos e bem lançados fundamentos (fls. 439/444).

Relatei.

O recurso não comporta provimento.

A solução absolutória é impraticável na medida em que o conjunto probatório reunido nos autos não permite dúvidas sobre a materialidade e a autoria do crime em tela, tanto que sequer foi objeto do recurso defensivo, que almeja a desclassificação para o delito de furto.

De qualquer sorte, convém reforçar o acerto da condenação, frente a tão robusto arcabouço probatório, consistente no auto de prisão em flagrante (fls. 05), boletim de ocorrência (fls. 06/08), auto de exibição e apreensão (fls.16), pela confissão judicial do acusado; pelas declarações da vítima e pelo reconhecimento por ela procedido; bem como pelo depoimento do policial que surpreendeu o réu na posse do celular roubado.

Acesso ao Sumário

Portanto, temos que as provas colhidas foram hábeis a comprovar a prática do delito pelo acusado.

Quanto ao âmago do apelo da defesa, inviável o acolhimento da desclassificação para o delito de furto.

Em juízo o réu confessou a prática do delito.

A vítima, por sua vez, em juízo afirmou que o réu anunciou o assalto simulando emprego de arma de fogo e, ao perceber que o réu não estava armado, entraram em luta corporal, quando o réu pegou o celular e fugiu.

Na mesma toada, o policial confirmou que encontraram a vítima, que

narrou o episódio, e, em seguida, abordaram o réu na posse do celular.

Ora, o réu deu voz de assalto, e, com a negativa do ofendido, entrou em luta corporal com o ofendido, conseguindo pegar o celular e se evadir com ele.

Como se vê, entraram em luta corporal, houve, portanto, violência real. E a vítima narrou os fatos nesse sentido e em juízo o réu não negou, tendo confessado os fatos.

Da referida violência, para configuração do delito de roubo, é desnecessário que se constate lesão, nada tendo a vítima alegado nesse sentido.

Portanto nesse caso, é prescindível a realização do exame de corpo de delito para a constatação da violência real, que existiu, diante dos relatos da vítima.

E, ainda que houvesse alguma lesão, nos casos em que não foi possível a realização de exame de corpo de delito por terem desaparecidos os vestígios, a sua substituição pela prova testemunhal. A propósito:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO – EXAME DE CONSTATAÇÃO DA DROGA. IMPOSSIBILIDADE. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS DA DROGA. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA POR OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 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. Em que pese a obrigatoriedade do exame de corpo de delito em todos os crimes que deixarem vestígios (art. 158 CPP), há que considerar a exceção disposta no art. 167 do CPP: Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.*
>
> *3. No caso, como bem explicado na sentença e no acórdão, e ora transcritos no acórdão impetrado (não havendo, assim, supressão de instância como apontou a defesa), os vestígios do crime foram inteiramente consumidos pelo usuário, conforme depoimento prestado por ele mesmo, tanto na fase do inquérito quanto judicial. 4. Dessa maneira, não há que se falar na hipótese de cabimento da revisão criminal, em que a condenação seria contrária a texto expresso da lei penal (art. 621, I CPP - A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;), porque não houve violação, como já explicado, ao art. 158 do Código*

Acesso ao Sumário

Penal. 5. A ausência da apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico (HC 131.455-MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/8/2012). 6. Habeas corpus não conhecido." (HC 463.822/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 28/09/2018).

Destarte, inviável a desclassificação pretendida, por qualquer ângulo que se observe.

Passo à análise da pena, que não comporta alteração, até porque fixada da forma mais benéfica ao réu, em 04 anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, no piso legal, sendo tornada definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras.

Inviável o afastamento da pena de multa. A fixação da pena de multa foi correta, eis que atendidos os ditames do art. 49, *caput* e §1º e art. 60, ambos do Código Penal, sendo inviável o afastamento ou a diminuição pretendida pela defesa, pois já fixada no mínimo legal.

A pena de multa é preceito secundário do tipo penal em estudo, por isso deve ser fixada, atendendo, principalmente, à situação econômica do réu, bem como levando em consideração o quantum de pena privativa de liberdade aplicada, devendo guardar proporcionalidade com esta.

A condição socioeconômica do réu é levada em consideração quando da estipulação do valor do dia- multa. Assim, no caso em exame, as condições econômicas do recorrente já foram consideradas pelo ilustre Magistrado quando da quantificação do valor do dia-multa no piso legal.

Eventual impossibilidade de pagamento da pena pecuniária ou de parcelamento poderá, ainda, ser analisada quando do momento da execução da pena, sendo competente para analisar o pedido de abrandamento ou isenção da pena pecuniária o Juízo das Execuções Criminais.

Foi fixado o regime menos gravoso para o cumprimento das penas.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta pela Defesa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502489-45.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante IGOR DOS SANTOS SILVA, 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: Por maioria, deram parcial provimento ao recurso do réu, para manter a condenação e fixar em definitivo a pena em 8 (oito) anos de reclusão, iniciada em regime semiaberto, vencido o Terceiro Juiz, Cláudio Marques, que não declarará. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.632)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 8 de novembro de 2021.

MARCELO SEMER, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 121, "caput"). Autoria e materialidade comprovados. Dosimetria. Aumento da pena -base que não se sustenta. Idade do réu de 18 anos que é pré-requisito para a imputabilidade. Ausência da vítima na vida familiar que é ínsita ao delito. Inexistência de produção probatória a justificar especial reprovação da personalidade do réu. Aumento de pena pela idade da vítima. Sentença reformada para pena de 08 (oito) anos de reclusão. Regime inicial de cumprimento de pena. Reforma. Aplicação do art. 387, §2º, do CPP, para fixar o regime semiaberto de início de cumprimento de pena. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 762/764, proferida pelo Tribunal do Júri, que condenou o réu à pena de 09 (nove) anos de reclusão, como incurso no art. 121, "caput", do Código Penal.

Em suas razões recursais (fls. 795/803), a defesa sustenta, em síntese, que: (i) deve ser reduzida a pena-base ao mínimo, porque as circunstâncias judiciais descritas não se verificaram; (ii) foi desconsiderada a confissão espontânea da prática delitiva.

Contrarrazões às fls. 810/816.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 827/830, pelo desprovimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Segundo consta da denúncia (fls. 221/227), o apelante teria desferido

Acesso ao Sumário

arma de fogo contra Joarez Batista dos Santos, pessoa maior de 60 anos, produzindo-lhe ferimentos que causaram sua morte, por motivação fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima. O apelante estaria em uma festa na via pública importunando a vizinhança com o som alto de seu automóvel, o que fez com que a vítima se dirigisse ao local para pedir a diminuição do som. O apelante teria então se aproximado pelo lado do motorista e passado a xingá-lo e agredi-lo fisicamente, tendo a vítima se defendido com seus braços, mesmo possuindo arma de fogo no veículo. Amigos e conhecidos do apelante teriam começado a se aglomerar próximos ao carro, momento em que a vítima teria tentado deixar o local, mas foi impedida por uma motocicleta que parou atrás de seu veículo. Neste ínterim, o apelante teria visto a arma de fogo dentro do carro da vítima e aproveitando-se da situação tomou a arma para si e disparou contra a vítima, evadindo-se em seguida. A denúncia imputou ao apelante os qualificantes de motivo fútil e uso de recurso para dificultar a defesa da vítima.

Pronunciado (fls. 548/561), o réu Leandro foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo sido reconhecida a prática, pelo acusado, do crime de homicídio simples, não tendo sido reconhecidos os qualificantes imputados ao réu (fls. 755/761). Na sentença de fls. 762/674, foi condenado a 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Pois bem.

O recurso comporta provimento parcial.

A materialidade delitiva e autoria estão suficientemente demonstrados pelo boletim de ocorrência (fls. 103/104), pelo laudo pericial do local do crime (fls. 379/392), pelo laudo da arma de fogo (fls. 396/398), pelo laudo do exame necroscópico (fls. 190/194), pelas imagens de câmera de segurança de fls. 198/208, bem como pela prova oral colhida nos autos (fls. 493), não havendo que se falar em decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

A dosimetria, entretanto, deve ser modificada. O aumento da pena-base de 1/6 levou em consideração: i. a culpabilidade, pois o réu é maior de 18 anos; ii. personalidade voltada para o crime, dado que o réu não teve receio que a vítima estava armada, tomou sua arma e o disparou conta a vítima, que era deficiente física e não podia sair do veículo; iii. consequências do crime pois seus familiares foram condenados a conviver com a ausência da vítima de forma definitiva.

Como ressaltado pela defesa, o fato de que o réu é maior de 18 anos é pré-requisito de imputabilidade, e não circunstância específica ao caso. Ainda, a ausência da vítima de forma definitiva na vida familiar é ínsita ao delito de homicídio, não justificando especial reprovabilidade. Por fim, não há nos autos elementos aptos a caracterizar a personalidade do réu. Não houve estudo psicológico deste, ele não possui antecedentes que apontem para comportamento violento e não foi informado consistentemente pelas testemunhas que o réu fosse

Acesso ao Sumário

conhecido por comportamento agressivo. Nesse sentido este Tribunal de Justiça já se posicionou:

> FURTO NOTURNO E LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. Vítima confirmou, nas duas oportunidades em que ouvida, a anterior relação íntima de afeto com o réu, o furto de sua motocicleta e a agressão física praticados por ele. Exame de corpo de delito atestou as lesões suportadas pela vítima, de natureza leve. A proprietária da motocicleta e a testemunha Renato, pais da companheira, confirmaram os crimes praticados pelo réu, corroborando as declarações da filha. Palavra da vítima que deve ser prestigiada nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, comumente praticados no recesso do lar, sobretudo quando estão em harmonia com os demais elementos probatórios coligidos, como na espécie. Adolescente Victor Henrique admitiu, na fase policial, ter adquirido do réu a motocicleta furtada e, em juízo, retratou-se parcialmente, negando conhecer a pessoa que lhe ofertou o bem furtado, sabendo apenas que se apresentou como "Jeferson". Acusado, silente na fase policial, tornou-se revel em juízo, lançando mão da valiosa oportunidade de exercer a autodefesa e, com isso, resistir à pretensão acusatória. Provas robustas. Condenações mantidas. PENAS. PERSONALIDADE DESAJUSTADA E MÁ CONDUTA SOCIAL. **A fixação da pena base acima do mínimo legal, fundada na má conduta social, na personalidade desvirtuada do agente ou em sua culpabilidade acentuada, exige elementos concretos, não presentes nos autos, sendo certo que inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentos idôneos para tal fim, sob pena de ofensa ao enunciado da Súmula 444 do STJ. (...)** (TJSP; Apelação Criminal 1500388-67.2019.8.26.0063; Relatora: Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barra Bonita - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/10/2021; Data de Registro: 23/10/2021).

Dessa forma, ausentes circunstâncias judiciais a serem valoradas, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal. Na segunda fase, a confissão não deve ser reconhecida. Perante o Conselho de Sentença, o réu se manteve em silêncio. Em sede policial, (fls. 43/44) tanto quanto na audiência de instrução e julgamento da primeira fase do procedimento no Tribunal do Júri, trouxe versão dos fatos que sustentava a tese de legítima defesa, afirmando que pegou a arma das mãos da vítima após esta ameaçá-lo de morte, agredi-lo com tapas e apontar sua arma para ele – tese essa que foi rejeitada pelo Júri. Assim, com razão o Ministério Público em suas contrarrazões ao afirmar o não cabimento do atenuante de confissão para alegação de legítima defesa, em linha com decisões anteriores desta C. Câmara:

> Apelações criminais – Roubo majorado – Sentença condenatória – Pre-

Acesso ao Sumário

> tendida a absolvição por falta de provas, a desclassificação para o delito de exercício arbitrário das próprias razões, a fixação das bases no mínimo, a exclusão da reincidência ou compensação com a atenuante da confissão, (...) – Não há se falar em *bis in idem*, pois tal agravante deve ser utilizada como forma de se buscar adequada individualização da pena – **Confissão do réu que não era mesmo de ser considerada, pois qualificada, parcial** – Majoração pela única causa de aumento no mínimo – Regime prisional fechado mantido – Impossibilidade de não incidência das custas processuais – Suspensão de exigibilidade pelos cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado – Exegese do artigo 98, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil de 2015. Recurso da ré desprovido e apelo do réu parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 1500199-54.2018.8.26.0571; Relator: Moreira da Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tatuí - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/04/2020; Data de Registro: 29/04/2020).

Na terceira fase, aplicável a causa de aumento referente à vítima ter mais de 60 anos, de forma que torno definitiva a pena de 08 anos de reclusão. Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, a sentença comporta reforma.

Embora a seriedade do delito, cometido contra maior de 60 anos e deficiente físico, pudesse justificar, *a priori*, o regime inicial fechado, não há como ignorar o tempo de prisão preventiva, que alcança um ano e cinco meses, de tal sorte que deve ser fixado o regime menos gravoso para cumprimento da pena.

É o caso de aplicação do disposto no art. 387, §2º, do CPP, considerando, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, justamente o tempo em que permaneceu em custódia cautelar.

A despeito de terem fundamentos distintos os institutos da prisão-processo e da prisão-pena, não há dúvida de que têm consequências contíguas, sobretudo a circunstância de que toda a prisão cumprida de forma cautelarmente deve ser abatida do cumprimento definitivo.

A prisão cautelar, em nosso sistema constitucional, impõe-se como exceção, a ponto de nenhuma obrigatoriedade de prisão antes do trânsito poder ser considerada compatível com a Constituição, e, por consequência, deve ser admitida no menor tempo possível – até pelo direito fundamental ao julgamento em prazo razoável. A detração incorporada pelo legislador no parágrafo 2º, do art. 387, do CPP afigura-se como uma forma de compensação a esta situação. Quis o legislador que os réus submetidos a longevas prisões cautelares sejam compensados com a fixação de regime compatível com a situação vivenciada e não encapsulados nos limites abstratamente fixados pelo art. 33, do CP – até porque, a bem da verdade, este regime "inicial" de cumprimento da pena não deixa de ser, na realidade, um regime inicial do cumprimento do "restante" da pena.

Acesso ao Sumário

Segundo explica Guilherme Nucci, "*atualmente, confirma-se a imensa lentidão do Judiciário para dar fim ao processo criminal, acarretando ao preso cautelar diversos problemas e obstáculos, tanto assim que se criou na jurisprudência o direito à execução provisória da pena. Diante disso, soa-nos justo computar o tempo de prisão provisória, extenso e difícil para o acusado, para o fim de cálculo do regime inicial de cumprimento da pena*" (*in* Manual de direito penal – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020).

Dessa forma, de rigor a reforma parcial da r. sentença, para, mantida a condenação por homicídio, diminuir a pena do réu para 08 anos de reclusão, e fixar o regime semiaberto para início do cumprimento de pena.

Diante da natureza do delito e do resultado deste julgamento, em que se confirmou a reprimenda de reclusão, de rigor a manutenção da prisão até o trânsito em julgado, devendo o réu, porém, ser encaminhado ao regime determinado para início do cumprimento de pena (semiaberto), garantindo-se, assim, a compatibilização da custódia provisória com as regras próprias do regime intermediário (vide, nesse sentido, AgRg no RHC 146.173/PA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 25/05/2021).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso do réu, para manter a condenação e fixar em definitivo a pena em 8 (oito) anos de reclusão, iniciada em regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502072-26.2020.8.26.0537, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante SERGIO ALVES DA SILVA, 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 11.320)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

ROBERTO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Homicídio e embriaguez ao volante – Sentença de impronúncia fun-

dada em ausência de prova suficiente da autoridade delitiva (artigo 414 do CPP) – Pretensão de reforma do julgado para decretação da absolvição sumária – Descabimento – Prova produzida nos autos que não se afigurou bastante para a pronúncia, em razão de fundada dúvida sobre a participação do réu no delito – Inexistência, contudo, de certeza sobre autoria – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Sérgio Alves da Silva** contra a r. sentença de fls. 230/235, que, com fundamento no artigo 414, *caput*, do Código de Processo Penal, julgou improcedente a ação penal para impronunciar o réu como incurso nos artigos 121, §2º, inciso III, do Código Penal e 306, §1º, I, do Código de Trânsito Brasileiro.

Inconformada, recorre a Defesa pugnando pela absolvição sumária (fls. 244/253).

Oferecidas contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 259/269), foram os autos remetidos a este Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 289/293).

Relatei.

O apelo não merece provimento.

Consta da denúncia que, no dia 21 de novembro de 2020, por volta das 18h37, na Rodovia SP 160, altura do KM 27, pista Norte, bairro Batistini, na comarca de São Bernardo do Campo, Sergio Alves da Silva, agindo com dolo eventual, matou Petrônio Lima dos Santos, ao dar causa a um atropelamento automobilístico.

Consta, também, que nas mesmas circunstâncias acima, o acusado conduziu veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.

Segundo relata a exordial, na ocasião, o réu conduzia o veículo GM/Celta, placas HFG-2496, pela Rodovia dos Imigrantes, altura do KM 27, pista Norte, quando repentinamente parou na faixa de rolamento e engatou a marcha ré.

Petrônio trafegava logo atrás, a bordo da motocicleta JTA/Suzuki, de placas BPS-4875, não conseguiu frear e colidiu a moto contra a traseira do automóvel conduzido pelo apelante e foi arremessado à faixa de rolamento imediatamente ao lado, onde foi atropelado pelo caminhão trator Scania/T113, de placas BYE-6103, conduzido por Edvaldo Ferreira dos Santos, que não teve tempo

Acesso ao Sumário

hábil de desviar. O ofendido não resistiu aos ferimentos e faleceu no local do acidente.

Pois bem.

A materialidade dos delitos está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 13/17), pelo teste de alcoolemia (fl. 29), pelo laudo necroscópico (fls. 88/92), bem como pela prova oral produzida.

A autoria foi atribuída na exordial ao ora Apelante, com base em indício sólido, consistente na pronta admissão, pelo próprio Sérgio, de que era ele o condutor do veículo.

Passou, contudo, ainda na fase policial, a desmentir tal versão, afirmando que era o irmão, Jocenildo, quem dirigia e que assumiu falsamente a autoria, porque o irmão não possuía habilitação para dirigir.

Durante a instrução criminal, os indícios de autoria perderam sua força inicial. O ora Apelante renovou sua negativa de autoria, corroborada pelo depoimento do irmão. Constatou-se que os agentes públicos que atenderam à ocorrência, Eduardo Eliseu Vicente e Karel Marc Stricker, não presenciaram o acidente e que a testemunha Edvaldo Ferreira dos Santos, motorista do caminhão, afirmou que tampouco pode ver com certeza quem era o motorista.

Sobreveio, diante desse quadro, r sentença de impronúncia, reconhecendo que, de fato, os indícios de autoria passaram a recair sobre o corréu Jocenildo Alves da Silva, irmão do ora Apelante, em relação a quem o feito foi desmembrado, sendo os autos redistribuídos a uma das Varas Criminais da comarca de São Bernardo do Campo (fl. 273).

Dessa forma, por não haver indícios suficientes de autoria, o Apelante, de forma correta, foi impronunciado, nos exatos termos do que dispõe o artigo 414 do Código de Processo Penal:

"*Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado*".

Não é caso de absolvição sumária, conforme postula a combativa defesa, visto não estar efetivamente provado que o acusado não foi o autor dos delitos, mas apenas que os indícios contra ele são frágeis. Tanto assim, que o douto membro do Ministério Público houve por bem requisitar a formação de novos autos, para apuração de sua responsabilidade. Ao menos por ora, a efetiva autoria dos fatos é incerta, tendo como indícios apenas as mutáveis versões apresentadas pelos irmãos. Apenas a final sentença de mérito em tais autos poderá trazer a certeza acerca da autoria. Vale dizer, enquanto não houver certeza sobre a autoria de Jocenildo, tampouco pode haver certeza de negativa de autoria por Sérgio.

No mesmo sentido é o posicionamento desta c. Câmara julgadora em

Acesso ao Sumário

casos análogos:

"*EMENTA: TRIBUNAL DO JÚRI – ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DE DELITOS DE ROUBO QUALIFICADO, HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA E RESISTÊNCIA – SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA FUNDADA EM AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DA AUTORIA DELITIVA (CPP, ART. 414) – RECURSO DA DEFESA VISANDO A REFORMA DO JULGADO PARA DECRETAR-SE A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DESCABIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO – ACERVO PROBATÓRIO QUE NÃO SE AFIGUROU BASTANTE PARA A PRONÚNCIA – DÚVIDA RAZOÁVEL SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO RÉU NO DELITO, AUSENTE INEXISTINDO CERTEZA DA INEXISTÊNCIA DE AUTORIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, RESERVADA PARA AS HIPÓTESES DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO*". (Apelação Criminal n. 0001165-70.2016.8.26.0536, Rel. Ivana David, DJ 25.06.2019).

E desta e. Corte:

"*Apelação da Defesa – Homicídio qualificado – Impronúncia – Pretendida a absolvição sumária – Alegada falta de provas acerca do envolvimento do apelante – Inadmissibilidade – Inexistência de indícios suficientes da autoria ou participação – Ausência de comprovação, contudo, da não participação do réu – Recurso desprovido*". (Apelação Criminal n. 1500452-10.2018.8.26.0129, Rel. César Augusto Andrade de Castro, 9ª Câmara de Direito Criminal, DJ 22.02.2021).

Em suma, para que o apelante fosse absolvido sumariamente seria necessário ter sido comprovado de forma inequívoca que Sérgio não foi o autor ou partícipe do fato, nos termos do inciso II, do artigo 415, da norma processual. Tal certeza, ao menos por ora, não ocorre *in casu*. A solução que se impunha, então, era mesmo a impronúncia por insuficiência de provas.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso interposto pela defesa, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501084-17.2020.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara d'Oeste, em que é apelante CÉSAR THAFAREL BARBOSA CARVALHO, 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: Re-

jeitaram a matéria preliminar e, no mérito, deram parcial provimento ao apelo a fim de reduzir a sanção penal para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.083)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 16 de novembro de 2021.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação – TRÁFICO DE DROGAS – Preliminar de nulidade – Inocorrência – Flagrante em ordem, não se vislumbrando a hipótese de flagrante forjado Mérito – Conjunto probatório amplamente desfavorável ao réu – Prova testemunhal segura acerca da destinação para o comércio espúrio – Pena – Redução – Possibilidade – PARCIAL PROVIMENTO.

VOTO

CÉSAR THAFAREL BARBOSA CARVALHO foi condenado pela prática do crime de **tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da lei 11.343/06)**, com pena de **2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão**, mais o pagamento de **291 (duzentos e noventa e um) dias-multa**, no piso, em **regime prisional aberto**, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, tudo conforme r. sentença de fls. 119/123.

O réu apelou, arguindo, preliminarmente, nulidade do flagrante e postulando, no mérito, a absolvição por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para do delito do artigo 28, da Lei 11.343/06, a redução da pena, a modificação do regime prisional e a substituição por restritivas (124/145).

Recurso contra-arrazoado (fls. 149/154), manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento (fls. 161/165).

É O RELATÓRIO.

A matéria preliminar não comporta acolhimento.

A atuação dos policiais foi legítima, não se vislumbrando a hipótese de flagrante forjado, como aventado pela Defesa. O acusado se encontrava na posse do entorpecente quando foi regularmente abordado pelos policiais, não se extraindo dos autos qualquer indicativo de que ao agentes públicos tenham

Acesso ao Sumário

incitado à prática do delito.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade.

No mérito, o réu foi condenado porque, nas condições narradas na inicial, trazia consigo, para fins de tráfico, 22 (vinte e duas) porções de maconha, com massa líquida total de 24,93 g (vinte e quatro gramas e noventa e três centigramas).

Em apertada síntese, havia informações veladas dando conta da prática do comércio espúrio no local, o que motivou a realização de patrulhamento por policiais militares no endereço reportado, onde avistaram o réu em atitude suspeita, porquanto, ao notar a presença da polícia, dispensou parte das drogas e tentou se evadir do local. O acusado, contudo, foi abordado e, em revista pessoal, os policiais encontram em seu poder 20 porções de maconha, sendo o restante, ou seja, 2 porções da mesma substância, localizado em via pública, onde ele havia dispensado. Por ocasião do flagrante, o acusado admitiu, informalmente, a prática do comércio espúrio.

A materialidade delitiva restou incontroversa, sendo comprovada pelo auto de exibição e apreensão e, fundamentalmente, pelo laudo de exame químico-toxicológico.

No tocante à autoria, a prova colacionada nos autos é absolutamente segura quanto à dinâmica descrita na inicial, sendo induvidosa a prática da mercancia pelo acusado, a despeito da escusa ofertada em juízo, afirmando que estava no local apenas para comprar drogas.

Os policiais militares Thiago e Carlos narraram, em uníssono, como se deu a abordagem do acusado, corroborando a apreensão da droga e reportando as informações veladas acerca da traficância no local.

Os depoimentos das testemunhas são dignos de credibilidade, até porque, na espécie, não se extrai dos autos nenhum motivo concreto para rechaçá-los.

A prova colacionada é robusta e desautoriza a pretensa absolvição.

No tocante à tese de atipicidade, cumpre anotar que se trata de crime de múltipla ação, de modo que a conduta "trazer consigo", por si só, configura o tipo penal, independentemente da efetiva comercialização do produto.

Acesso ao Sumário

As penas comportam reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, incidiu de forma escorreita a agravante do artigo 61, II, "j", do Código Penal, pelo fato de o delito ter sido cometido durante período de calamidade pública, assim declarado pelas autoridades em razão da pandemia provocada pelo vírus Sars-CoV-2.

A agravante genérica, segundo entendimento com o qual me alinho, é de caráter objetivo e justificável diante da insensibilidade moral do acusado

frente a grave crise de saúde pública que vem assolando a sociedade. Na terceira etapa do cálculo, incidiu o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006. Porém, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida, tenho como adequada e proporcional a redução máxima, diminuindo a sanção penal para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.

O regime prisional é o mais brando e o acusado já foi favorecido com a substituição por penas restritivas, carecendo, pois, de interesse recursal nesse sentido.

Posto isto, pelo meu voto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao apelo a fim de reduzir a sanção penal para **01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500810-89.2020.8.26.0618, da Comarca de Taubaté, em que é apelante RITA LOURENA LEITÃO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por votação unânime, DERAM PROVIMENTO ao apelo, para reconhecer a ilicitude da prova obtida mediante violação ao domicílio e, por consequência, ABSOLVER a acusada, nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.456)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente), SÉRGIO MAZINA MARTINS e VICO MAÑAS.

São Paulo, 19 de novembro de 2021.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Tráfico de drogas – Obtenção da prova por meios ilícitos – Policiais invadiram residência mediante arrombamento da porta – Garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio – Reconhecida a ilicitude prova obtida com invasão ao domicílio – De rigor a absolvição da ré, por ausência de materialidade.

Acesso ao Sumário

Recurso provido.

VOTO

RITA LOURENA LEITÃO DOS SANTOS foi condenada pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Taubaté, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprido no regime intermediário, somado ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, por infração ao artigo 33, c*a*put, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 256/273).

A Defesa apresentou recurso de apelação, reclamando a declaração da ilicitude da prova obtida mediante invasão ao domicílio. Subsidiariamente, pugnou pela redução das penas básicas, bem como pela forma privilegiada e, por fim, requereu o regime prisional aberto, após a aplicação da detração penal (fls. 286/304).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 308/324), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não atendimento ao reclamo (fls. 335/346).

É o relatório.

A acusada foi condenada porque, conforme a denúncia, no dia 14 de agosto 2020, por volta das 19h30, na Paulo Wagner Santos, 63, bairro Cecap 3, Bloco 63, Bonfim, nesta cidade e comarca, para fins de tráfico, tinha em depósito 175,74g de maconha e 744,22g de cocaína individualizada além de um tablete de cocaína, pesando 497,28g, drogas que causam dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Passo a relatar os depoimentos dos policiais militares Richardson Alves de Alcântara e Douglas Fernandes Pereira, responsáveis pela apreensão das drogas.

Sempre que ouvidos, os policiais narraram que estavam em patrulhamento em via pública quando visualizaram dois indivíduos correndo para o interior de um bloco de apartamentos populares, fato que motivou a perseguição à dupla, todavia perderam de vista os indivíduos, sendo que defronte ao apartamento localizado no último andar de um dos blocos, sentiram forte odor de maconha e, visto que a porta estava "entreaberta" (nas palavras do policial Richardson) ou "parcialmente aberta" (nas palavras do policial Douglas), visualizaram um cigarro de maconha parcialmente consumido na estante, razão pela qual solicitaram a presença do morador. Narraram que Rita se apresentou como única moradora e teria afirmado que no guarda roupas dela havia mais drogas, as quais guardava para um casal em troca do recebimento da quantia de um mil reais (fl. 05 e 06).

Em Juízo, os policiais narraram os mesmos fatos, consignando que o apartamento onde estava a acusada é localizado no último andar do prédio, onde a porta estaria entreaberta e, após terem franqueada a entrada, localizaram em

Acesso ao Sumário

um quarto ao lado do dormitório ocupado pela acusada, farta quantidade de droga. Consignaram que no dormitório da acusada havia uma cama e uma sapateira e, no outro, uma cama e um guarda roupas contendo vestes masculinas, onde também estavam as drogas.

Em solo policial, a acusada afirmou que estava dormindo no apartamento de Rafael, onde residia havia um mês. Disse que o segundo dormitório não lhe era acessível, pois Rafael guardava seus pertences naquele cômodo. Narrou que na data dos fatos, havia fumado um "baseado" e, mais tarde, foi acordada pelos policiais que lhe perguntaram se alguém havia corrido para dentro do apartamento. Aduziu que os policiais indagaram acerca da existência de drogas, além do cigarro de maconha parcialmente consumido, ao que respondeu que, caso houvesse, estaria no quarto do Rafael, cômodo que nunca havia entrado. Consignou que no momento em que foi interpelada pelos policias, ainda no apartamento, disse que guardava as substâncias para um casal por temer represálias por parte de Rafael. Negou qualquer envolvimento com o narcotráfico (fl. 20).

Interrogada em Juízo, consignou que na data de sua prisão, havia trabalhado vendendo sacos de lixo e, ao chegar no apartamento onde estava residindo temporariamente, fumou um cigarro de maconha que havia ganhado e, em seguida, foi dormir. Disse que já estava dormindo quando ouviu um barulho vindo da porta, ocasião em que acordou e viu que policiais estavam dentro de sua residência, revistando o local. Afirmou que os policiais determinaram que desbloqueasse seu celular e olharam o conteúdo. Negou ciência de que havia droga no local, bem como negou ter indicado onde estariam as substâncias. Consignou que os policiais estavam muito nervosos, querendo que afirmasse que estava guardando a droga para alguém, por isso disse que a guardava para Rafael, mas negou ter falado que receberia em troca o valor de mil reais. Ressaltou que a porta do apartamento estava trancada, pois não costuma deixá-la aberta, especialmente porque estava dormindo (*link* fl. 255).

A testemunha Simone, ouvida sob o contraditório, afirmou conhecer a acusada há quatro anos. Disse que Rita estava no apartamento havia menos de trinta dias. Consignou que Rita nunca teve envolvimento com o narcotráfico, sendo ela uma pessoa trabalhadora e honesta (*link* fl. 255).

No mesmo sentido foi o relato da testemunha Maria Renata, que abonou a conduta de Rita, afirmando que é pessoa trabalhadora, pois vendia sacos de lixo na rua, fazia faxina e trabalhou de ajudante de cozinha (*link* fl. 255).

Veio aos autos fotografia da porta que, segundo a Defesa, foi arrombada pelos policiais (fl. 167).

Pois bem.

É pouco crível que a acusada, que estava só e dormindo no apartamento, localizado em um conjunto de moradias populares, mantivesse a porta

Acesso ao Sumário

"semiaberta". A acusada afirmou que os policiais estouraram a porta e sua afirmativa encontra amparo na fotografia de fl. 167, juntada pela Defesa.

No caso dos autos, a obtenção da prova consistente na apreensão das substâncias narcóticas, ocorreu mediante violação ao domicílio. **Assim, entendo ilícita a prova.**

Nem se diga que a acusada teria admitido a guarda das substâncias, eis que segundo relatou, sentiu-se intimidada pela truculência dos agentes, razão pela qual teria dito que se tivesse droga no local, seria no quarto de Rafael, cômodo não acessado pela ré.

É cediço que o delito em questão, é de natureza permanente, de forma que o estado de flagrância se protrai no tempo. Pois bem, justamente a prisão em flagrante é uma das circunstâncias que excepcionam a regra de inviolabilidade de domicílio. No entanto, indaga-se: pode o agente público ingressar na casa de qualquer pessoa imotivadamente ou por mero instinto? Se, por mero instinto, ingressar e constatar a prática de crime, estará convalidada sua ação? E se, nesta mesma situação, ingressar e nada encontrar, a ação estará mesmo assim convalidada ou deverá ele responder por invasão de domicílio ou abuso de autoridade?

O ingresso, sem mandado judicial, de agentes das forças de segurança pública em casa alheia motivados pela mera suspeita instintiva de prática de crime é situação das mais corriqueiras, o que se depreende da reiterada apreciação de casos análogos.

Não à toa, quando a questão subiu ao Supremo Tribunal Federal suscitou intenso debate. Tal se deu por ocasião do julgamento do RE nº 603.616/RO – Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 05/11/2015.

O Excelso Pretório debruçou-se sobre o tema e, em repercussão geral, estabeleceu as balizas para o controle judicial *a posteriori* desta que, repita-se, é uma das situações que mais grassam nos tribunais, sobretudo em casos de tráfico, sabidamente de natureza permanente:

> *"Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral.* ***2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protrai no tempo****. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia.* ***4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito***

Acesso ao Sumário

legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente*. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.* ***5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito****, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.* ***7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso****."* – destaquei

Assim, para o fim de controle judicial *a posteriori*, em delitos de natureza permanente, em cada caso concreto, tem-se que é lícito o ingresso de agentes estatais no domicílio da pessoa, ainda que sem autorização judicial e à noite, desde que haja justa causa para a entrada forçada, consubstanciada esta em "justificativa prévia conforme o direito", sob pena de se reputar arbitrária, e, portanto, ilícita a medida. Ressalva importante, não será a posterior descoberta de atividade criminosa que por si só justificará a arbitrariedade eventualmente constatada.

No caso aqui tratado, os agentes foram motivados a adentrar no imóvel, localizado no último andar de um prédio de moradia popular, onde a porta estaria "semiaberta", enquanto a moradora dormia, bem como por terem sentido o odor exalado pela droga, frise-se: 175 gramas de maconha, que estaria embaixo de um guarda roupas, dentro de um dos quartos. Tal quadro se mostra pouco crível. Especialmente diante da fotografia de fl. 167, que ilustra uma porta arrombada.

Nesse cenário, a apreensão das drogas afigura-se ilícita porque realizada com violação de garantia de envergadura constitucional, **violação que não se convalida, segundo o entendimento do Excelso Pretório, com *a posteroir* apreensão de droga.**

Ilícita a obtenção da prova que sustenta a imputação feita na denúncia, o

Acesso ao Sumário

desate absolutório era mesmo de rigor.

Por votação unânime, **DERAM PROVIMENTO** ao apelo, para reconhecer a ilicitude da prova obtida mediante violação ao domicílio e, por consequência, **ABSOLVER** a acusada, nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. **Expeça-se alvará de soltura clausulado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1523627-56.2020.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADMILSON DE ARAÚJO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.999)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 19 de novembro de 2021.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recurso defensivo.

ABSOLVIÇÃO. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas.

DOSIMETRIA. Manutenção da agravante de calamidade pública, que prescinde de favorecimento a qualquer forma à prática do crime, bastando apenas seja cometida durante esse período, mormente porque expressamente capitulada na denúncia, preservando-se o princípio da correlação. Inegável a maior reprovabilidade da conduta durante o período de pandemia de covid-19 (Decreto Legislativo Federal nº 06/2020). Há aumento da vulnerabilidade das pessoas e também ofensa ao isolamento social necessário para a não propagação da doença, causando aproximação física, o que não pode ser desprezado pelo Direito Penal, sob

Acesso ao Sumário

pena de equiparação de situações desiguais e ofensa à individualização. *Quantum* desta majorante, assim como da reincidência, mantido. Inaplicabilidade do redutor, destinado exclusivamente aos primários. Regime fechado preservado.

DETRAÇÃO PENAL. Matéria de execução, sob pena de supressão da instância, ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural, sem contar que sequer cumprido o lapso necessário.

DESPROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta por **ADMILSON DE ARAUJO DOS SANTOS** contra a sentença proferida pelo Juízo da 31ª Vara Criminal do Foro Criminal Central, que o **condenou** às penas de 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, no piso, em regime fechado, como incurso na Lei nº 11.343/06, art. 33, ***caput***, c.c. o CP, art. 61, II, j), pleiteando absolvição, por insuficiência probatória e, subsidiariamente, afastamento do agravante de calamidade pública – ou aplicação em 1/6 –, cuja fração postula também para a reincidência (e não 1/5), além de abrandamento da modalidade prisional, ainda que por força da detração penal (CPP, art. 387, § 2º).

Devidamente processada, a **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** opinou pelo desprovimento.

É o relatório.

A acusação é de que, segundo a denúncia, aos "*9 de novembro de 2020, por volta das 12 horas, na Rua Corolampio Trilhas no 1, Cidade Tiradentes, nesta Capital, em situação de fragilidade social decorrente de calamidade pública, **ADMILSON DE ARAUJO DOS SANTOS**, identificado a fls. 12, foi surpreendido trazendo consigo, para fins de tráfico, 22,3g (vinte e dois gramas e três decigramas) de Benzoilmetilecgonina, mais conhecida como "cocaína", em 68 (sessenta e oito) porções; 30,3g (trinta gramas e três decigramas) da mesma substância, em 140 (cento e quarenta) pinos de "crack"; 22,2g (vinte e dois gramas e dois decigramas) de Tetraidrocanabinol, mais conhecido como "maconha", em 31 (trinta e um) porções; 64,5ml (sessenta e quatro mililitros e cinco décimos) de Tricloroetileno, mais conhecida como "lança-perfume", em 12 (doze) frascos; drogas que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme no B.O. 3652/2020 de fls. 3/5; auto de exibição e apreensão de fls. 8; e laudo de constatação de fls. 18/28*".

Materialidade comprovada pelo laudo de exame químico-toxicológico

Acesso ao Sumário

(fls. 108/110), a autoria é inconteste.

Interrogado, negou a imputação. Disse que subia a rua, por volta de 10h00min, com um telefone no ouvido. Na viela em questão só era possível a passagem de uma pessoa; por isso, aguardou a travessia de um rapaz, por quem foi abordado e conduzido para a Delegacia. Não estava traficando. Foi liberado, porém, alguns minutos depois, foi novamente abordado por esse mesmo policial – que sequer compareceu em Juízo –, que agora estava com as drogas. Assim, foi acusado de tráfico e detido. Não conhecia os agentes públicos. Na época, vendia doces na via pública, com uma perua.

Os PMs *Rubert* e *Evandro* realizavam operação em conhecido ponto de tráfico, quando avistaram o apelante – a quem não conheciam anteriormente – com uma sacola. Realizada a abordagem, encontraram entorpecentes no interior do mencionado invólucro plástico, além de determinada quantia em dinheiro. Indagado, alegou que enfrentava dificuldades financeiras e, assim, realizava a vil mercancia. Disse ainda que toda a região da Cidade Tiradentes é conhecida pela prática deste comércio espúrio.

Prova suficiente.

Conquanto a defesa se apegue, de forma insistente, à rebatida tese de imprestabilidade do depoimento de policiais, inexiste qualquer eiva, mormente porque seus dizeres são harmônicos e coerentes, não havendo comprovação de qualquer animosidade anterior a justificar infundada acusação, inclusive diante do contido no CPP, art. 202, de que toda pessoa pode ser testemunha, até porque seria um contrassenso o Estado credenciar pessoas para a função repressiva e depois lhes negar crédito quando dão conta de suas diligências (RT 417/94, 486/351, 771/565 e 772/682).

O tráfico é aferível pelas circunstâncias da diligência, na qual o apelante foi pilhado em notório ponto de tráfico na posse de variados entorpecentes, além de dinheiro – de origem não esclarecida –, além dos inexoráveis dizeres dos agentes públicos, elementos suficientes à procedência, não remanescendo quaisquer dúvidas quanto ao destino a terceiros.

Acesso ao Sumário

Ademais, por ser o crime de tráfico de ação múltipla – apresenta várias formas objetivas de violação do tipo penal –, basta, para a consumação do injusto, a prática de um dos verbos ali previstos (STJ – AgRg no REsp 736729/PR – Ministro **OG FERNANDES** – Sexta turma – Dje 02/05/2013).

Dosimetria

As bases partiram do piso, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Presentes as agravantes de prática do crime durante estado de calamidade e da reincidência (fls. 138), foram elevadas em 1 ano e 100 dias-multa (ou seja, subentendida fração de 1/5), aplicadas em relação a cada uma delas, chegando-se a 7 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Incogitável o afastamento do estado de calamidade, que prescinde de favorecimento à prática do crime, bastando apenas seja cometida durante esse período, mormente porque expressamente capitulada na denúncia, preservado o princípio da correlação.

Inegável a maior reprovabilidade da conduta durante o período de calamidade pública imposto pela pandemia de covid-19 (Decreto Legislativo Federal nº 06/2020). Há aumento da vulnerabilidade das pessoas e também ofensa ao isolamento social necessário para a não propagação da doença, causando aproximação física, o que não pode ser desprezado pelo Direito Penal, sob pena de equiparação de situações desiguais e ofensa à individualização.

Lídimo o ***quantum*** de aumento operado relativo às duas agravantes, mormente porque já foi definitivamente condenado por tráfico e, em plena pandemia, voltou a comercializar as nocivas e deletérias substâncias, em total menoscabo à saúde pública.

Nesse sentido: "***Agravante. Reincidência. Reconhecimento. Quantum de aumento. Não especificação no código. Discricionariedade vinculada. Fundamentação. Existência. Agente reincidente no mesmo tipo de crime e em outros delitos. Proporcionalidade entre a fração escolhida e a motivação apresentada.*** *Coação ilegal inexistente. 1. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena. 2. Verificando-se que o paciente é reincidente específico e possui em seu desfavor outras duas condenações anteriores definitivas por roubo e furto, mostra-se proporcional a escolha da fração de 1/4 (um quarto) para o aumento de pena na segunda etapa da dosimetria, pelo reconhecimento da agravante do art. 61, I, do C*P" (STJ – HC 214527/SP – Relator Ministro **JORGE MUSSI** – QUINTA TURMA – DJe 21/09/2012 – grifei).

Inexistentes causas de aumento, impossível a incidência da minorante do art. 33, § 4º, destinada unicamente a primários, assim definitivas.

Impõe-se a manutenção do regime fechado, como acertadamente fixado, porque outro mais brando não atenderia à gravidade concreta da conduta, lembrando-se, que apesar de o STF ter reconhecido e declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º, que instituiu obrigatoriedade do início da pena no fechado, no julgamento do HC nº 111.840/ES, a gravidade concreta da conduta – agente que trazia consigo enorme quantidade de variados entorpecentes que, se disseminada, traria elevados riscos à saúde pública –, justifica a imposição do mais gravoso, mormente em se tratando de recalcitrante.

No mais, impertinente qualquer detração para fins de progressão – a ser

Acesso ao Sumário

deduzida perante o Juízo das Execuções –, anotando-se, por oportuno, sequer ter cumprido o requisito objetivo – preso desde 9/11/20 –, não se podendo suprimir a instância, ofender o duplo grau de jurisdição e o princípio do juiz natural.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005110-47.2019.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante K.H.M., 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 18.629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ÁLVARO CASTELLO e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – Apelo da ré – Pretendida absolvição por falta de provas – Descabimento – Quadro probatório apto a alicerçar a condenação – Penas corretamente fixadas – Manutenção do regime semiaberto para início de cumprimento de pena – Inaplicabilidade da detração penal – Sentença inalterada.

RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 7712/7718, acrescenta-se que K.H.M. foi condenada ao cumprimento de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, no piso legal, como incursa no art. 2º, *caput*, c.c. art. 1º, § 1º, e art. 2, § 2º, todos da Lei nº 12.850/13.

Foi concedido à acusada o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, apela a ré, postulando desate absolutório por insuficiência de provas. Em linha subsidiária, almeja o redimensionamento das reprimendas

impostas, afastando-se a majorante prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, o abrandamento do regime prisional, observado o disposto no art. 387, § 2º do Código de Processo Penal e a concessão do direito de recorrer em liberdade (razões de fls. 7741/7745).

O recurso foi respondido (fls. 7752/7752).

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal manifesta-se pelo desprovimento do apelo (fls. 7758/7797).

É o relatório.

2. O reclamo não comporta acolhida.

3. Consta da denúncia que, durante período indeterminado, porém até 24 de janeiro de 2019, K.H.M., juntamente com outros quarenta agentes, alguns durante todo o período, outros não, integraram e financiariam organização criminosa armada, para o fim de cometer crimes, em especial o tráfico de drogas, além de delitos contra o patrimônio e relacionados à aquisição, posse, porte, guarda, manutenção em depósito, transporte, fornecimento, empréstimo e emprego de armas de fogo (autos desmembrados nº (...) – feito ainda não sentenciado).

4. Ao contrário do sustentado nas razões do recurso, a autoria e materialidade delitivas foram cabalmente comprovadas, sobretudo pelos relatórios de interceptação telefônica, relatórios técnicos e perícias realizadas nos aparelhos celulares apreendidos (fls. 3427/4247, especificamente fls. 3834/3840).

5. Ao que se verifica, nos autos nº (...), K. foi denunciada como incursa no art. 148, *caput*, e art. 288, *caput*, c.c. art. 61, inciso II, alíneas "a" e "c", na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque, juntamente com os corréus E.A.S., vulgo "F.", D.G.L.J., J.A.S., F.R. e F.H.F., teria sequestrado I.C.S.N., por ordem de E., pelos motivos a seguinte expostos (denúncia de fls. 236/239).

De acordo com o feito criminal supramencionado, no dia anterior aos fatos, I. estaria no Estado do Mato Grosso do Sul. Ao se envolver em uma briga, a vítima alegou exercer a função de "F." no Primeiro Comando da Capital, sem, de fato, integrá-lo, o que chegou ao conhecimento de E., conhecida por tal alcunha.

Sob o comando de E., os corréus se dirigiram à residência de I., onde ela teria confessado os fatos. Ato contínuo, a ofendida teria sido levada até a casa de K., onde seria julgada pelo "Tribunal do Crime". Contudo, antes de a vítima ser "julgada", policiais militares acudiram ao local, após denúncia feita por pessoas não identificadas, ocasião em que I. relatou-lhes os fatos.

Além da prova oral coligida, – notadamente os relatos extrajudiciais da vítima (fls. 08), que não compareceu em juízo para prestar depoimento – em exame pericial realizado no aparelho celular de K., foi localizado um diálogo entre a ré e E., no qual *"as interlocutoras (K. e E.) debatem a existência de ou-*

Acesso ao Sumário

tra mulher que se passara por "f.". A conversa em questão se encerra com K. dizendo que está se conduzindo até sua residência em resposta à declaração de E. de que "'já chegaram na sua casa'" (fls. 369/370 dos autos nº (...)).

Por sentença proferida em 28 de junho de 2019, os réus foram absolvidos por insuficiência de provas, uma vez que não restou cabalmente comprovado tenha havido ameaça, cárcere privado, tampouco de que no local estaria ocorrendo o chamado "Tribunal do Crime" (fls. 777/786).

6. A despeito do desate absolutório no feito acima citado, não há dúvidas do envolvimento de K. na organização criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital" - PCC, notadamente porque, repisa-se, a absolvição da ré naqueles autos ocorreu por insuficiência de provas.

Através das interceptações telefônicas foram obtidos diálogos em que K. conversa com "L." (corréu O.L.L.) sobre o sequestro e cativeiro de uma menina em Presidente Prudente:

> *"Ligação telefônica em 28/11/2018, às 20:23:20: "Aos 0:09:40, L. fala: "o K., tá comigo o irmão C., ele fecha na S.G.". Aos 0:10:34, ao ser questionada sobre a situação em que se envolveu, K. responde: "era cativeiro, eu fui buscar o pessoal e a menina que tava sequestrada e levei pro meu barraco lá no cativeiro, nós ficamos lá". Aos 0:10:45, C. indaga: "era uma condução do C. que tava* lá, né?" Aos 0:10:55, K. *responde: "era uma condução do C., ela tava se passando por uma irmã no Mato Grosso" Aos 0:11:08, C. indaga: "isso aconteceu na cidade mesmo?" Aos 0:11:14, K. responde: "é, aqui em PRESIDENTE PRUDENTE". C. informa que muitos "irmãos do Mato Grosso estavam na linha. C. informa que isso foi no dia 08/10.*
>
> *Aos 0:13:07 K. diz que estava com a C. o P. (chamado também por D.) e o F. L. diz que P. era o disciplina da cidade. K. diz que ela e a C. saíram para cumprimento de prisão domiciliar"(fls. 3834/3835).*

Ouvida em juízo, K. alegou não integrar a organização criminosa. Ressaltou, ainda, o fato de ter sido absolvida no caso do sequestro. Alegou que, no dia dos fatos, estava havendo uma festa em sua casa, o que afirma ter sido comprovado. Indagada acerca do diálogo acima, disse que, dias antes da audiência do sequestro, quando estava em prisão domiciliar, um rapaz desconhecido foi à sua casa para saber o que teria acontecido; esse indivíduo entregou-lhe seu telefone, onde conversou com outro agente sobre as acusações que lhe foram imputadas. Indagada, disse não ter conhecimento sobre os termos usados pelo interlocutor identificado como "L.", dentre eles "Disciplina da cidade" e "Comando" (termo de audiência – fls. 7682).

Em que pese a negativa da recorrente, percebe-se claramente que a acusada tinha pleno conhecimento das expressões utilizadas por "L.", como se verá

Acesso ao Sumário

adiante, a indicar que, sem sombra de dúvidas, era integrante da organização criminosa.

Como bem destacado nas contrarrazões ministeriais e no erudito parecer do douto Procurador de Justiça, Dr. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, o "Primeiro Comando da Capital" é conhecido por sua atuação ativa dentro e fora dos presídios paulistas. Seus integrantes encontram-se divididos em células regionais de atuação, contam com estrutura própria e gozam de relativa autonomia em relação à liderança geral da organização. Independentemente do tamanho da célula e do número de membros, há uma estrutura específica, onde cada criminoso possui funções determinadas e nomenclaturadas, atuando no comando, gerenciamento e fiscalização das atividades desempenhadas pelos demais membros.

Analisando o citado contato telefônico entre K. e "L", podemos observar o emprego de termos que designam funções já identificadas através de anos de extensa investigação, os quais a ré não conheceria se não integrasse a facção, como por exemplo:

- "**Sintonia**": membro da facção responsável por controlar os demais integrantes da organização criminosa, especialmente no que se refere à prática de atentados, danos, mortes e outros crimes. O "sintonia final" tem maior poder decisório dentro da organização e suas deliberações são encaminhadas ao "sintonia geral". Há notícia de que existam membros que atuam na função de "Sintonia" inclusive em outros Estados;

- "**Disciplina**": membro do PCC que detém a função de fiscalizar a condução dos demais integrantes da organização criminosa que atuam na região para verificar o estrito cumprimento ao estatuto e às ordens emanadas pela liderança. O "Disciplina", ainda, resolve as desavenças entre os membros, muitas vezes através de julgamentos realizados pelo próprio grupo, nos quais são impostas sanções imediatas e severas, como a morte.

Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que K. integrava a maior organização criminosa do país, motivo pelo qual correto o desfecho condenatório.

7. O procedimento dosimétrico tampouco comporta reparos.

Em observância aos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, em 3 anos de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa.

Ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na fase derradeira, inafastável o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, pois, como bem ressaltado pelo MM. Juiz "a quo", *"(...) é de conhecimento comum que a organização criminosa "PCC" se utiliza, inclusive, de armamento pesado para a prática de delitos*".

A propósito sobre o tema, já decidiu este Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"*(...) é de se ver que, sabidamente, a facção criminosa* [PCC] *conta com verdadeiro arsenal, entre armas de uso permitido e também de uso restrito, de diversos calibres e imenso poder vulnerante, o que deve ser considerado em desfavor do réu, integrante da organização e certamente ciente da condição*" (Apelação Criminal nº 1001206-58.2018.8.26.0074, rel. Des. Newton Neves, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 14/11/2019).

"*Há indicativos seguros nos autos, e aliás, é fato público e notório, que a organização criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital PCC", da qual o réu é integrante, emprega armas de fogo em suas diversas atividades ilícitas. E é indiferente que nenhum armamento tenha sido encontrado em poder do acusado, ou que ele não tenha participado, diretamente, de nenhuma ação criminosa realizada com o emprego de armas. Até em função do disposto no artigo 30 do Código Penal, segundo o qual somente as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam, a utilização de arma de fogo, que é circunstância objetiva, se estende a todos os membros da facção, mesmo àqueles que, no desempenho de atribuições específicas, como o recorrente, não tem contato com o armamento*" (Apelação Criminal nº 0004158-80.2018.8.26.0483, rel. Des. Xavier de Souza, 11ª Câmara de Direito Criminal, j. 13/11/2019).

Desta forma, correta a majoração da pena em 1/2, alcançando-se uma reprimenda final consistente em 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo.

8. Por fim, correta a fixação do **regime semiaberto** para início de cumprimento de pena. Além da **gravidade concreta** da conduta imputada à sentenciada, que **integra a maior organização criminosa do país**, verifica-se que ela também se encontra condenada por sentença ainda não definitiva, mas já confirmada em segundo grau, pela prática do crime de tráfico de drogas (autos nº (...)), a demonstrar que se dedica integralmente às atividades ilícitas, impondo-se maior rigor na aplicação da lei penal.

Nesse sentido, cabe mencionar importante precedente da Suprema Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal. Inexistência de ilegalidade. 2. Habeas corpus indeferido." (*Habeas Corpus* nº 177076-PI, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 04/02/2020).

8.1. Também inaplicável, na hipótese, o disposto no artigo 387, § 2º, do CP.

Acesso ao Sumário

Eventual cabimento de detração penal será analisado, no momento oportuno, pelo juízo das execuções, "órgão estruturado especificamente para apurar incidentes de execução e com melhores condições de verificar a presença de variáveis prejudiciais à concretização do regime prisional imposto nessa seara" (Apelação nº 0013294-58.2011.8.26.0609 – rel. Des. Geraldo Wohlers – j. 2/12/2014).

9. Diante do exposto, pelo meu voto **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500622-49.2020.8.26.0569, da Comarca de Itu, em que é apelante/apelado ELIZEU BRASSAROTI, é apelado/apelante 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: NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por ELIZEU BRASSAROTI e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, a fim de fixar o regime inicial semiaberto, mantida, no mais, a sentença proferida. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.347)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: <u>MAUS-TRATOS E MUTILAÇÃO DE ANIMAIS</u> – Absolvição – Impossibilidade – Existência de prova segura da materialidade e da autoria – Recurso de apelação defensivo improvido.

Recurso de apelação ministerial parcialmente provido para fixar o regime semiaberto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 197/198), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que se trata de recursos de apelação interpos-

tos por **ELIZEU BRASSAROTI** e **MINISTÉRIO PÚBLICO**, inconformados com a decisão que condenou Elizeu à pena de 02 anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no mínimo legal, por incurso no artigo 32, § 1º-A, da Lei 9.605/98.

O Ministério Público, em suas razões de recurso (fls. 209/216), em síntese, requereu a majoração da pena básica em maior fração e a fixação do regime inicial semiaberto.

A Defesa, em suas razões de recurso (fls. 217/228), requereu a absolvição do apelante, alegando ausência de comprovação da materialidade. No mérito, pleiteou a absolvição por insuficiência de provas.

As contrarrazões foram ofertadas (fls. 244/252 e 259/263).

A Douta Procuradoria de Justiça ofereceu o seu parecer (fls. 274/277).

É o relato do necessário.

A questão acerca da alegada ausência de materialidade será analisada conjuntamente com o mérito.

Consta na denúncia que ELIZEU BRASSAROTI, em 19 de novembro de 2020, teria praticado atos de maus-tratos e mutilação contra animais domésticos.

Ana, em Juízo, disse que é protetora de animais e recebeu, via redes sociais, um vídeo postado por uma pessoa que alugou a chácara do réu. Disse que o vídeo mostrava filhotes com as orelhas cortadas, razão pela qual a depoente foi à delegacia. Disse que foi à chácara em companhia do investigador, Moacir, e, lá chegando, o réu disse que os cachorros eram dele e não soube explicar por que estavam mutilados. Disse que não havia água e nem comida para os cães, e os animais estavam com as orelhas infeccionadas e um deles com febre. Que os filhotes estavam com muita dor na região da cabeça. Se recorda que o réu confirmou que os cães eram dele e que ele demonstrou achar normal cortar as orelhas dos cachorros. Disse que o réu não afirmou naquele momento que estava cuidando dos cachorros para alguém. Disse que os animais foram encaminhados a uma clínica veterinária, pois estavam com infecção e precisaram ficar internados. Disse que os exames realizados na clínica demonstraram que os filhotes estavam com infecção e também desnutrição. Disse que o vídeo que recebeu foi mostrado para a polícia.

Luis Antonio, em Juízo, disse que conhece o réu da igreja que frequentam. Disse que quando foi na chácara do réu, em data anterior, viu que o réu tinha três cachorros e um filhote "*salsinha*" que era de Adelson. Afirmou que quando foi na chácara os cachorros estavam normais, sem qualquer mutilação. Disse que o cachorro "*salsicha*" foi deixado no local por Adelson. Disse que ficou com dó dos cachorros quando viu os vídeos. Disse que as orelhas estavam inflamadas. Reiterou que os cachorros não tinham ferimentos quando o depoente foi à chácara em data anterior. Confirmou que na delegacia disse que os três

Acesso ao Sumário

cachorros eram de propriedade do réu.

Adelson, em Juízo, disse que estava sendo despejado e, por essa razão, deixou seu cachorro "*salsicha*" sob os cuidados do réu. Disse que quando levou o seu cachorro, viu que o réu tinha mais três cachorros. Que o cachorro do depoente não foi mutilado. Disse que não se recorda de ter dito, na delegacia de polícia, que viu um dos cachorros com as orelhas mutiladas. Disse que teve uma desocupação de uma favela próxima à chácara.

Moacir, investigador de polícia, em Juízo, afirmou que foi comunicado de maus tratos a animais. Que uma pessoa que alugou a chácara gravou um vídeo com cachorros mutilados. Disse que se dirigiu à chácara e viu os cachorros com as orelhas cortadas. Disse que os cães estavam com bastante infecção, com pulgas, carrapatos e magros, e que a condições dos animais eram bastante precárias, fora a parte da mutilação. Disse que o réu Eliseu afirmou que havia recebido aqueles cachorros já mutilados. Disse que, pelas gravações, as mutilações eram bem recentes. Disse que apreenderam uma faca que teria sido usada na mutilação. Disse que o réu não indicou quem teria sido o autor das mutilações. O depoente confirmou que, na delegacia de polícia, o réu disse que ajudou a decepar as orelhas dos cachorros, mas não indicou quem teria feito. Disse que o réu entregou uma faca que teria sido utilizada para a mutilação. Não sabe por que não juntado o vídeo aos autos. Disse que o réu não indicou de quem teria recebido os animais. Que o réu não queria ser levado à delegacia e precisou ser algemado.

Em Juízo, o apelante negou os fatos a ele imputados, afirmando, em resumo, que recebeu os animais para cuidar, de moradores da favela próxima, mas que eles já estavam mutilados. Disse que dois dos animais tinham as orelhas cortadas e um terceiro possuía o rabo cortado. Disse que foi agredido pelo investigador de polícia, Moacir. Disse que quando foi surpreendido com a chegada da polícia, os animais estavam bem cuidados e mesmo assim foi agredido e algemado. Não soube dizer por que estão tentando prejudicá-lo e que sequer conhece a testemunha Luis.

Pois bem.

Verificadas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, restou absolutamente comprovado nos autos que o réu praticou maus-tratos aos animais e foi o responsável pela mutilação de três filhotes de cachorro.

A materialidade encontra-se devidamente comprovada nos autos pelos depoimentos seguros prestados, além do relatório elaborado pela clínica veterinária.

Constou no relatório de fls. 10/11 que:

"esses animais podem ser classificados como sofrendo maus-tratos, atos de crueldade, pois não recebiam cuidados veterinários, ficavam sempre no sol e na chuva, sem água e sem ração, além da sujeira de urina e fezes

Acesso ao Sumário

no local. E pior que tudo isso, foram mutilados: removidos o rabo e as orelhas com facão, estando propensos a adquirir várias doenças devido às condições ambientais, de higiene inadequadas e por causa do fação comunicados.

Ao exame clínico, apresentava-se abaixo do peso, pelo e peles ressecados e sem brilho, com crostas e descamação. Muito mal cheiro devido estar em ambiente com as suas próprias fezes e urina, o que proporcionou o aparecimento de conjuntivite bilateral (inflamação da conjuntiva ocular), com grande quantidade de secreção. Apáticos, desidratados, assustados e com muita fome. Animais extremamente dóceis, porém, com muito medo. Apresentam muitas pulgas. Estão com infecção nas partes removidas, febre e aumento de volume devido à infecção nas orelhas. Ainda não sabemos se apresentarão tétano ou mesmo se resistirão à infecção por serem filhotes".

Desnecessária a realização de outras provas técnicas, a fim de comprovar a materialidade do crime.

Quanto à autoria, a testemunha Luis, em depoimento seguro, sempre afirmou que já havia visitado a chácara do réu em oportunidade anterior, podendo lá ver os cachorros, que não apresentavam qualquer mutilação.

Não há nos autos o mínimo indício de que as testemunhas ouvidas pretendessem prejudicar o apelante, imputando-lhe, falsamente, o crime ora analisado.

Frise-se que o apelante sequer arrolou como testemunhas ou mesmo indicou que teriam sido as pessoas que deixaram os cães sob os seus cuidados, já mutilados.

Como bem ressaltou o juízo sentenciante, "*Restou evidenciado que os animais foram mutilados e que se encontravam em péssimo estado de saúde. O laudo veterinário de fls. 10/11 descreve a situação dos cachorros e é evidente a tipificação do crime ambiental. Ainda que não fosse o responsável direto pela mutilação, os maus tratos restaram evidenciados, pela infecção, falta de comida e de higiene. Tratando-se de cães, incide o art. 32, § 1º-A, da Lei 9.605/98*".

Passa-se, assim, à análise da pena imposta.

Na primeira fase da dosimetria, adequadamente, a pena básica foi majorada de ¼ (um quarto), em razão do número de filhotes submetidos a maus- tratos e mutilados, além das péssimas condições de saúde dos animas e pelo intenso sofrimento a que foram submetidos. Neste ponto, compreendo que o recurso ministerial não merece provimento, já que adequada a fração eleita pelo MM. Juízo de Direito "*a quo*".

Na segunda fase da dosimetria, verifica-se que se trata de apelante reincidente (fls. 32/36), de modo que se mostrou correta a majoração da pena de 1/6 (um sexto), ancorando a reprimenda em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de

Acesso ao Sumário

reclusão, além do pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no mínimo legal.

Por fim, compreendo ser caso de provimento do recurso ministerial, no que diz respeito à fixação do regime prisional inicial.

O apelado Eliseu é reincidente. Não bastasse, há comprovação nos autos de que os filhotes foram submetidos a intenso sofrimento com a mutilação e com os maus-tratos, de modo que o regime intermediário mostra-se consentâneo com a reprovabilidade da conduta perpetrada.

Posto isto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por **ELIZEU BRASSAROTI** e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, a fim de fixar o regime inicial semiaberto, mantida, no mais, a sentença proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0066178-48.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PAULO SÉRGIO ROCCO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.163)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Peculato-apropriação – Recurso da defesa – Fragilidade probatória, fixação da pena-base no mínimo legal, adoção do regime aberto e substituição da carcerária por restritiva de direitos – Descabimento – Materialidade e autoria comprovadas – Depoimento da policial civil firme e harmônico, corroborado pela documentação juntada aos autos – Antecedentes criminais por crimes da mesma espécie documentalmente comprovado nos autos – Impossibilidade de fixação do regime fechado ante o conformismo ministerial – Substituição da

Acesso ao Sumário

carcerária não se mostra socialmente recomendável – Apelo improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 299/302, cujo relatório se adota, condenou **PAULO SÉRGIO ROCCO** ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incursos no artigo 312, *caput*, do Código Penal.

Inconformado, apela o acusado pugnando por sua absolvição, ao argumento, em resumo, de fragilidade probatória. Alternativamente, contenta-se com a fixação da pena-base no mínimo legal, a adoção do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 308/314).

Recurso bem processado e com resposta (fls. 317/320), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 330/335).

É o relatório.

Ao que consta da denúncia, no dia 8 de outubro de 2014, nas dependências do 47º Distrito Policial, Capão Redondo, nesta Capital, o escrivão de polícia à época, **Paulo Sérgio Rocco**, apropriou-se da quantia de R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) de que tinha a posse em razão do cargo, valor pago como fiança pelo autuado em flagrante pelo crime de receptação dolosa, Lucas Ortega Lamberti, referente ao boletim de ocorrência nº 11176/2014, daquele Distrito.

Segundo apurado, o apelante era escrivão de polícia e foi responsável pela lavratura do flagrante de Lucas Ortega Lamberti, que deu ensejo ao Proc. nº 0092342-89.2014.8.26.0050, que teve trâmite pelo MM. Juízo de Direito da 22ª Vara Criminal da Capital. Na lavratura do flagrante, a autoridade policial, o Delegado de Polícia, Dr. Nilo Faria Hellmeister Júnior, arbitrou fiança de R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), que foi recolhida pelo autuado. Entretanto, apropriou-se o acusado de tal valor, desviando a quantia do destino que deveria ter, qual seja, depósito em conta judicial do *Banco do Brasil* atrelada ao processo. No decorrer do processo de receptação, o MM. Juiz de Direito determinou a juntada do comprovante de depósito da fiança arbitrada e já recolhida, oportunidade em que veio aos autos uma cópia de um depósito.

Após, como o réu Lucas Ortega Lamberti foi beneficiado pelo instituto despenalizador do artigo 89, da Lei nº 9099/95, e cumpriu todas as condições impostas, decorridos 02 (dois) anos foi extinta sua punibilidade, nos termos do § 5º do mesmo artigo de lei, sendo determinada a devolução do valor da fiança, momento em que veio à tona que o comprovante apresentado pelo acusado era falso e que não havia recolhido o valor da fiança, mas dele se apropriado, na

Acesso ao Sumário

qualidade de escrivão que detinha a posse do numerário, conforme ofício do *Banco do Brasil*.

Informações da Corregedoria da Polícia Civil que o acusado se aposentou, existindo outros procedimentos por fatos similares em relação a ele.

Inconteste que a materialidade do ilícito penal restou comprovada, tendo em vista a representação da Corregedoria Geral da Polícia Civil para instauração de inquérito policial (fls. 06/07), as cópias do Proc. nº 0092342-89.2014.8.26.0050, que tramitou perante a 22ª Vara Criminal da comarca de São Paulo (fls. 11/79), a cópia do depósito de recolhimento de fiança (fls. 50), o ofício do *Banco do Brasil,* noticiando que o depósito não foi efetivado (fls. 78) e, sobretudo, os depoimentos colhidos nos autos.

A autoria, por seu turno, emergiu induvidosa da prova amealhada.

Ouvido em declarações na fase inquisitorial, negou o acusado a prática delitiva. Justificou ter repassado o valor da fiança para um *motoboy* chamado Danilo, vulgo *Gordo*, o qual se incumbiu de efetuar o depósito. Ressaltou ter adotado o mesmo procedimento em relação a outros valores e que costumava pagar Danilo pelos serviços prestados. Mencionou, ainda, que respondeu a inúmeros inquéritos policiais e processos administrativos, em razão da ausência de depósitos judiciais de valores apreendidos em ocorrências em que atuou (fls. 145/146).

Em Juízo, apesar de regularmente citado, foi declarado revel (fls. 290).

Dita negativa, no entanto, permaneceu isolada, pois o conjunto probatório coligido, como se verá, firmou-se em seu desfavor.

Com efeito.

Déborah de Amorim relatou ter sido escrivã chefe do acusado, no 47º Distrito Policial, acrescentando que não foi o primeiro caso em que ele se apropriou de valores. Quando chegava o ofício do Juiz solicitando providências, repassava imediatamente ao acusado, dando ciência a ele em relação ao envio ou depósito que teria que ser efetuado nos autos respectivos. Esclareceu que o apelante era o responsável pelos depósitos na Delegacia de Polícia, frisando ter ele respondido a processos administrativos perante a Corregedoria da Polícia Civil, nos quais foi ouvida, confirmando os fatos descritos na denúncia. Por derradeiro, disse não ter tido mais contado com o acusado após a aposentadoria dele (fls. 289/293 e gravação digital anexada aos autos).

Diante desses fatos, não há que se falar em insuficiência probatória, uma vez que restaram demonstradas a materialidade e a autoria do crime de peculato-apropriação, principalmente se considerado o depoimento da policial civil, elemento probatório estes que constitui, de maneira indubitável, forte fator de formação de convicção.

Cumpre frisar, por necessário, que a prova calcada em depoimentos de

Acesso ao Sumário

policiais é bastante à condenação, mesmo porque, no caso dos autos, não há sequer indícios de que tivesse a escrivã de polícia interesse em acusar gratuitamente e de maneira falsa o ora apelante.

Inquestionável a validade dos depoimentos prestados por agentes policiais. Consoante a legislação vigente, os policiais, civis ou militares, como toda e qualquer pessoa, podem servir como testemunha (artigo 202 do Código de Processo Penal), mesmo porque, como cidadãos comuns, estão sujeitos ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho.

Nesse passo, aliás, tem decidido o Pretório Excelso:

> "*HABEAS CORPUS – VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS – O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. – O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos*" (HC 73518/SP – 1ª Turma – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – Julgamento em 26/03/1996).

No mesmo sentido, confira-se posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "*O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso (precedentes)*" (AgRg no AREsp 1.142.626/SP – 5ª Turma – Rel. MIN. FELIX FISCHER – Julgamento em 28/11/17, DJe de 13/12/17).

Destarte, não se pode negar valia ao depoimento dado pela policial civil nestes autos, pois, repita-se, produzido de forma segura e extreme de dúvidas.

Ademais, não há sequer sugestão de que tivesse a mínima pretensão de incriminar o apelante injustamente, mormente diante do notório risco de eventual responsabilidade pelo crime de abuso de autoridade ou de denunciação caluniosa.

Ao contrário do que sustenta a combativa defesa, o depoimento da única testemunha ouvida não se encontra isolado, tendo em vista que foi corroborado pelo ofício do *Banco do Brasil*, dando conta de que o depósito referente ao valor da fiança não foi efetivado (fls. 78).

Acesso ao Sumário

Do mesmo modo, não cuidou o apelante de comprovar a alegação que fez, no sentido de que confiou os depósitos dos valores a um *motoboy*, ônus que somente a ele incumbia, consoante estabelece artigo 156, do Código de Processo Penal, e do qual nitidamente não se desincumbiu.

Aliás, o acusado não trouxe aos autos qualquer prova que pudesse favorecê-lo.

Como se vê, o conjunto probatório coligido, sob o crivo do contraditório, foi mais do que suficiente para incriminar o apelante pelo crime de peculato -apropriação, mormente porque robustecido por informes do inquérito policial, constituindo, pois, firmes elementos para convencimento do Juízo.

Portanto, confirmada e demonstrada a autoria, a condenação do acusado era mesmo imperativa e foi bem lançada.

Desmerece reparo a dosimetria da pena.

Foi a pena de partida, em atenção aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, corretamente balizada em 1/6 (um sexto) acima do patamar mínimo, uma vez que o acusado registra ***maus antecedentes*** por ***crimes da mesma espécie*** (Processos nºs 0031133-80.2018.8.26.0050, 0009636-78.2016.8.26.0050, 0072916-57.2015.8.26.0050, 0044280-13.2017.8.26.0050 – fls. 282/284), cujas datas dos fatos são anteriores ao presente feito.

Ao depois, na segunda fase, inexistiram circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira e última etapa, ausentes causas de aumento ou diminuição, mantenho a pena do acusado, definitivamente, em **02 (dois) anos** e **04 (quatro) meses de reclusão** e pagamento de **11 (onze) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal.

No tocante ao regime prisional de cumprimento de pena, anoto que deve ser estipulado em atenção às circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59, do Código Penal, observado o que dispõe o artigo 33, § 3º, do mesmo Diploma.

E, no caso, o regime mais adequado para o cumprimento da pena reclusiva imposta seria o ***fechado***, uma vez que, como destacado, o apelante ostenta ***maus antecedentes***.

Nessa conformidade, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) na fixação da pena-base, é apropriado o regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda"* (RT 832/479).

Todavia, dado o conformismo do Ministério Público, nada resta a ser feito, em obediência ao princípio que veda a *reformatio in pejus*, sendo absolutamente descabida a adoção da modalidade prisional mais branda.

Acesso ao Sumário

Também em razão dos ***maus antecedentes*** por ***crimes da mesma espécie*** e do regime de cumprimento estipulado, inviável a substituição da pena corporal por restritivas, por não se mostrar socialmente recomendável, tendo em vista o disposto no artigo 44, III, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo, mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500358-86.2019.8.26.0530, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ MACIEL VIEIRA 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 apelo do Ministério Público para, acolhida a preliminar, declarar a nulidade da r. sentença e, de conseguinte, determinar a abertura de vista ao *Parquet* para o oferecimento de aditamento da denúncia. Comunique-se incontinenti. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.929)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente) e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação criminal – Roubo majorado – Sentença absolutória – Recurso do Ministério Público – Sentença que, aventando a possibilidade da prática do delito de receptação, deixou de determinar a abertura de vista ao *Parquet* para o aditamento da denúncia – Preliminar de nulidade da sentença por inobservância do artigo 384 do Código de Processo Penal – Acolhimento – Sentença nula – Vedada a aplicação do instituto neste E. Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula nº 453, do Supremo Tribunal Federal – Necessidade de que se declare a nulidade da sentença para que seja determinada a abertura de vista ao *Parquet* para o oferecimento de aditamento da denúncia.

Acesso ao Sumário

Recurso provido para esse fim.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática, acrescenta-se que **José Maciel Vieira dos Santos** foi absolvido da prática do crime descrito no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorre o Ministério Público. Em preliminar, suscita a nulidade da sentença por inobservância do artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal. No mérito, requer a condenação do apelado pelo crime do artigo 180, *caput*, do Código Penal, com pena-base acima do mínimo, com a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Regularmente processado o recurso, opina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu provimento, a fim de que a r. sentença seja anulada.

É o relatório.

2. A matéria aventada à guisa de preliminar comporta acolhimento.

Com efeito, narra a denúncia que o apelado, no dia 1º de fevereiro de 2019, Rua (...), nº (...), na cidade de Ribeirão Preto/SP, "***em comparsaria com um indivíduo ainda não identificado, mediante o emprego de uma arma de fogo, subtraiu para si o veículo Peugeot/208 Active, cor vermelha, placas (...)/Ribeirão Preto-SP, bem como uma Carteira Nacional de Habilitação, um cartão do Banco Itaú, um notebook HP, um telefone celular Samsung J7, um projetor Epson, quatro caixas de som, duas mesas de som, microfones, uma tela de projeção, cabos de energia, amplificador e suportes para aparelhagem de som (auto de exibição e apreensão às fls. 20/21, auto de avaliação às fls. 55/53 e auto de entrega às fls. 57/58), pertencentes a J.S.F.***".

Consta, ainda, que, "***o ofendido estava entrando em sua garagem quando o denunciado encostou uma arma de fogo, que aparentava ser uma escopeta, no vidro do motorista. O denunciado chegara num veículo Fiat/Bravo, cor prata, juntamente com um comparsa ainda não identificado, e ofendeu a vítima com diversos xingamentos, entre eles 'vagabundo', e a mandou descer do carro, dizendo 'perdeu, perdeu, vagabundo, sai, sai'. Não satisfeito com a ameaça, o denunciado ainda chutou a vítima. Enquanto isso, o comparsa aguardava o denunciado no interior do mencionado veículo Fiat Brava escuro, de cor prata, dando cobertura à ação criminosa. Temeroso por sua vida, o ofendido obedeceu imediatamente a ordem, e o denunciado se evadiu do local levando consigo o seu veículo e os diversos materiais que o guarneciam, que estavam no banco traseiro, no bagageiro e no porta-malas. O comparsa também empreendeu fuga, o veículo Fiat/Bravo. Após a prática do crime, e visando a encobrir a origem espúria do carro roubado, o denunciado fixou nas placas fitas adesivas***

Acesso ao Sumário

pretas na letra F e no número 9, fazendo parecer que o emplacamento seria (...), para despistar as autoridades. Em 05 de fevereiro de 2019, por volta das 23h40, na Rua João Rossim, numeral 20, Centro, no município de Sertãozinho, o denunciado foi surpreendido por policiais militares conduzindo o veículo outrora subtraído. Os policiais, em patrulhamento rotineiro, avistaram o veículo Peugeot/208 Active, cor vermelha, ostentando placas (...). Contudo, após realizarem consultas, verificaram que tal numeração, na realidade, pertencia a um veículo Fiat Siena Attractive 1.4, de cor preta, da cidade de Cotia/SP. Por essa razão, deram sinais de parada ao veículo, mas eles não foram obedecidos. Após algum período de acompanhamento do veículo, os policiais lograram êxito em abordá-lo, apurando-se que o denunciado conduzia o carro, e Denilson José Lins da Silva e Thalison Augusto de Souza Santos estavam como passageiros. Uma análise mais detida do veículo parado revelou que em ambas as placas havia fitas adesivas pretas na letra F e no número 9, sendo o emplacamento correto (...). Quando pesquisaram sobre essa placa, constataram que se tratava de produto de roubo nesta cidade de Ribeirão Preto/SP. Após, os policiais se dirigiram até a cidade de Pontal, onde o denunciado possui residência, e lá encontraram os demais objetos subtraídos, sem que ele oferecesse qualquer justificativa plausível para a sua posse. Submetido a reconhecimento, o denunciado foi apontado como autor do roubo, sendo o agente que apontou a arma de fogo em direção do ofendido (auto de reconhecimento à fl. 53)" (como no original, fls. 75/77).

Em face desses fatos, e com o aditamento da denúncia (fl. 87), José Maciel viu-se denunciado como incurso nos artigos 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, e 311 *caput*, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

O ilustre representante do Ministério Público, em suas alegações finais, requereu a condenação do réu nos termos da denúncia[1].

Ao final da instrução, o MM. Juiz *a quo* houve por bem absolver o acusado, deduzindo os seguintes fundamentos (fls. 358/360):

> ***"A instrução revelou quadro intransponível na configuração da imputação assestada na denúncia. Em certa medida, os fatos, principalmente na leitura que se faz dos elementos de informação colhidas em fase extrajudicial, conduziam como provável o acusado ser o assaltante envolvido nos fatos. Diz-se 'provável' porque foi exatamente o vocábulo anotado no auto de reconhecimento fotográfico (pág. 53), o único procedimento levado a efeito para vincular até então o acusado nos acontecimentos dos autos. Contudo, em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a vítima manifestou conteúdo que se contrapõe ao que antes se mostrava transluzente à elucidação da autoria. Em seu recordatório, trouxe a particularidade de que, na delegacia, apenas teve contato com a fotografia que nem assim podia ser qualificada, pois nada mais era do que 'xerox do***

Acesso ao Sumário

1 - Fls. 335/342.

xerox' da imagem da pessoa (o ora acusado) na posse da qual o veículo roubado havia sido apreendido e comentou aos policiais que as características lembravam as do assaltante, mas que não podia afirmar om o acerto necessário se realmente o era ou não. Tornando mais esquálida a identificação, ao observar a filmagem do acusado exibida na reunião de videoconferência implementada com a ferramenta Microsoft Teams, afastou-o da condição de ser o assaltante que lhe teria abordado com o uso da arma de fogo, abrindo margem, apenas para fins de cogitação, que poderia, caso estivesse realmente envolvido nos fatos, no máximo ser aquele comparsa que permaneceu no Fiat Bravo, sobre o qual, apesar de notar sua existência, o insulfilme não permitia assimilar suas características físicas. De um modo ou de outro, anunciou que ‹quanto à pessoa que estava com a arma em punho não era essa pessoa›. A problemática de reputar o acusado como envolvido no roubo é visível até mesmo da forma como os fatos foram apresentados perante a autoridade policial, pois, como se vê, o flagrante foi lavrado sob as capitulações do artigo 180 e 311, do Código Penal (pág. 16), o que serviu de parâmetro para que, na audiência de custódia, fosse o acusado solto, ‹à vista das circunstâncias dos fatos, da natureza da infração criminal ora noticiada, a qual foi cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem ainda atento à primariedade do agente, verifica-se a desnecessidade da decretação da prisão preventiva› (pág. 41). Sem dúvida, é tanto mais ***inconsistente a versão sustentada pelo acusado de que recebeu o veículo em sua oficina para reparos, no porta-malas estavam alguns objetos (a vítima disse não ter recuperado todos os bens subtraídos tampouco o policial Willian Gledson Macedo, mesmo quando indagado, soube informar se os produtos tinham algum vínculo com o roubo) e fez uso inadvertido do veículo, como se dono fosse, para ir a bar em Sertãozinho/SP, sem ter conhecimento quer da origem ilícita, quer da adulteração do emplacamento. A inconsistência é ainda mais inelutável pelas falas de Denilson e Thalisson, ao relatarem que o acusado disse ter comprado o veículo e estava em busca do proprietário.*** ***Contudo, trata-se de interpretação circunstancial, como também o é para a imputação de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, guiada não mais do que apenas pelo plano lógico-racional, mas que não guarda apoio no conjunto de provas que acabou reunido na instrução, sobretudo, repise-se, quando sequer a vítima reconheceu o acusado como o assaltante com o qual mais teve contato com a fronte. Há nisso secção, interrupção da cadeia indispensável à demonstração dos fatos, ainda mais quando não houve perseguição imediata à prática do roubo e teria, entre a subtração e a apreensão, decorrido pelo menos quatro dias (pág. 30).*** ***Da maneira que o curso foi tomado no processamento da ação penal, o debate está mais para a prática de receptação do que de roubo. A denúncia encampou***

Acesso ao Sumário

como tese acusatória a prática de roubo pelo acusado com reiteração em alegações finais (págs. 335/342). Tal curso processual, não se tendo acima vislumbrado a prática do roubo, surge como óbice a que se veja aqui reconhecida a prática de receptação, eis que a peça acusatória carece em descrever as elementares próprias ao tipo penal previsto no artigo 180, do Código Penal, notadamente o agir anímico, de conhecimento da origem delituosa dos produtos adquiridos e recebidos***".***

Como se vê, entendeu o douto Magistrado de Primeiro Grau que "***o debate está mais para a prática de receptação do que de roubo***" e que, "***não se tendo... vislumbrado***

a prática do roubo, surge como óbice a que se veja aqui reconhecida a prática de receptação".

Pois bem.

É cediço que não pode o juiz violar o princípio da correlação, condenando o apelado para além dos limites do pedido, proferindo sentença *extra petita.*

Importante lembrar, também, que Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, dissertando acerca da correlação entre a acusação e a sentença, preleciona que a "***regra da correlação entre o fato imputado e o fato constante na sentença implica que o objeto do processo permaneça inalterado, durante todo o desenvolver do iter procedimental. Não pode haver alteração do objeto do processo, considerado em seus momentos extremos. Desde o momento inicial, com a acusação, até seu término, com a sentença, o objeto do processo não pode, em regra, sofrer alteração***".[2]

Desse escólio, extrai-se que a denúncia deve descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias e a sentença haverá de pronunciar-se exatamente sobre esse mesmo fato criminoso com todas essas circunstâncias, o qual não haverá de sofrer qualquer alteração ao longo da fase cognitiva do processo penal.

De qualquer modo, pode acontecer de, ao final da instrução probatória, vir a lume fato diverso daquele descrito na denúncia ou circunstâncias que façam com que o fato ali descrito ganhe outra configuração jurídico-penal.

Em face de situação dessa ordem, se o fato apurado na instrução apresentar-se com colorido fundamentalmente diverso do noticiado na denúncia – *e.g.*, a imputação inicial é de furto e a instrução aponta ter havido grave ameaça na subtração –, evidentemente o juiz não poderá, desde logo, proferir a sentença, máxime em se considerando que, nessa hipótese, primeiramente o Ministério Público deverá aditar a denúncia (art. 384, *caput*, CPP) e a defesa haverá de ser instada a se manifestar a respeito e poderá ouvir testemunhas e o réu será novamente interrogado (art. 384, § 2º, CPP), até mesmo em reverência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2 - Cf. Correlação entre Acusação e Sentença, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 110.

Mas, ao receber o processo para a prolação da sentença e constatar a necessidade de que a denúncia seja aditada, o juiz ouvirá o Ministério Público e, se este entender por bem insistir nos termos da denúncia, cumpre ao juiz valer-se do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, o que não foi feito no caso dos presentes autos.

No caso em apreço, ao vislumbrar nos autos inovação durante a instrução criminal do quadro descrito na incoativa, o i. Julgador sentenciante não estava obrigado a proferir a r. sentença, pois a ele é destinada a aplicação do disposto no artigo 384 Código de Processo Penal, na medida em que, na espécie, não se afigura presente a hipótese de aplicação do disposto no artigo 383 do mesmo Código Adjetivo.

Por outro lado, verdadeiro óbice encontra este E. Tribunal para a aplicação deste instituto, sendo inatendível o pleito de mérito formulado pelo Ministério Público, nos termos da Súmula nº 453, do Supremo Tribunal Federal:

> ***"Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do código de processo penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa".***

Destarte, exsurge imperioso o acolhimento da preliminar suscitada pelo ilustre Promotor de Justiça para declarar a nulidade da sentença e, de conseguinte, determinar que outra seja proferida, com observância do artigo 384 do Código de Processo Penal.

3. Pelo exposto, **dá-se provimento** ao apelo do Ministério Público para, acolhida a preliminar, **declarar a nulidade** da r. sentença e, de conseguinte, determinar a abertura de vista ao *Parquet* para o oferecimento de aditamento da denúncia. Comunique-se *incontinenti.*

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500140-06.2020.8.26.0633, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante ALEXANDRE SALUSTIANO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.075)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 25 de novembro de 2021.
ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de roubo simples tentado. Desclassificação para o crime de furto. Não cabimento. Afastamento dos maus antecedentes. Não cabimento. Reconhecimento da confissão espontânea. Não cabimento. Fixação de regime inicial mais brando. Não cabimento. Não provimento ao recurso.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.199), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls.199/202 na qual foi condenado às penas de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 05 (cinco) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de roubo simples tentado (artigo 157, "*caput*", c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal), pretendendo a desclassificação para o crime de furto, o afastamento dos maus antecedentes, o reconhecimento da confissão espontânea, a fixação de regime inicial mais brando, e a gratuidade de justiça (fls.211/225).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público por seu não provimento (fls.232/235).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.244/248).

É o relatório.

Inconsistente o recurso.

Não há questionamentos em relação à autoria e à materialidade porque o Réu condenado não recorreu da Sentença nesse sentido; portanto, limita-se – em respeito ao princípio do ***tantum devolutum quantum appellatum*** – a análise recursal aos demais temas trazidos pela Defesa, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 226.193-DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Desembargador Convocado do TJ/RS, 6ª T., j. em 10.04.2012):

> "3. Efeito devolutivo dos recursos. Extensão da matéria impugnada. Limitação da atuação do órgão judicante *ad quem* aos contornos traçados na insurgência recursal. Medida que mantém hígidos princípios basilares da Justiça: da inércia jurisdicional, da igualdade processual e da inafastabilidade da jurisdição.
>
> 4. O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* tem regência sobre o âmbito recursal penal, a fim de coibir manifestações *extra, citra* ou *ultra petita* "

Acesso ao Sumário

Impossível é a desclassificação do crime de roubo para o de furto, quando a vítima em Juízo declarou que o Réu lhe desferiu um soco na barriga e fugiu, o que configura a necessária violência do "*caput*" do artigo 157 do Código Penal, visto que teve capacidade de infundir temor à vítima, permitindo a inversão de posse dos bens.

Inviável também é o afastamento dos maus antecedentes, já que o Supremo Tribunal Federal encerrou corretamente o dilema, assim assentando a afetação (Recurso Extraordinário nº 593.818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 18.08.2020) - Tema nº 150: "*Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*".

O Réu não confessou a prática do roubo, mas sim o crime de furto, revelando que não queria contribuir para aclarar o fato, mas sim ter penas bem mais brandas.

Posto que se trate de tipo penal na forma simples, e na modalidade tentada, a intensidade fechada para o regime inicial seria a mais correta (e não a semiaberta a qual fica mantida ante a ausência de recurso do Ministério Público), seja pela situação fática (violência física desnecessária; produto a ser subtraído – celular – o que desencadeia a prática de outros crimes, como por exemplo a receptação; mau antecedente – fls.81/83), seja – sobretudo – por coerência ao posicionamento majoritário desta Câmara (Ap. nº 0000235-17.2014.8.26.0635, rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. em 28.04.2016):

> "No mais, tratando-se de roubo, a opção pelo regime inicial fechado é mesmo a mais adequada.
>
> Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete.
>
> Ora, todos sabem que são, precisamente, as características da personalidade do criminoso e a natureza do delito praticado que devem ditar a espécie de reprimenda a ser aplicada e, no caso de aplicação de reprimenda carcerária, o regime inicial do cumprimento da pena. Em outras palavras, para crimes menos graves, reprimendas mais brandas, como as restritivas de direitos e as pecuniárias, cumulativamente, ou não; para crimes mais graves, reprimendas mais severas, como as carcerárias, cumulativas com as pecuniárias, ou não. E, em ambos os casos, a maior ou menor periculosidade do criminoso tem que ser levada em conta. É isto o que diz a Doutrina, o que estabelece a Lei e o que recomenda o bom senso.
>
> Então, se o agente criminoso cometeu delito grave e possui sérias falhas de personalidade, obviamente não pode permanecer na rua, terá que ser segregado. E, como a natureza não dá saltos, também essa

Acesso ao Sumário

terapêutica penal terá que se iniciar, naturalmente, pelo regime mais rigoroso, passar pelo intermediário e, finalmente, terminar no mais brando. Nos delitos de, digamos, média gravidade, o criminoso, sabidamente, pode iniciar o desconto da pena carcerária no regime fechado.

Assim, estarão atendidas as três finalidades da pena, que são a neutralização do criminoso, o desencorajamento dos potenciais criminosos e a restauração do equilíbrio social".

Por derradeiro, não há que se falar em isenção das custas (aliás, consectário da condenação por força dos artigos 804 e 805 do Código de Processo Penal), pois pode haver mudança na situação econômica do Réu no período de cinco anos, quando desta obrigação estará isento, conforme o artigo 98, § 3°, do Código de Processo Civil, aqui aplicado por força do artigo 3° do Código de Processo Penal, sabido que eventual impossibilidade de seu cumprimento por motivo de insolvência deverá ser analisada pelo Juízo da Execução Criminal, como já afirmou o Superior Tribunal de Justiça (AgInt no Recurso Especial nº 1.569.916-PE, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. em 22.03.2018):

"1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais (AgRg no AREsp 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016)".

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500174- 96.2019.8.26.0412, da Comarca de Palestina, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado L.R.S.

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, preservada, na íntegra, a r. decisão por seus jurídicos fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.324)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

Acesso ao Sumário

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. INCÊNDIO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Recurso interposto visando à condenação do acusado nos exatos termos da denúncia. *Impertinência.*

Incêndio. Crime de perigo comum, contra número indeterminado de pessoas. Laudo pericial do local. Provas orais. Conformação de conduta delitiva com assumido dolo eventual de vulnerar o patrimônio da vítima. Acusado que ateou fogo no sofá e na cama existentes no imóvel, situado na zona rural e isolado de demais construções, não estando a vítima no local no momento dos fatos. Ausentes os elementos técnicos para caracterização do delito previsto no art. 250 do CP.

Negado provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de **APELAÇÃO** em face de sentença condenatória/absolutória proferida na ação penal acima referenciada (publicada em 15 de dezembro de 2020 – fls. 234).

A denúncia oferecida (fls. 86/88 – recebida em 20 de julho de 2020 – fls. 91) imputou ao acusado L.R.S. crimes previstos no artigo 129, § 9º, artigo 147, c.c. artigo 61, inciso II, alínea "e" e "f" e no artigo 250, §1º, inciso II, alínea "a", na forma do artigo 69, todos do Código Penal, c.c. a Lei 11.340/06 (lesão corporal, ameaça e incêndio). Segundo ali descrito, no dia 18 de novembro de 2019, por volta das 11h30min, no "(...)", zona rural, na comarca de Palestina, o **acusado** ofendeu a integridade corporal e a saúde de V.P.S., sua esposa, provocando-lhe as lesões corporais de natureza leve, bem como a ameaçou de causar-lhe mal injusto e grave. Na mesma data, porém no período noturno, o **acusado** causou incêndio em casa habitada, expondo a perigo o patrimônio pertencente a V.P.S. Segundo apurado, o **acusado** foi casado com a ofendida por dezenove anos e, nesse período, residiram no "(...)", propriedade rural pertencente a I.B., mãe de V. Na data dos fatos, L. chegou na residência mais cedo e encontrou V. deitada. O **acusado**, então, pegou o celular da ofendida e passou a ler as mensagens existentes, verificando que sua esposa havia desejado "bom dia" pelo "*WhatsApp*" a um amigo. Diante da situação, L. passou a acusar V. de tê-lo traído, proferiu xingamentos e a ameaçou, dizendo que mataria ela e o amigo, destinatário da mensagem. Em meio a discussão, o **réu** apossou-se de um facão e passou a bater

Acesso ao Sumário

de "chapa" no braço da vítima. Não satisfeito, L. pegou a ofendida pelo pescoço e tentou esganá-la com a intenção de que V. confessasse eventual traição. As agressões provocaram lesões corporais descritas no boletim médico (fls. 11) e no laudo de exame de corpo de delito (fls. 40). No mesmo contexto, o **acusado** verbalizou nova ameaça, dizendo que mataria a vítima, caso confirmasse a traição. Após a ameaça, L. deixou a residência no "(...)" e dirigiu-se à casa de I., genitora da vítima. À sogra, o **acusado** contou que iria comprar uma arma e matar a vítima, além do suposto amante. Verbalizou, ainda, que, no mesmo dia, atearia fogo na casa. Dada a idoneidade das ameaças, a vítima foi embora do sítio e escondeu-se na residência de seu genitor, local em que acreditava estar protegida, pois L. e o genitor não se relacionavam. Cumprindo a promessa feita, L. retornou ao "(...)" e, na noite do dia 18 de novembro, jogou "thinner" no sofá e na cama de casal, ateando fogo em seguida. Após provocar o incêndio, o **acusado** dirigiu-se até a residência de I. para contar o que havia feito. O incêndio queimou parte do interior do imóvel e danificou móveis e eletrodomésticos, conforme laudo do local (fls. 43/50). Em sede policial, o **acusado** confessou os fatos.

Das provas pertinentes, existem, no caderno processual, auto de exibição e apreensão (fls. 26/27), relatório médico (fls. 11), decisão concessiva de medidas protetivas (fls. 19/20), laudo de lesão corporal (fls. 40/41), laudo pericial do local (fls. 43/50), além dos depoimentos, porque arrolados na inicial acusatória, da vítima V.P.S. (fls. 09 e mídia) e da testemunha I.B. (fls. 28 e mídia), finalizada, então, com o interrogatório (fls. 24 e mídia).

Ao final da instrução, L. foi **absolvido** da imputação do crime previsto no artigo 250 do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, bem como **condenado** por incurso no artigo 129, § 9º, e no artigo 147, ambos do Código Penal, no contexto da Lei 11.340/2006, às penas privativas de liberdade de **03 (três) meses de detenção e 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção**, respectivamente, em regime inicial **aberto**, concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de 02 (dois) anos.

Inconformado, o **Ministério Público** apelou, pretendendo a condenação do **acusado** em relação ao crime previsto no artigo 250, § 1º, inciso II, alínea "a" do Código Penal, em concurso material com os delitos previstos no artigo 129, § 9º e no artigo 147, c.c. artigo 61, inciso II, alíneas "e" (cônjuge) e "f" (violência contra a mulher), bem como a fixação do regime inicial semiaberto.

Contrarrazões às fls. 261/269 pelo não provimento do apelo ministerial, com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 276/279).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Diante do efetivamente produzido, em relação ao **delito de incêndio**, a

Acesso ao Sumário

absolvição por atipicidade da conduta era mesmo imperiosa. Veja-se:

Tanto na fase inquisitiva, quanto em juízo, no que tange ao delito de **incêndio**, L. confessou ter ateado fogo no sofá e na cama existentes na residência do casal, alegando que tirou os dois botijões de gás de dentro do imóvel, pois sua intenção era apenas colocar fogo nos dois bens (fls. 24/25 e mídia).

A vítima V. afirmou que não estava no imóvel no momento do incêndio e disse acreditar que L. não teve a intenção de colocar fogo na residência, pois apenas alguns móveis pegaram fogo (mídia).

A testemunha I. confirmou que o **réu** ateou fogo na cama e no sofá existentes na casa localizada no sítio (mídia).

A testemunha M. limitou-se a tecer comentário sobre a boa conduta do **réu** (mídia).

Pois bem, em que pese todo o alegado pelo Ministério Público, o conjunto probatório colhido legitimou a absolvição por atipicidade da conduta. Nesse ponto, até se poderia falar em eventual e hipotética desclassificação da conduta para o delito de dano qualificado (artigo 163, parágrafo único, inciso II, do Código Penal), no entanto, nada nesse sentido foi pleiteado no recurso ministerial, enquanto se observava, em princípio, que os bens danificados seriam do *casal.*

Oportuno registrar que o crime de incêndio se caracteriza quando é provocado com a livre consciência de expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem (**indeterminado**). O tipo é de perigo comum e exige-se tal condição para configuração do crime.

O Código Penal condiciona o crime de incêndio a perigo concreto ou efetivo para número indeterminado de pessoas ou bens e deve haver a potencialidade de expansão do dano a outras coisas e a pessoas indeterminadas.

Pois bem, diante da prova realizada, destaca-se que o laudo pericial acostado a fls. 43/50 foi específico ao apontar, somente, os danos causados no interior da residência, decorrentes, de fato, de "incêndio" proposital. Veja-se: *Do evento resultaram danos praticamente generalizados ao forro de "pvc", bem como danos devido às chamas nas regiões dos focos e devido ao esfumaçamento e/ou calor em móveis e objetos diversos em praticamente todos os cômodos, muito embora tal fato tenha oferecido perigo ao restante da edificação e à integridade física e à vida das pessoas porventura existentes internamente* (fls. 44). Nada surgiu sobre risco a terceiros indeterminados que o fogo ("incêndio") poderia ter causado. Além disso, a residência em questão é isolada, localizada em um sítio na área rural. Observa-se que a própria exordial acusatória descreveu que o fogo ateado na casa expôs "*a perigo o patrimônio pertencente a V.P.S.*". Apontou, então, em tese, vítima certa, específica, portanto, o dano foi contra o patrimônio, lembrando que a ofendida nem se encontrava no local no momento do ocorrido. Repete-se, o laudo pericial indicou somente os danos no

Acesso ao Sumário

imóvel, nada referindo sobre possibilidade do fogo se alastrar. Portanto, não há nenhum fato a demonstrar que a conduta praticada pelo **apelante**, atear fogo nos móveis que guarneciam a residência, tenha ocasionado perigo efetivo e concreto para pessoas e coisas indeterminadas.

A questão, aliás, foi dirimida com propriedade pelo piso conforme se observa do trecho a seguir transcrito, cujos fundamentos são aqui adotados, também, em adição ao quanto já assentado, como razões de decidir, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça: ***"Diferentemente, quanto ao crime de incêndio do art. 250, caput, do CP, o réu confessou ter ateado fogo no sofá e na cama, dentro de uma casa forrada de PVC. Mesmo tendo afastado o gás de cozinha, no mínimo assumiu o dolo do fogo se alastrar e destruir mais que os dois objetos, atingindo a casa do casal. Entretanto, essa casa é a única de um sítio na área rural, sem vizinhos por perto, não perfazendo o perigo comum, que dá nome ao capítulo I do Título VIII da Parte Especial do CP Dos Crimes contra a Incolumidade Pública. Assim ensina Rogério Greco (Curso de direito penal, parte especial, volume IV, 9.ed, Niteroi/RJ: Impetus, 2013, p. 09): Para que ocorra o delito tipificado no art. 250 do Código Penal, é preciso que o incêndio causado pelo agente exponha a perigo a vida ou a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas. Assim, se o imóvel sobre o qual se dirigiu a conduta incendiária do agente ficava situado em local afastado de outras construções e pessoas, o fato poderá se configurar no delito de dano se com o incêndio não houve a criação de um perigo comum, tal como orienta o capítulo no qual a figura típica em estudo se encontra inserida. Também entende assim o douto Desembargador do nosso eg. TJSP, Guilherme de Souza Nucci, entende assim (Código penal comentado, 7 ed, rev, atual e ampl, 2ª tiragem, São Paulo: RT, 2007, p. 894): na classificação do crime, reputa necessária a prova do perigo concreto a um número indeterminado de pessoas; ao comentar concurso desse crime com outros, entende possível com o tipificado no art. 172, parágrafo 2º, inciso V, do mesmo CP, de estelionato com prejuízo ao patrimônio da seguradora, porque o art. 250 protegeria, diferentemente, a incolumidade pública, de várias pessoas."*** (fls. 232/233).

Desse modo, **fica mantida a absolvição do acusado com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.**

No que tange à dosimetria das penas, importante destacar ser realmente descabida a aplicação das agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas "e" e "f", do Código Penal, no que tange ao crime de ameaça (crime cometido contra cônjuge e prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou com violência contra a mulher na forma da lei específica), para evitar *bis in idem.*

Por todo o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo, preservada, na íntegra, a r. decisão por seus jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1509271-29.2019.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante SUELI GOMES, 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 parcial provimento ao recurso de Sueli Gomes para, nos termos do art. 386, III, do CPP, absolvê-la do crime de posse ilegal de munição e da infração prevista no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/06, e, no tocante ao tráfico, excluído o aumento sobre as básicas, reduzir as penas a 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e multa de 416 (quatrocentas e dezesseis) diárias, no valor mínimo unitário, afastada a taxa judiciária e prejudicado o pleito de apelo em liberdade." V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.613)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI e PAULO ROSSI.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa:

1. Tráfico – Suficiência probatória – Condenação mantida.

2. Tráfico – Posse de matéria-prima – Delito de ação múltipla – Várias condutas típicas verificadas no mesmo contexto fático – Crime único – Absolvição.

3. Posse de munições – Impossibilidade de utilização imediata, ausente arma próxima – Carência de potencialidade lesiva – Atipicidade – Absolvição.

4. Elevação das penas-base e aplicação de redutor menor pelo art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com fulcro nas mesmas circunstâncias – "Bis in idem" – Precedente do STF.

5. Redutor – Cabimento – Preenchimento de todos os requisitos do art. 33, § 4º, do estatuto antitóxicos – Manutenção do menor desconto.

6. Regime inicial – Alteração do fechado para o semiaberto – Possibilidade – Súmulas 718 do STF e 440 do STJ.

Acesso ao Sumário

7. Substituição – Benefício obstado pelo patamar da sanção corporal.

8. Justiça gratuita – Ré presumivelmente pobre – Isenção da taxa judiciária.

9. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Sueli Gomes foi condenada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sumaré a 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incursa no art. 33, §1º, I, e §4º, da Lei 11.343/06, e no art. 12, "caput", da Lei 10.826/03, em concurso formal, de acordo com o disposto no art. 70 do Código Penal.

Preliminarmente, requer o direito de apelar em liberdade. No mérito, postula a absolvição da posse de munição por atipicidade e, quanto ao tráfico, o reconhecimento da insuficiência probatória ou a desclassificação para a figura do art. 28 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pede a redução das reprimendas e o afastamento da taxa judiciária.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 230/233), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a denúncia, em 18 de junho de 2019, policiais militares em cumprimento de mandado de busca e apreensão diligenciaram o endereço da apelante e, lá chegando, com o auxílio de cão farejador, encontraram 03 (três) pacotes com pasta-base de cocaína, volume com cocaína já refinada e pronta para a comercialização e outros 04 (quatro) pacotes contendo produtos químicos esbranquiçados. Ainda no local, apreendidos frascos com dois litros de éter, dois litros de acetona e três litros de ácido sulfúrico, além de 15 (quinze) munições de calibre 22. Informalmente, Sueli disse que recebia a quantia mensal de R$ 300,00 (trezentos reais) de mulher conhecida pelo prenome de Mikaela para guardar o material em sua residência.

Acesso ao Sumário

A acusada se manteve silente na delegacia, porém, em juízo, admitiu a imputação. Conhecera "Mikaela" em supermercado e com ela combinou a guarda de drogas em sua casa. A mulher lhe pagava o valor de R$ 300,00 (trezentos reais) por mês (fl. 180).

Os policiais militares Eder Gonçalves da Silva e Marciel de Camargo Mendes narraram que cumpriam mandado de busca e apreensão na moradia da ré. Chegando ao local, a viram em frente ao imóvel. Em princípio, a apelante negou que guardasse tóxicos, mas cão farejador encontrou os entorpecentes. Nos fundos da casa, dentro de caixa de papelão, estavam as munições e aparelho

de telefone celular. Indagada, a recorrente disse que apenas custodiava a droga para certa Mikaela, namorada de rapaz chamado Fábio, que estava preso (fls. 179/180).

Arroladas pela defesa, Angela Cristina Ferreira, Caio Cesar Oliveira Silva e Manoel Alexandre da Silva apenas abonaram a conduta social de Sueli (fl. 180).

Registrados os depoimentos no Sistema SAJ/SG.

Perícia revelou que o material recolhido (fls. 13/14) se tratava de 619,3 g cocaína e 870,2g de lidocaína, "comumente empregada como insumo adulterante na venda ilegal de cocaína", além de cerca de 2,5kg de material sólido particulado não identificado, também utilizado na adulteração do alcaloide (fls. 92/95).

Submetidas a exame, as munições se mostraram em condições de uso (fls. 96/98).

Diante de tal quadro, confessa e firmemente incriminada pelos relatos policiais de que não casual o encontro da droga, mas decorrente de mandado de busca e apreensão, a condenação de Sueli quanto ao tráfico era mesmo medida que se impunha, não havendo que se cogitar da pretendida desclassificação para a figura do art. 28 do estatuto antitóxicos.

O propósito mercantil, por sua vez, se depreende da quantidade de entorpecente apreendido, além do armazenamento com substâncias características da narcotraficância.

Todavia, no que toca ao delito do art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/06, impõe-se a absolvição da apelante.

O tráfico é daqueles crimes denominados pela doutrina como de "ação múltipla" ou de "conteúdo variado", "em que a prática de mais de uma conduta no mesmo contexto fático configura um só crime". (Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller, *Legislação penal Especial*, 4ª ed., vol. 1, Premier Máxima, 2007, p. 217). Assim, "na hipótese de imputação de mais de uma conduta, o sujeito deve ser condenado pela primeira, restando absorvidas as demais" (*idem, ibidem*). Destaque-se que, no que toca ao art. 33, pouco importa se os comportamentos estão previstos no "caput" ou em seus parágrafos. A absorção se dá do mesmo modo.

Feita a necessária digressão, verifica-se que, no caso, não há como separar as condutas em compartimentos estanques. A posse de matéria-prima está umbilicalmente ligada à mercancia ilícita. Afinal, a preparação da droga, que envolve o uso dos produtos químicos encontrados, é imprescindível para a comercialização dos entorpecentes, especialmente cocaína. Note-se que as ações são contemporâneas e se consumaram no mesmo local. Inegável que se trata de fase de execução de único crime. Por conseguinte, há de se afastar a dupla

Acesso ao Sumário

condenação.

Tampouco pode subsistir a solução condenatória pela infração da Lei de Armas.

Atípica a posse de munição sem arma por perto. Impossibilitada a pronta utilização do objeto, a conduta não revela potencialidade lesiva e, assim, não coloca em perigo o bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, a incolumidade pública. Cuida-se de coisa, em si mesma considerada, absolutamente inidônea para configurar o delito.

Ressalte-se que não se trata de, com base no princípio da ofensividade ou da lesividade ao bem jurídico protegido, afastar a ocorrência dos chamados crimes de perigo abstrato ou presumido.

O postulado, no entanto, deve nortear a interpretação da lei penal, prevalecendo quando se verificar posse de munição apartada de artefato detonador, na medida em que ausente qualquer risco à incolumidade pública, ainda que potencial, objetividade jurídica da infração.

Em hipótese semelhante, essa a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, elaborando-se a ementa da decisão nos seguintes termos: "Porte ilegal de munição de uso restrito. Ausência de ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Atipicidade dos fatos. Paciente que guardava no interior de sua residência 07 (sete) cartuchos de munição de uso restrito, como recordação do período em que foi sargento do Exército. Conduta formalmente típica, nos termos do art. 16 da Lei 10.826/03. Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. Ordem concedida (STF – HC 96.532-0 – Rio Grande do Sul – rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe nº 223 – em 27/11/2009).

Também nessa linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que o porte de "certa quantidade de munição, isoladamente, sem que exista demonstração de que possa ser, com alguma imediatidade, supridora de uma arma de fogo, não merece a incidência da norma" prevista no art. 14 da Lei 10.826/03 (AP 70063996326, Quarta Câmara Criminal, rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 28.05.2015).

A sentença ainda comporta reforma no tocante às penas do delito remanescente.

Na primeira fase da dosimetria, exasperadas as básicas em 4/5 com fundamento no montante de cocaína (fl. 181).

Não se nega que a quantidade de droga autorizava censura diferenciada, nos termos do art. 42 do estatuto antitóxicos. No entanto, já invocado o fator na terceira etapa do cálculo para obstar a aplicação de redutor maior, inviável que também repercuta na fase inicial, sob pena de "bis in idem".

Nesse sentido, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar em

19.12.2013 os "Habeas Corpus" nºs 112.776/MS e 109.193/MG, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu que "em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa". Na ocasião, ficou consignado que "cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao 'bis in idem'".

Assim, as reprimendas retornam aos pisos legais de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Agora no patamar mínimo, incabível ulterior redução decorrente da atenuante da confissão espontânea.

Conforme assentado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a fixação das penas aquém do mínimo só é possível quando, na terceira fase do cálculo, incide alguma das causas de diminuição, com as quais não se confundem as atenuantes.

A propósito do tema, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, tem ressaltado que "ao contrário das causas de diminuição e de aumento da pena (art. 68 do CP), as circunstâncias atenuantes não se prestam à redução da pena aquém do seu limite mínimo" (HC 94.409/RS, rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. em 17.06.2008, DJE 19.09.2008)."

Na fase final da individualização, acertada a identificação da minorante, por se cuidar de ré primária, sem antecedentes e não demonstrada participação em organização criminosa nem dedicação a outras atividades delituosas.

O volume e a variedade das drogas, a teor do disposto no art. 42 da Lei 11.343/06, devem ser sopesados na escolha do redutor. No caso, portanto, de se manter a opção do Magistrado sentenciante pela fração mínima de 1/6, considerada a razoável quantidade de cocaína e de matérias-primas apreendidas.

Em resultado, as penas de Sueli ficam definidas em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa de 416 (quatrocentas e dezesseis) diárias, no piso.

Não pode persistir, por outro lado, o regime inicial fechado.

Reconhecida a causa de diminuição, inaplicável o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, na redação dada pela Lei 11.464/07, que estabelece como regra o regime mais rigoroso para o início do cumprimento da reprimenda.

Em 23.06.2016, ao julgar o "Habeas Corpus" nº 118.533/MS, de Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a natureza hedionda do tráfico privilegiado de entorpecentes. Na ocasião, o Ministro Edson Fachin salientou que, para se qualificar delito como hediondo e equiparado, é indispensável que haja previsão legal e estrita. "Como desdobra-

Acesso ao Sumário

mento do princípio da legalidade, de intensa aplicação na seara penal, considera-se que o rol dos crimes elencados na lei 8.072/90 é de caráter estrito, ou seja, não admite ampliação mediante analogia."

E ainda que assim não fosse, o mesmo órgão declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, autorizando o condenado por tráfico iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso que o fechado, conforme as disposições do art. 33 do Código Penal (HC 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.06.2012).

Também aludida na sentença, a natureza da infração já foi ponderada pelo legislador na escolha do piso e do teto da pena privativa de liberdade, não se prestando à escolha do equipamento prisional fechado.

De fato, conforme dispõe a Súmula 718 do STF, "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

Mas não é só. Manifesta, nesse cenário, a incoerência da manutenção do equipamento inicial fechado. Consoante o art. 59 do Código Penal, são os critérios ali arrolados que devem ser levados em conta pelo Juiz na seleção da qualidade e quantidade da pena a ser imposta, bem como do regime prisional para seu cumprimento. Reduzidas as básicas aos pisos legais, ilógico que as mesmas circunstâncias justificassem, de um lado, a sanção mínima e, de outro, o estágio mais gravoso.

Esse, aliás, o teor da Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Logo, cabível o regime semiaberto, pois compatível com as reprimendas definidas, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, e suficiente para a reprovação e prevenção da conduta, mormente considerando tratar- se de ré primária, sem antecedentes e confessa, como visto.

Permanecendo a pena privativa de liberdade acima de 04 (quatro) anos, inaplicável sua substituição por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Por fim, de se elidir a taxa judiciária.

Quando da prisão em flagrante, Sueli declarou que trabalhava como cozinheira e ajudante geral (fls. 16/17). Além disso, não obstante tenha constituído advogada, a renda declarada à fl. 17 permite concluir tratar-se de ré presumivelmente pobre. Portanto, não poderia a sentença condená-la ao pagamento das custas processuais.

Frente ao exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de Sueli Gomes para, nos termos do art. 386, III, do CPP, absolvê-la do crime de posse ilegal de munição e da infração prevista no art. 33, § 1º, I, da Lei 11.343/06, e, no tocante ao tráfico, excluído o aumento sobre as básicas, reduzir as penas a 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e multa de

Acesso ao Sumário

416 (quatrocentas e dezesseis) diárias, no valor mínimo unitário, afastada a taxa judiciária e prejudicado o pleito de apelo em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504324-08.2021.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante CLAYTON DA SILVA FIUZA, 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: Deram parcial provimento ao recurso defensivo de Clayton da Silva Fiuza, para dar o acusado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e reduzir as penas do apelante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, e, quanto ao crime previsto no art. 307, caput, do Cód. Penal, para afastar o concurso material, e reduzir a pena para 3 (três) meses de detenção, em regime prisional semiaberto. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.551)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 30 de novembro de 2021.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – FALSA IDENTIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS – AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI 11.343/06, QUE SE IMPÕE – RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO DE FALSA IDENTIDADE – COMPENSAÇÃO ENTRE A CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA – FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL SEMIABERTO EM RELAÇÃO A PENA DETENTIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por Clayton da Silva Fiuza contra a r. decisão monocrática de fls. 235/243, que julgou procedente a inicial e condenou-o, em concurso material, como incurso no art. 33, *caput*, combinado com art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06, a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e a 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, e como incurso, por duas vezes, no art. 307, *caput*, do Cód. Penal, a 7 (sete) meses de detenção, em regime fechado, indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Pugna a defesa, em suma, pelo afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, bem como pelo reconhecimento da circunstância atenuante da confissão e compensação com a agravante da reincidência (fls. 244/250).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 253/260), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo parcial provimento do apelo (fls. 284/294).

É, em síntese, o relatório.

O apelo procede em parte.

A r. sentença, que apreciou com critério a prova e bem decidiu o presente processo, quanto à solução condenatória, não merece reparo.

Restou incontroverso, que o apelante, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, foi surpreendido por guardas municipais na posse ilegal de 9 (nove) porções de cocaína, num total líquido de 1,75 gramas, substância entorpecente cuja natureza, forma de acondicionamento e circunstâncias da apreensão indicam a destinação ao comércio clandestino.

Restou incontroverso, ainda, que o apelante, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, perante os guardas municipais e a D. Autoridade Policial, atribuiu-se falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio.

Nesse sentido, é a confissão do apelante ao longo da persecução penal (fl. 8 e audiovisual), corroborada pela coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelos testemunhos dos guardas municipais Fabio dos Santos Codogno (fl. 6 e audiovisual) e Maicon André Souza de Abreu Fernandes (fl. 7 e audiovisual).

Acesso ao Sumário

No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pelo auto de exibição e apreensão (fl. 4), auto de constatação provisória (fl. 5), solicitação de legitimação (fls. 16/17) e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 123/125).

Como se vê, a condenação do acusado pela prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e falsa identidade, era de rigor.

No que tange à incidência da causa especial de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, não pode prevalecer, pois a prova não demonstrou, com segurança, que o tráfico fosse dirigido aos frequentadores da escola e locais públicos existente nas proximidades do local em que o acusado foi encontrado pelos guardas municipais.

Quanto ao crime de falsa identidade, impõe-se reconhecer a ocorrência de crime único e afastar o concurso material, na medida em que a conduta do apelante foi única e cometida durante uma única abordagem policial, ou seja, uma única situação fática.

No que se refere à dosimetria das penas, portanto, merece reparo.

As penas-base para ambos os crimes foram fixadas nos mínimos legais.

Houve, a seguir, a exasperação das penas em razão da agravante da reincidência (fls. 222/223), considerada como preponderante em relação à circunstância atenuante da confissão.

As penas, nesse aspecto, comportam reparo, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, como bem anotado no r. parecer da D. Procuradoria de Justiça.

O apelante, reincidente específico, não faz jus à redução das penas com fundamento no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

As penas, quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, passam a perfazer, portanto, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

O regime prisional fixado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, o fechado, é o compatível com as circunstâncias do fato em tela, e com as condições pessoais do apelante, reincidente específico.

Quanto ao crime de falsa identidade, a pena passa a perfazer 3 (três) meses de detenção.

Por derradeiro, impõe-se a fixação do regime prisional semiaberto para o cumprimento de pena do crime de falsa identidade, dada a natureza detentiva da pena privativa de liberdade cominada a este delito e as circunstâncias pessoais do apelante, reincidente.

Face ao exposto, meu voto dá parcial provimento ao recurso defensivo de Clayton da Silva Fiuza, para dar o acusado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e reduzir as penas do apelante para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, e, quanto ao crime previsto no art. 307, *caput*, do Cód. Penal, para afastar o concurso material, e reduzir a pena para 3 (três) meses de detenção, em regime prisional semiaberto, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504706- 98.2021.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante CRISTIANO SILVA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao apelo defensivo, para determinar o regime inicial semiaberto, em favor de Cristiano Silva dos Santos, mantendo-se, no mais, o *decisum a quo*. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.147)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 30 de novembro de 2021.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação. Roubo impróprio. Subtração de jaqueta de estabelecimento comercial, mediante ameaça empregada após o assenhoramento da coisa, consistente em empunhar uma faca, contra o funcionário, a fim de garantir a detenção do bem. Insurgência defensiva. Pleitos de reconhecimento do instituto do arrependimento eficaz e abrandamento do regime. Primeira tese não verificada. O acusado subtraiu o bem desejado e, após ser descoberto, ameaçou o funcionário do estabelecimento comercial mediante emprego de uma faca, logrou êxito na fuga e somente não obteve sucesso na empreitada criminosa porque foi encontrado por policiais militares ainda na posse do bem. Não se vislumbra, portanto, nenhum arrependimento. O que ocorreu foi a recuperação da *res furtiva* pelos agentes de segurança pública. Irreprochável a sentença, igualmente, quanto às penas. Bases fixadas nos mínimos legais. Ausentes agravantes. Atenuante da confissão que não conduz as penas aquém dos mínimos legais (S. 231, STJ). Causa de aumento relativa ao emprego de arma branca valorada à fração de um terço. Penas mantidas em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Contudo, o regime importa ser alte-

Acesso ao Sumário

rado para o semiaberto. Parcial provimento ao apelo.

VOTO

O MM. Juiz *a quo*, Dr. Paulo Rogério Malvezzi, da Vara Criminal da Comarca de Mogi Guaçu, em sentença datada de 24/09/2021 (fl. 156), julgou procedente a ação penal para condenar **Cristiano Silva dos Santos** às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 157, §§ 1º e 2º, inciso VII, do Código Penal.

Irresignada, a defesa apresentou as razões de apelação, pleiteando o reconhecimento do instituto do arrependimento eficaz, bem como a determinação de regime mais favorável.

Contrarrazoado o recurso, a Procuradoria Geral de Justiça opinou, em seu parecer, pelo improvimento ao apelo defensivo.

É o relatório.

O recorrente foi condenado em 1ª instância porque, no dia 27 de maio de 2021, por volta das 14h15, no estabelecimento comercial "Newvanda Magazine", situado na Avenida José Rodrigues Netto, nº. 1341, Jardim Santa Teresinha, Comarca de Mogi Guaçu, subtraiu, para si, uma jaqueta, de propriedade da loja, sendo certo que, logo depois de subtraída a coisa, empregou grave ameaça contra Weverton Diego Ramos Queiroz, mediante emprego de arma branca (faca), a fim de assegurar a impunidade do crime e a detenção da coisa para si.

A autoria e a materialidade foram sobejamente demonstradas no transcorrer da instrução criminal, notadamente pelas declarações da vítima e pelos depoimentos dos policiais militares Rafael Carlos Torriani e Francisco Wagner Carvalho Costa, corroborados com a confissão do réu.

O acusado ingressou no estabelecimento comercial e subtraiu uma jaqueta (auto de avaliação de fl. 47). Ocorre que um cliente que estava na loja presenciou a subtração e avisou o funcionário Weverton Diego Ramos Queiroz, o qual abordou o réu, porém foi ameaçado com uma faca, empunhada por Cristiano. Com isso, o réu conseguiu fugir em poder do bem.

Na sequência, a Polícia Militar foi acionada e, após patrulhamento, os agentes públicos conseguiram localizar o denunciado, que trazia consigo a faca e a jaqueta subtraída, razão pela qual ele foi preso em flagrante.

Inexistindo insurgência da defesa quanto à condenação e, estando o decreto em consonância com as provas constantes dos autos, passa-se à verificação das teses aventadas, concernentes ao reconhecimento do arrependimento eficaz e ao abrandamento do regime.

Ab initio, insta afastar a tese de incidência do arrependimento eficaz, porquanto inexistente, consoante análise detida dos fatos, acima expostos.

Acesso ao Sumário

O acusado subtraiu o bem desejado e, após ser descoberto, ameaçou o funcionário do estabelecimento comercial mediante emprego de uma faca, logrou êxito na fuga e somente não obteve sucesso na empreitada criminosa porque foi encontrado por policiais militares ainda na posse do bem. Não se vislumbra, portanto, nenhum arrependimento. O que ocorreu foi a recuperação da *res furtiva* pelos agentes de segurança pública.

Na primeira fase, as penas-base foram determinadas nos mínimos legais, 4 anos de reclusão e 10 dias- multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes, mas o acusado confessou espontaneamente o fato, de modo que incide a atenuante, sem reflexo sobre as penas, pois estipulada no mínimo legal (súmula 231, do STJ).

Na terceira fase, presente a causa de aumento referente ao emprego de arma branca (faca), as penas foram majoradas à fração de um terço, tornando-as definitivas, à míngua de outras causas modificadoras, em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Considerando o *quantum* de pena estabelecida, razoável a reforma do regime, impondo-se o semiaberto para início do resgate.

Ante o exposto pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao apelo defensivo, para determinar o regime inicial semiaberto, em favor de **Cristiano Silva dos Santos**, mantendo-se, no mais, o *decisum a quo.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0051392-33.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALEX RICHARD COSTA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: deram parcial provimento ao recurso para cassar a r. sentença combatida, anulando-se seus efeitos e determinando-se o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito, em seus ulteriores termos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.156)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 2 de dezembro de 2021.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – FURTOS SIMPLES – Absolvição sumária decretada, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal – Decisão que considerou a conduta supostamente perpetrada pelo réu como formalmente atípica, aplicando o princípio da insignificância – Recurso ministerial, pretendendo a condenação do acusado – Parcial guarida – Necessidade de prosseguimento do feito em seus ulteriores termos – Princípio da insignificância que não encontra previsão no ordenamento jurídico pátrio – Valor da 'res' que não é ínfimo **– Ausência de reduzido grau de reprovabilidade da conduta, em tese, praticada – Réu reincidente específico em crimes patrimoniais – Necessidade de produção de provas – Recurso parcialmente provido, com determinação.**

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 237/241, **Alex Richard Costa da Silva** foi absolvido sumariamente da imputação referente ao art. 155, *caput*, do Código Penal, com fulcro no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apela o Ministério Público. Alegando que o acusado não faz jus à aplicação da insignificância, pede seja ele condenado, opinando, inclusive, pelo acréscimo da pena em função dos maus antecedentes e multirreincidência do apelado (fls. 248/256).

Contrariado o recurso (fls. 262/269), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria de Justiça Plínio A. B. Gentil opinado pelo parcial provimento do apelo (fls. 280/282).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 19 de junho de 2017, por volta das 23h47, na Rua Coronel Meireles, nº 1018, Cangaíba, nesta cidade e Comarca da Capital, o acusado subtraiu, para si, um perfume da marca Hinode, avaliado em R$ 120,00, e um perfume marca Boticário, avaliado em R$ 90,00, pertencentes a *José Otacilio Vidal de Meneses*.

Consta que o réu, resoluto à prática do delito, aproveitou um momento de distração da vítima, enquanto esta estava em uma lanchonete, e subtraiu a sacola contendo dois perfumes que ela estava carregando.

Após a subtração, o recorrido evadiu-se do local, sendo surpreendido em uma rua próxima, por policiais militares acionados pela vítima.

Informalmente, o apelado admitiu aos policiais que havia subtraído os

Acesso ao Sumário

perfumes.

Pois bem.

Assiste parcial razão ao *Parquet*.

Isso porque, a despeito de não ser possível se falar em crime de bagatela, o caso é de prosseguimento do feito em seus ulteriores termos, e não condenação, mormente porque sequer encerrada a instrução, não tendo sido oportunizada ao réu a possibilidade de apresentar sua versão sobre os fatos.

Com efeito, não é o momento processual para exame aprofundado de mérito.

Superado isso, fato é que o princípio da insignificância não encontra previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, de maneira que sua aplicação, à ausência de requisitos estipulados pelo legislador, necessita de exame acurado do contexto fático-probatório.

Acerca do tema, confira-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> *"A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva."* (HC nº 109.081, Rel. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 13.09.2011).

Assim, para a incidência do referido princípio, não deve ser analisado friamente o valor da *res* (que, diga-se de passagem, está longe de ser irrisório – R$ 210,00, conforme auto de avaliação a fls. 14), devendo restar preenchidos, concomitantemente, os quatro requisitos elencados no *decisum* suso colacionado.

No presente caso, a conduta supostamente perpetrada não se revestiu de reduzido grau de reprovabilidade, visto que o réu teria subtraído em instante de distração da vítima que há pouco detinha os bens sob vigília, denotando certa familiaridade com a prática de crimes patrimoniais.

Acesso ao Sumário

Não se pode olvidar, ainda, que o reconhecimento indiscriminado de tal princípio constitui precedente perigoso e, ao invés de promover a justiça, acarretaria o fomento de pequenos delitos.

De outro lado, eventual inexistência de prejuízo significativo ao patrimônio da vítima é fato que, de forma alguma, descaracteriza o crime de furto.

Enfim, não se pode banalizar a prática de furtos de pequena monta, em prejuízo de pessoas trabalhadoras que precisam conviver com a sensação de impotência causada pela frequente violação ao seu direito de propriedade.

Acrescente-se, demais disso, que se cuida o recorrido de indivíduo portador de maus antecedentes e reincidente por decorrência da prática de delitos

igualmente patrimoniais, incluindo figuras violentas (certidão a fls. 231/236), de modo que sua conduta se reveste de maior gravidade quando sopesada com o cometimento de crimes anteriores da mesma natureza.

Neste sentido, caminha o entendimento perfilhado pelo Pretório Excelso:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício de mera adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demandaria uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, para verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Reincidência do Paciente assentada nas instâncias antecedentes. ***O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 3. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.*** *4. Ordem denegada."* (HC 118089, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 23-10-2013 PUBLIC 24-10-2013). (Sem ênfase no original).

"Agravo regimental em habeas corpus. 2. Furto. Insignificância. No julgamento conjunto dos HC 123.108, 123.533 e 123.734, o STF fixou orientação sobre a aplicação do princípio da insignificância aos casos de furto – Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, julgados em 3.8.2015. Decidiu que, se a coisa subtraída é de valor ínfimo (i) a reincidência, a reiteração delitiva e a presença das qualificadoras do art. 155, § 4º, devem ser levadas em consideração, podendo acarretar o afastamento da aplicação da insignificância; e (ii) nenhuma dessas circunstâncias determina, por si só, o afastamento da insignificância, cabendo ao juiz analisar se a aplicação de pena é necessária. Além disso, conclui que, (iii) uma vez aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos de reclusão ao reincidente, o juiz pode, se considerar suficiente, aplicar o regime inicial aberto, afastando a incidência do art. 33, § 2º, "c", do CP. 3. As instâncias ordinárias têm margem larga para avaliação dos casos, concluindo pela aplicação ou não da sanção e, se houver condenação, fixando o regime. Essa atividade envolve análise do conjunto das circunstâncias e provas

Acesso ao Sumário

produzidas no caso concreto. Apenas em hipóteses excepcionais a via do habeas corpus será adequada a rever condenações. 4. Aplicação do princípio da insignificância. Subtração de aparelho celular, avaliado em R$ 72,00 (setenta e dois reais). Reincidência específica. O paciente registrava uma série de condenações e antecedentes, indicando que o furto em questão não fora uma ocorrência criminal isolada em sua vida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 126174 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 06-05-2016 PUBLIC 09-05-2016).

Sendo assim, os fatos se revestem de insofismável tipicidade material.

A produção de provas é, destarte, indispensável para a adequada apuração dos fatos e reafirmação da confiabilidade do sistema penal, evitando- se que o cidadão entenda ser o bem jurídico que ele teve violado menos importante que os daqueles indivíduos que demonstram desajuste à vida em sociedade.

Absolver sumariamente o réu por reconhecer que sua conduta é um "indiferente penal" constituiria, por que não dizer, espécie de carta branca à prática de pequenos furtos.

Nessa conjuntura, os fatos, em tese, perpetrados, revestem-se de insofismável tipicidade material.

No mais, a materialidade encontra-se comprovada e os elementos de prova até então coligidos dão conta da presença de significativos indícios de autoria, de modo que a ação deve, mesmo, prosseguir em seus ulteriores termos.

Outras considerações acerca dos fatos implicariam análise de fundo do mérito, o que aqui não se permite.

Insubsistente, pois, a r. sentença vergastada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso para cassar a r. sentença combatida, anulando-se seus efeitos e determinando-se o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento do feito, em seus ulteriores termos.**

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0009020-57.2021.8.26.0041/50000, da Comarca de São Paulo, em que

é embargante MAX MELO MONTEIRO, é embargado COLENDA 14ª CÂMARA CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram e rejeitaram os embargos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.846)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente sem voto), MARCO DE LORENZI e MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 25 de outubro de 2021.

WALTER DA SILVA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E OBSCURIDADE – NÃO APRECIAÇÃO DE TESES OFERECIDAS NAS CONTRARRAZÕES – EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

O MINISTÉRIO PÚBLICO interpôs recurso de AGRAVO EM EXECUÇÃO contra a decisão de fls.10/14, proferida pelo MM. Juiz de Direito do DECRIM-UR1 da Comarca da Capital, Dra. Fernanda Alves Rocha Branco de Oliva Politi, que deferiu pedido de progressão ao regime aberto ao agravado, nos autos da execução nº 0004782- 97.2018.8.26.0041.

A Colenda 14ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada no dia 05 de agosto de 2021, por votação unânime, deu provimento ao agravo ministerial para cassar a decisão de 1º grau que concedeu progressão de regime ao sentenciado e determinar a realização de exame criminológico, a fim de verificar o eventual preenchimento do requisito subjetivo (fls.146/150).

Agora, **MAX MELO MONTEIRO** opõe os presentes Embargos Declaratórios, alegando omissão no v. Acórdão, porquanto deixou de analisar as contrarrazões apresentadas pelo sentenciado, onde se demonstrou que em decisão proferida no julgamento do *HABEAS CORPUS* 369.774/RS, o Supremo Tribunal Federal fixou como data-base para subsequente progressão de regime, aquela em que o reeducando preencheu os requisitos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais e não aquela em que o Juízo das Execuções deferiu o benefício.

Aduz omissão quanto à análise do atual estado de saúde do sentenciado, acometido de câncer na próstata, fazendo uso de bolsa vesical, fazendo acompa-

Acesso ao Sumário

nhamento de médico urologista e com pré-operatório para realizar a cirurgia de sua próstata, aguardando somente a autorização de seu convênio médico.

Argumenta ter demonstrado o preenchimento do requisito subjetivo para progressão ao regime aberto, anexando declaração de proposta de emprego da empresa DANIEL ESTEVES DIAS- CNPJ-nº 07.088.280/0006-95, sito à Avenida Cruzeiro do Sul, nº 979- SOBRELOJA- OSASCO que se comprometia a contratar o sentenciado MAX MELO MONTEIRO em 01/07/2021, mas em razão do seu problema de saúde, somente será contratado quando se restabelecer.

Requer sejam os Embargos de Declaração recebidos e acolhidos para sanar a obscuridade apontada. Alternativamente, pugna pela concessão de prisão domiciliar, uma vez que presentes os requisitos previstos no artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, ou, para que o exame criminológico seja realizado em sua residência, sem a necessidade de retornar ao regime semiaberto (fls.01/04).

É O RELATÓRIO.

Consoante se verifica, os presentes embargos declaratórios merecem ser conhecidos, por serem tempestivos e, no mérito, rejeitados.

Com efeito, não houve recurso da defesa, razão pela qual não se conheceu dos pedidos por ela formulados em sede de contrarrazões. As contrarrazões devem limitar-se à impugnação das razões do agravo ministerial, não podendo ser oferecidas como se fossem recurso, por inadequação da via eleita.

Por amor à argumentação vejamos o suscitado.

Como é cediço, é pacífico o entendimento de que a data-base para futura progressão de regime é o dia em que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão da progressão anterior, eis que a decisão concessiva da benesse possui natureza declaratória e não constitutiva, evitando-se, assim, tratamento diferenciado de situações análogas, bem como onerar o sentenciado.

Conforme o E. Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que a decisão que defere a progressão de regime é de natureza declaratória, não constitutiva, onde o marco inicial para a próxima progressão será a data em que o sentenciado efetivamente adimplir os requisitos legais, e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SUBSEQUENTE PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. DATA EM QUE O REEDUCANDO PREENCHEU OS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SEXTA TURMA. ADEQUAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO STF E DA QUINTA TURMA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Revisão da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Su-

Acesso ao Sumário

perior, para alinhar-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da Quinta Turma de modo a fixar, como data-base para subsequente progressão de regime, aquela em que o reeducando preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal e não aquela em que o Juízo das Execuções deferiu o benefício. 2. Consoante o recente entendimento do Supremo Tribunal, a decisão do Juízo das Execuções, que defere a progressão de regime – reconhecendo o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo da lei (art. 112 da LEP) – é declaratória, e não constitutiva. Embora se espere celeridade da análise do pedido, é cediço que a providência jurisdicional, por vezes – *como na espécie* – *demora meses para ser implementada. 3. Não se pode desconsiderar, em prejuízo do reeducando, o período em que permaneceu cumprindo pena enquanto o Judiciário analisava seu requerimento de progressão. 4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais"* (STJ, HC 369.774/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016).

Ademais, tal interpretação foi seguida por esse E. Tribunal de Justiça, quando julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, n° 2103746-20.2018.8.26.0000.

Assim, em razão da natureza declaratória da decisão e ainda para que o sentenciado não seja prejudicado ou penalizado, caso haja eventual morosidade no processamento de seus pedidos em execução penal, o termo "*a quo*" referente à progressão do agravado ao regime aberto será a data em que efetivamente preencheu os requisitos objetivo e subjetivo.

E ainda, a referida data deverá ser determinada mediante a análise de cada caso em concreto, onde deverá ser fixado como termo inicial o instante em que foi preenchido o último requisito pendente, seja ele objetivo ou subjetivo.

Portanto, não há como estabelecer, como regra geral a data da implementação do pressuposto temporal como data-base as próximas progressões, eis que o artigo 112 da Lei das Execuções Penais condiciona a conquista do novo regime prisional o preenchimento tanto de um requisito como de outro.

Confira-se:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NOVA ORIENTAÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. DATA-BASE PARA FUTURAS PROGRESSÕES. DATA NA QUAL IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ANÁLISE CASUÍSTICA PARA DEFINIR O MOMENTO EM QUE PREENCHIDO O ÚLTIMO REQUISITO PENDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo enten-

Acesso ao Sumário

dimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - A jurisprudência desta Corte Superior entendia que "o termo a quo para obtenção da progressão de regime é a data do efetivo ingresso do Apenado ao regime anterior, não podendo ser aquela em que o apenado preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data da efetiva inserção do reeducando no regime atual" (AgRg no REsp n. 1.582.285/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 24/8/2016). V - Portanto, a data-base para verificação da implementação dos requisitos objetivo e subjetivo, previstos no art. 112 da Lei n. 7.210/84, deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. VI - In casu, ante a determinação de realização de exame criminológico, o requisito subjetivo somente restou implementado no momento da realização do exame favorável ao paciente, razão pela qual deve ser considerado como data base para nova progressão, mesmo estando o requisito objetivo preenchido em momento anterior. Habeas corpus não conhecido" (HC 414.156/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017).

Destarte, não existindo contradição, omissão ou ambiguidade a ser suprida, entendo que o acórdão está plenamente em ordem, nada tendo a declarar.

Diante do exposto, **CONHEÇO DOS EMBARGOS OPOSTOS E REJEITO-OS**, para que subsista o v. acórdão, por seus próprios fundamentos.

Habeas Corpus

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2234609-59.2021.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que é paciente J.S.S. e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA 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: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.888)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), ANDRADE SAMPAIO e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Homicídio doloso – Presença de pressupostos legais que autorizam a manutenção da Paciente no cárcere – Despacho suficientemente fundamentado – Prisão domiciliar – Genitora de menor – Inviabilidade – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de J.S.S., alegando estar sofrendo ilegal constrangimento por parte do Juízo da Comarca de Embu das Artes.

Em breve síntese, a impetrante sustenta que não estão presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, pois se trata de ré primária, sem antecedentes e com residência fixa no distrito da culpa, bem como se trata de decisão carente de fundamentação idônea. Alega, ainda, que a Paciente é genitora de criança menor de 12 anos de idade e que deve ser observada a Recomendação nº 62/20 do CNJ.

Requereu a concessão da liminar para determinar que a paciente aguarde o julgamento do *habeas corpus* em liberdade, ou, subsidiariamente, em prisão cautelar domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso V do CPP.

A liminar foi indeferida (fls. 41/43), as informações foram prestadas (fls. 50/87) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 92/98).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Consta dos autos que no dia de junho de 2021, F.A., por motivo torpe e com emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, teria efetuado disparos de arma de fogo contra M.P.T.N., nele provocando ferimentos que foram a causa de sua morte, tendo J.S.S. e R.A.A. concorrido de qualquer modo para a prática do crime, bem como no dia 25 de maio de 2021, J.S.S., com abuso de confiança e agindo em concurso de agentes com R.A.A., teriam subtraído uma pistola, marca Glock G25, calibre 380, nº XAK604, pertencente a M.P.T.N., suprimindo, após, a numeração do armamento e em 04 de junho de 2021, J.S.S. e F.A., teriam subtraído uma pistola, marca Taurus TS9, calibre 9mm,

Acesso ao Sumário

nº ABL109378, pertencente à Prefeitura Estância Turística de Embu das Artes.

Levando-se em conta a ordem pública, não é o caso, na hipótese concreta dos autos, de se permitir que a Paciente aguarde em liberdade o transcorrer da ação penal.

Na espécie, o Juízo de Primeiro Grau agiu com o devido acerto ao converter a prisão em flagrante em preventiva, consignando que os réus possuem "sério desvio de personalidade e ausência de freios inibitórios para atividades ilícitas", representando perigo ao meio social, sendo caso mesmo de permanecer a Paciente presa a fim de se preservar a ordem pública, pois ao que parece, o delito foi premeditado pela ora Paciente, que juntamente com seus comparsas, ceifaram a vida dos pais dos filhos dela, não havendo nenhuma irregularidade na referida decisão que a comprometesse, porquanto a necessidade da segregação excepcional da Paciente encontra-se adequadamente justificada, o que afasta a arguição de constrangimento ilegal a que estivesse sendo submetida, com ofensa à liberdade individual.

Ademais, trata-se de crime hediondo, cuja pena supera largamente o mínimo legal para sua prisão (art. 313, inc. I, CPP) e as circunstâncias em que teria sido praticada a infração permitem concluir que sua segregação se mostra adequada e indispensável para assegurar a aplicação da lei penal.

Finalmente, como já destacado na decisão liminar, embora o julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e a nova redação do artigo 318-A, do CPP, amparem as mães com filhos menores de 12 (doze) anos, a aplicação da prisão domiciliar depende da análise do magistrado em relação às circunstâncias no caso concreto.

No presente caso, a Paciente se encontra presa justamente porque teria planejado a morte do seu ex-marido (que dormia quando alvejado), pai de seu filho menor de idade, fazendo-se necessária, portanto, a manutenção da custódia para preservar o bem-estar do menor, pois havendo indícios de que a Paciente tenha sido a autora intelectual da morte do pai do seu filho, que foi executado enquanto dormia, forçoso admitir que se trata de pessoa de nível de periculosidade que impossibilita a concessão da benesse, não havendo, portanto, evidente constrangimento ilegal a ser sanado aqui.

Não se mostra adequada a aplicação de qualquer outra medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois a Lei nº 12.403/11 estabelece que as referidas medidas só poderão ser aplicadas quando ausentes os requisitos da prisão preventiva, o que não ocorre no presente caso.

O caso é de extrema gravidade, com alto grau de reprovabilidade.

Com efeito, a prisão, de fato, é medida excepcional, todavia, necessária no caso concreto.

Assim sendo, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2216156-16.2021.8.26.0000, da Comarca de Taquarituba, em que é impetrante L.M. e Paciente J.I.B., é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA ÚNICA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE TAQUARITUBA-SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.522)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 5 de novembro de 2021.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: *Habeas corpus*. Violência doméstica. Medidas protetivas de urgência. Finalidade de proteção da vítima e não de garantia da utilidade de processo específico. Arquivamento de inquérito policial e manutenção das medidas. Existência de processo penal em curso. Ausência de irregularidade. Circunstâncias que apontam para a necessidade das medidas protetivas para proteção da vítima. Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de J.I.B., no qual se aponta como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Taquarituba processo nº 1500087-30.2021.8.26.0620.

A digna impetrante alega, em síntese, que em inquérito que apurava a prática de contravenção penal de perturbação da tranquilidade foram deferidas medidas protetivas em desfavor do paciente. Por tal razão, sofre constrangimento ilegal porque o referido inquérito foi arquivado, porém as medidas protetivas foram mantidas por prazo indeterminado, de sorte que sofre coação ilegal em sua liberdade.

Pleiteia a revogação das medidas protetivas.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 35/37).

Prestadas as informações (fls. 40/41), sobreveio parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 48/50) manifestando-se pela denegação da ordem.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Inicialmente, destaco que nos autos do inquérito nº 1500087-30.2021.8.26.0620 foram deferidas as medidas protetivas de proibição de aproximação da vítima a menos de 200 metros de distância e proibição de contato com a ofendida e seus familiares por qualquer meio de comunicação, porque (fls. 18/21):

> Consta do Boletim de Ocorrência que a vítima que teve um relacionamento amoroso com o autor por quatro anos e não tem filhos. Que o namoro permaneceu até o mês de novembro de 2019, e desde então, a vítima não consegue ter sossego pelos comportamentos e atitudes realizadas pelo autor, que não aceita o término da relação. No começo era por meio de ligações/mensagens telefônicas, e depois passou a rondar a residência da vítima, colocando cartas em sua casa. Relatou ainda a vítima que o autor violou sua residência, que já pediu por diversas vezes para que o autor parasse com tal comportamento, porém ele deixou claro que manterá estas atitudes.

Ressalto que as medidas protetivas de urgência não se destinam à garantia da utilidade e efetividade de um processo específico, mas sim à proteção da vítima de violência doméstica, de sorte que sua decretação e manutenção independem da existência de inquérito policial ou ação em curso.

Nesse sentido:

> RECURSO EM HABEAS CORPUS. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FEITO CRIMINAL ARQUIVADO EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS. TUTELA INIBITÓRIA. CARÁTER AUTÔNOMO. SUBSISTEMA DA LEI MARIA DA PENHA. RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com a doutrina mais autorizada, as medidas protetivas de urgência, previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006, não se destinam à utilidade e efetividade de um processo específico. Sua configuração remete à tutela inibitória, visto que tem por escopo proteger a vítima, independentemente da existência de inquérito policial ou ação penal, não sendo necessária a realização do dano, mas, apenas, a probabilidade do ato ilícito. 2. O subsistema inerente à Lei Maria da Penha impõe do intérprete e aplicador do Direito um olhar diferenciado para a problemática da violência doméstica, com a perspectiva de que todo o complexo normativo ali positivado tem como mira a proteção da mulher vítima de violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, como corolário do mandamento inscrito no art. 226, § 8º da Constituição da República. (...) (RHC 74.395/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 21/02/2020).

Além disso, aponto que as medidas protetivas de urgência devem ser analisadas sob o prisma do princípio da razoabilidade, de modo que não tenham duração longa e indefinida, sob pena de impor ao investigado restrição desmedi-

Acesso ao Sumário

da de sua liberdade, mas também possibilitem a consecução de seu objetivo de proteção da integridade física e psicológica da vítima, especialmente de forma preventiva.

No caso dos autos, embora arquivado o inquérito policial (fl. 25), as medidas combatidas pela douta impetrante foram mantidas.

Confira-se:

"MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu órgão, que assina digitalmente, no uso e gozo de suas atribuições constitucionais (art. 129, inciso I, da CF) e legais (art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.625/1993), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, para oferecer DENÚNCIA contra J.I.B. (30 anos), qualificado a fls. 17/18, pelos fatos e motivos a seguir. Consta dos autos que, no dia 15/04/2021, às 19h00, na Rua (...), nº (...), Centro, desta cidade e comarca de Taquarituba/SP, J., no âmbito da violência doméstica e familiar e durante estado de calamidade pública, descumpriu decisão judicial que deferiu medida protetiva em favor da vítima R.C.M.F. (47 ANOS). Segundo foi apurado, as partes mantiveram um relacionamento amoroso e por ocasião do rompimento do romance a ofendida requereu e teve deferida medida protetiva e de urgência no Processo nº 1500492-03.2020.8.26.0620. Dentre as medidas protetivas, constou a proibição de manter qualquer contato com a vítima, assim como se aproximar dela há menos de 200 (duzentos) metros (anexo). O denunciado teve ciência das referidas medidas protetivas no dia 19/10/2020 (anexo). Entretanto, no dia dos fatos (15/04/2021) o denunciado foi avistado por uma amiga da vítima caminhando em direção à casa dela. A amiga, a testemunha C.R.O., chegou a abordar o denunciado e o advertiu sobre as medidas protetivas. Mesmo assim, o denunciado continuou o trajeto e a testemunha telefonou para ofendida a fim de avisá-la que o denunciado se encaminhava para lá. E, de fato, o denunciado se dirigiu até a frente da casa da vítima e, ao notar que ela estava na frente, abordou-a, oportunidade em que R. também o advertiu das medidas protetivas, tendo ele respondido que aquele seria o itinerário de caminhada dele. Interrogado, o denunciado negou ter abordado a vítima em frente a casa dela, e disse que se encontrou, ocasionalmente, com R. numa via pública do Bairro Pedro Barros, quando retornava da "Academia Equilíbrio". Entretanto, diligência policial apurou que o denunciado não é aluno matriculado na referida academia e que, segundo registros de entrada e saída do dia 15/04/2021, naquela data ele não esteve no local (fls. 20). Mapa juntado a fls. 21 ainda é indicativo de que tanto a referida academia, como a residência de um amigo dele no bairro (...), ficam em direção oposta à casa da vítima. A conduta foi praticada durante estado de calamidade pública vigente desde o dia 20/03/2020 em decorrência da Pandemia Coronavírus COVID-19."

Mas, em consulta à folha de antecedentes do paciente, observa-se que durante o período de vigência das medidas ele foi denunciado por descumpri-las

Acesso ao Sumário

(processo nº 1500325-49.2021.8.26.0620), o que indica a atualidade e a necessidade em mantê-las.

Consultados os autos da ação penal, nos quais se apura o eventual descumprimento das citadas medidas protetivas de urgência, constata-se que foi apresentada a resposta à acusação e sobre ela manifestou-se o Ministério Público (fls. 86/91), o que ocorreu em setembro de 2021. A ação penal está, portanto, no seu limiar, o que torna desnecessária discussão sobre a indispensabilidade ou não de um inquérito policial ou processo penal para a subsistência das medidas de proteção à vítima.

Dessa forma, as circunstâncias indicadas acima apontam que, a despeito do arquivamento do inquérito policial, as medidas cautelares ainda são necessárias para proteção da integridade física e psicológica da vítima.

Ante o exposto, **DENEGO a ordem de *Habeas Corpus*.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2245888-42.2021.8.26.0000, da Comarca de Tabapuã, em que é impetrante MURILO ALEXSSANDER BAZAM e Paciente JEFFERSON APARECIDO DOS SANTOS BATALLINI, é impetrado MMJD DA VARA ÚNICA - FORO DE TABAPUÃ.

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 41.134)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 9 de novembro de 2021.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS* – ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06 – ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE É MERO USUÁRIO DE DROGAS – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – VIA INADEQUADA.

CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZA-

Acesso ao Sumário

DORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR.
ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.

VOTO

O advogado Murilo Alexssander Bazam impetra o presente *habeas corpus, com pedido de liminar,* alegando que JEFFERSON APARECIDO DOS SANTOS BATALLINI sofre constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da Vara única da Comarca de TABAPUÃ que, nos autos da ação penal nº 1500486- 98.2021.8.26.0607, em que está sendo acusado da prática do crime previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/06, converteu sua prisão em flagrante em preventiva.

Alega o impetrante, em síntese, que a situação retratada nestes autos é apta a caracterizar somente a posse de entorpecente para consumo próprio.

Sustenta, ainda, que não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal e que a decisão atacada carece de fundamentação concreta.

Afirma, ainda, que a manutenção do paciente no cárcere viola o princípio da proporcionalidade.

Postula a concessão da ordem, para que seja relaxada a prisão do paciente ou que lhe seja concedida liberdade provisória.

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 JEFFERSON APARECIDO DOS SANTOS BATALLINI foi denunciado porque no dia 06 de outubro de 2021, por volta das 21:20 horas, na Rua Antonio Guzo, nº 1684, Cidade e Comarca de Tabapuã, trazia consigo, para fins de tráfico, **20 (vinte) porções de maconha, pesando 60g. (sessenta gramas).**

Segundo restou apurado, o paciente foi identificado e detido por policiais militares após o recebimento de denúncias anônimas e ao ser levado ao distrito policial, confessou que comercializava entorpecentes.

Conforme informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, se aguardava a apresentação do relatório final pela autoridade policial.

De acordo com informações mais recentes, extraídas dos registros eletrônicos desta Corte, em 03 de novembro de 2021 foi oferecida a denúncia.

Inicialmente, não se conhece da alegação de que o paciente é mero usuário de drogas, pois sua análise exige exame detido do conjunto probatório, o que

Acesso ao Sumário

é vedado na angusta via do "habeas corpus".

Vencida esta questão, verifica-se que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se adequadamente fundamentada, nos seguintes termos (fls. 42/49):

"(...) Trata-se de crime cuja pena máxima é superior a quatro anos e há provas da materialidade e indícios da autoria (...).

(...) Nesse sentido, insta salientar que, apesar de primário, há fortes indícios de que estava praticando o narcotráfico, mormente por ser comum em cidades de pequeno porte como Tabapuã a realização do "tráfico formiguinha", no qual os traficantes carregam pequenas quantidades de entorpecentes para, acaso sejam abordados pela polícia, possa caracterizar o mero uso, nos termos do art. 28 da Lei de Drogas.

Assim, considerando os indícios de que o custodiado estava na prática da traficância, entendo que as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram suficientes para impedir a reiteração criminosa, de forma que, para acautelar a ordem pública, a prisão preventiva é a única medida cabível para o caso.

Tem-se, ainda, que o custodiado não comprovou atividade lícita, apesar de alegar emprego com registro formal, ou residência fixa e, assim, patente a necessidade de segregação cautelar, visto o perigo de sua reincidência criminosa.

Consistentes os indícios da prática delitiva, que não obstante ausente a violência, possui gravidade intrínseca que assola a sociedade e destrói famílias. Com efeito, é fato notório que o tráfico de drogas alimenta o crime organizado, eleva o índice de criminalidade e atrai jovens para a marginalidade, aniquilando as famílias e desestruturando a sociedade.

Ora, mostra-se legítima a conversão da prisão em flagrante em preventiva para garantir a ordem pública diante das circunstâncias do caso concreto que, em razão da quantidade da droga apreendida e das características delineadas, retratam, *in concreto*, a periculosidade do agente (...)."

"In casu", observa-se que o paciente está sendo acusado da prática de tráfico de drogas (crime equiparado a hediondo) e, ouvido pela Autoridade Policial, confessou que comercializava entorpecentes para sustentar seu vício e para conseguir dinheiro para consertar sua motocicleta, circunstâncias que justificam a necessidade de sua manutenção no cárcere.

Portanto, não se vislumbra 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2247500-15.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ADELMO JOSÉ DA SILVA e ROSEMARY ALMEIDA DE FARIAS FERREIRA e Paciente ALISSON FERREIRA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 43.325)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 11 de novembro de 2021.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. Relaxamento da prisão em flagrante. Alegação de nulidade, ante a ausência de registro fotográfico do paciente e do exame de corpo de delito. Inocorrência. Exame cautelar que foi requisitado. Paciente que afirmou não ter sofrido ameaças, violência, lesões ou maus tratos. Uso de algemas que foi justificado pelo MM. Juízo *a quo*. Flagrante formalmente em ordem. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Existência de prova da materialidade das infrações e de indícios suficientes de autoria. Prisão decretada por decisão fundamentada. Presença dos requisitos da custódia cautelar. Substituição da prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, do CPP. Impossibilidade. Medidas que seriam inadequadas e insuficientes. Constrangimento ilegal inexistente. Denegação da ordem.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos Advogados ADELMO JOSÉ DA SILVA e ROSEMARY ALMEIDA DE FARIAS FERREIRA, em favor ALISSON FERREIRA SILVA, sustentando que o paciente sofre constrangi-

Acesso ao Sumário

mento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de São Paulo, consistente na conversão da sua prisão em flagrante, pela infração dos artigos 244-B, da Lei nº 8.069/90, e 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, em preventiva.

A medida liminar foi indeferida (fls. 46/47), dispensadas as informações, e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou- se pela denegação da ordem (fls. 51/60).

É o relatório.

Busca-se o relaxamento da prisão em flagrante do paciente, sob a alegação de que não foi juntado aos autos o exame do corpo de delito, com o registro fotográfico do seu rosto e do corpo, diligência fundamental para verificar se sofreu maus tratos ou tortura, infringindo-se o disposto no artigo 8º, § 1º, inciso II, da Resolução nº 62, do Conselho Nacional de Justiça, e o teor da Súmula nº 11, do Colendo Supremo Tribunal Federal, ou a revogação da sua prisão preventiva ao argumento de que estão ausentes os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Destaca-se que o paciente confessou a autoria dos delitos, não ofereceu qualquer resistência à prisão e é acusado de delito cometido sem emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, portanto, sua manutenção algemado é incabível e desproporcional.

Anota-se que o paciente é jovem, primário, possui bons antecedentes e residência fixa, preenchendo, portanto, os pressupostos para o deferimento da liberdade provisória.

Ressalta-se que a quantidade de entorpecente apreendida é pequena e que o paciente não se dedica a atividade criminosa ou integra organização semelhante, portanto, caso condenado, fará jus à aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A ordem deve ser denegada.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, não há que se falar em nulidade do auto de prisão em flagrante, sob a alegação de que houve ofensa ao disposto no artigo 8º, § 2º, inciso II, da Recomendação nº 62, do Conselho Nacional de Justiça.

Ora, como é sabido, a aludida Recomendação, em que pese seus elevados fins, não tem *status* legal. Pelo contrário, conforme se deduz da própria nomenclatura, trata-se de recomendação, isto é, de sugestão ou conselho, de modo que as fórmulas ali aventadas não constituem normas procedimentais cogentes, como aquelas estabelecidas no Código de Processo Penal ou em legislação esparsa. Em consequência, a não observância de algum dos ritos sugeridos não implica automaticamente em nulidade, tanto mais, como no caso dos autos, em que foi requisitado o exame cautelar do paciente, a fim de constatar qualquer

lesão corporal, consoante requisição ao IML de fl. 23, na qual consta, também, determinação para que se fotografe seu rosto e corpo inteiros.

Registre-se, ainda, que o paciente foi devidamente identificado e, quando inquirido (fl. 6), relatou não ter sofrido qualquer tipo de ameaça, lesões ou maus tratos.

Ademais, de acordo com consulta realizada pelo signatário aos autos digitais nº 1524356-48.2021.8.26.0228, verificou-se que, em 8 de outubro de 2021, por ocasião da audiência de custódia, a digna autoridade impetrada consignou que "***em análise preliminar, não verifico a existência de qualquer irregularidade apta a macular a prisão em flagrante, tendo sido observados todos os requisitos constitucionais e legais. O auto de prisão em flagrante encontra-se formalmente em ordem, não havendo nulidades ou irregularidades a serem declaradas ou sanadas. A situação fática encontra-se subsumida às hipóteses previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal. Em suma, não há motivo que justifique o relaxamento da ordem flagrancial. Portanto, HOMOLOGO a prisão em flagrante do/a(s) autuado/a(s), devidamente identificado/a(s) e qualificado/a(s), o que faço com fundamento no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal e no artigo 5º, incisos LXI,LXII, LXIII e LXIV, da Constituição Federal. 2. Apresentado/a(s) o/a(s) autuado/a(s) em audiência de custódia (CPP, art. 310), questionou-se pormenorizadamente sobre as circunstâncias da prisão, nos exatos termos da Resolução nº 213/2015 do CNJ e da Resolução nº 740/2016 do Órgão Especial do TJSP, em cumprimento aos artigos 7º e 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica), admitida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678/1992. 3.Não há elementos que permitam concluir ter havido tortura ou maus tratos ou ainda descumprimento dos direitos constitucionais assegurados ao preso***" (fls. 20/21).

E, como anotou o douto subscritor do parecer acerca de tal questão, "***conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, desnecessária a juntada do registro fotográfico de corpo inteiro do paciente, previsto no art. 8º, §2º, inciso II, da Recomendação CNJ nº 62/2020, "seja porque não há previsão legal dessa providência, seja porque a Magistrada não vislumbrou a existência de indícios da prática de tortura, ou abuso de autoridade praticados contra o paciente" (TJSP - HC nº 2260460-37.2020.8.26.0000, Comarca de Peruíbe, Relator Des. ALEXANDRE ALMEIDA, j. 1º/12/2020, 11ª Câmara de Direito Criminal). Como se não bastasse, observa-se que não há notícia alguma de que as informações prestadas pelo paciente à Autoridade Policial foram extorquidas mediante agressões físicas. E nem haveria razão para o cometimento de tal abuso de autoridade, uma vez que ele confessou a sua participação nos crimes, razão pela qual não há motivo para se suspeitar de cometimento de eventuais maus tratos ou tortura. Mas não é só. O exame de corpo de delito cautelar foi requisitado (fls. 23, autos originais), pelo que, o magistrado deverá dar-lhe o devido***

Acesso ao Sumário

valor para verificação de eventuais ofensas físicas praticadas contra a paciente, quando referido exame for juntado aos autos." (fls. 54/55).

Também não há se falar em nulidade do flagrante, em razão de o paciente ser mantido algemado durante a audiência de custódia, na medida em que o MM. Juízo *a quo* justificou a contento as razões de seu convencimento para assim proceder, destacando, *in verbis*: "***Em vista do disposto no Decreto nº 8.858/16 e na Súmula Vinculante nº 11, justifico houve manutenção das algemas para a garantia da integridade física de todos os participantes da audiência, além das pessoas que se encontram no recinto e fora dele. Este fórum é o maior da América Latina e nele circulam milhares de pessoas diariamente. O número de autuados apresentados num único dia para as audiências de custódia chega a ser superior a cento e cinquenta, mas apenas dezenove policiais militares são destacados para garantir a segurança dos trabalhos. Como se vê, e tendo em vista ainda as fragilidades do espaço físico e o número de audiências realizadas simultaneamente, não há contingente suficiente para garantir a segurança de todos. Nesse sentido: "a excepcionalidade do uso de algemas, consignada principalmente na Súmula Vinculante 11, do STF - que dispõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito - não obsta o seu emprego se demonstrados os riscos nela previstos***" (STJ, RHC: 39729 SP 2013/0241579-3, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03/09/2013)." (fls. 33/34).

Como se vê, a manutenção das algemas foi suficientemente justificada, atendendo ao teor da Súmula Vinculante nº 11, do Colendo Supremo Tribunal Federal, com vistas a preservar a segurança física das pessoas que se encontravam no local, o que não configura nenhuma ilegalidade.

O fundado receio de perigo à integridade física própria e alheia, ocasionado pelo alto número de presos que são conduzidos diariamente aos fóruns para audiência de custódia e número reduzido de efetivo policial para garantir a segurança dos presentes durante a realização de ato judicial, é argumento legítimo para autorizar o excepcional uso de algemas, conforme entendimento pacífico do Pretório Excelso. (Rcl 30.410/SP, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 28/06/2018; Rcl 30.802/MT, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/06/2018; Rcl 30.729/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 13/06/2018; Rcl 19.501 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 14/03/2018 e Rcl 14.663 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 13/4/2016).

Acesso ao Sumário

Assim, seria necessário, no caso, o exame das circunstâncias fáticas de forma aprofundada que teriam levado à conclusão pela necessidade de utilização de tal recurso, providência que não é compatível com o célere rito do *habeas corpus*.

E, mesmo que superadas todas essas questões, o que se verifica da inicial

é que os impetrantes se limitaram a apontar descumprimento à Súmula Vinculante nº 11 do Colendo Supremo Tribunal Federal, sem definir, porém, qual o prejuízo decorrente de tal conduta. Entretanto, não obstante o enunciado 11 da Súmula Vinculante prescreva que "***só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado***", a jurisprudência firmou-se no sentido de que tal eiva possui natureza relativa, devendo ser arguida oportunamente, e com a devida demonstração do prejuízo suportado pelo réu. (STJ, HC 387.476/PR, Relator Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/08/2017).

Com efeito, para a anulação do ato, este deve estar eivado de nulidade absoluta, necessária a caracterização do prejuízo causado a quem alega. É o princípio insculpido no artigo 563 do Código de Processo Penal, em respeito à máxima jurídica do *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.

Na hipótese, como já mencionado, não foram apontados de forma objetiva, quais seriam os prejuízos experimentados pelo paciente.

Portanto, compulsando os autos, não se constatou nenhuma ilegalidade ou nulidade a ser reconhecida de plano, estando o flagrante formalmente em ordem.

Consta que, no dia 07 de outubro de 2021, por volta das 16h, na Rua Mariano Cornejo, nº 1, Sapopemba, nesta Capital, o paciente, agindo em concurso e unidade de desígnios com o adolescente C.N.B., trazia consigo e guardava, para fim de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 78 (setenta e oito) porções de maconha, pesando 181,9 g, substância entorpecente e causadora de dependência física e psíquica.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o paciente corrompeu o adolescente C.N.B., com 17 anos na época dos fatos, com ele praticando ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas.

Nesse sentido, os depoimentos prestados pelos policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante (fls. 3/4), agentes públicos que gozam da presunção de idoneidade no exercício da função e em relação aos quais, até então, não pesa qualquer suspeição, as declarações do adolescente C.N.B. (fl. 5), além da confissão do paciente, no sentido de que estava no local, juntamente com C., vendendo drogas, que lhe eram entregues pelo indivíduo de vulgo "Babilônia", e que recebia a quantia de R$ 150,00, "por dia de venda dos entorpecentes" (fl. 6).

Por outro lado, verifica-se que a decisão que decretou a prisão preventiva

Acesso ao Sumário

do paciente não ostenta qualquer vício de fundamentação, satisfazendo plenamente as exigências do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, sendo consistentes e juridicamente corretas as razões invocadas pela autoridade impetrada, de sorte que não comporta alteração.

Referida decisão menciona a presença dos pressupostos e fundamentos da custódia cautelar, consistentes na existência de prova da materialidade delitiva, de indícios da autoria, das circunstâncias em que se desenvolveram os fatos, da expressiva quantidade de entorpecente apreendido e seu modo de acondicionamento, além da apreensão de quantia em dinheiro, que "***indicam maior envolvimento com o tráfico e, por conseguinte, o risco à ordem pública e a gravidade concreta do delito. Ressalta-se ainda que o autuado utilizou menor de idade na empreitada criminosa, o que demonstra a ousadia da conduta***", tudo a revelar a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal (fls. 29/34, dos autos originais).

Assim, estando devidamente motivada pela autoridade impetrada, cuja convicção não pode ser desconsiderada, pois é ela quem está próxima dos fatos, dos acusados e das testemunhas neles envolvidas, e, por isso, pode avaliar, com maior precisão e segurança, a necessidade da custódia cautelar, a decisão merece ser prestigiada.

É importante salientar, ainda, que o tráfico de entorpecentes é delito de gravidade diferenciada, tanto que legalmente equiparado aos hediondos, deixa em sobressalto a população, abala a tranquilidade social e, portanto, afronta à ordem pública.

Ressalte-se que, no caso, o deferimento de prisão domiciliar ou de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão ao paciente seria claramente inadequado, insuficiente e geraria sentimento de impunidade, ainda mais em razão das circunstâncias já mencionadas e se tratando de crime tão nefasto, como o tráfico de entorpecentes.

Acesso ao Sumário

Vale destacar, também, que o delito de tráfico é punido com pena máxima superior a quatro anos, o que, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.403/11, autoriza a decretação da prisão preventiva.

Deve ser anotado, igualmente, que o não cabimento de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e a negativa desse benefício aos autores de crimes hediondos, como é o caso dos autos, decorre do disposto no artigo 323, inciso II, do Código de Processo Penal, bem como da própria Constituição Federal, que, no seu artigo 5º, inciso XLIII, estabelece a inafiançabilidade de tais infrações.

Não há se falar, ainda, em violação ao princípio constitucional da presun-

ção do estado de inocência, posto que se trata de custódia processual, decretada com observância dos preceitos constitucionais e legais pertinentes, por autoridade competente e decisão devidamente fundamentada, com fins estritamente cautelares, em razão da inequívoca presença dos pressupostos, requisitos e condições de admissibilidade da prisão preventiva.

As alegações de que a quantidade de entorpecente apreendida é pequena e de que o paciente não se dedica a atividade criminosa ou integra organização semelhante, portanto, caso condenado, fará jus à aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por ora, são descabidas, tendo em vista que, para acolhê-las, é necessária a análise do conjunto probatório existente nos autos e das condições subjetivas do acusado, o que é impossível de ser feito em sede de *habeas corpus*, pena de vulneração do princípio do juízo natural e supressão de instância.

Como cediço, o *habeas corpus* é instrumento de rito sumaríssimo e, portanto, não comporta o aprofundado exame de provas, motivo pelo qual, não há como, na estreita via eleita, se aferir tais alegações.

Portanto, inexiste constrangimento ilegal a ser reparado pela via do presente remédio constitucional.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2212966-45.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente LUIZ FELIPE CARDOSO HENRIQUE GERALDO e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA 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: DENEGARAM a ordem e, tendo em conta que o paciente aguarda há 4 meses a realização da coleta de material genético, bem como a sua remoção, RECOMENDO à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado, na pessoa do i. ocupante da pasta, ou quem o represente, que a determinação judicial seja, impreterivelmente, cumprida no prazo de 30 dias. Ultrapassado esse prazo, deverá ser colocado imediatamente em regime aberto, onde aguardará que tais providências sejam devidamente cumpridas. V.U, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.853)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SI-

Acesso ao Sumário

MÃO (Presidente sem voto), MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

São Paulo, 18 de novembro de 2021.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Paciente progredido ao regime semiaberto – Alega, em suma, que o condenado está sendo submetido a constrangimento ilegal, pois ele foi progredido ao regime semiaberto, em 05/07/2021, entretanto, o Juízo de piso condicionou a sua remoção à coleta de material genético - DNA (por swab bucal, sem necessidade de consentimento) para inclusão no Banco Nacional de Perfil Genético, o que alega ser medida ilegal, sendo certo que ele ainda está no regime fechado – Pleiteia o reconhecimento da ilegalidade da determinação judicial de coleta de material genético e a concessão da ordem para que seja imediatamente removido a estabelecimento compatível com o regime semiaberto ou para que possa aguardar a vaga em prisão albergue domiciliar – Não prospera o pedido de reconhecimento de ilegalidade da coleta obrigatória de material genético do paciente porque, primeiro, a decisão de fls. 35/36 está fundamentada e, segundo, tal determinação se coaduna com o disposto no artigo 9-A, da Lei de Execução Penal, com alteração dada pela Lei nº 13.964/2019 – Note-se que se trata de determinação legal, ou seja, não pode ser considerada ilegal ou inconstitucional nesta seara, devendo haver análise e pronunciamento da Suprema Corte acerca da matéria trazida à baila, órgão a quem compete defender a Constituição Federal – Lapso temporal para a remoção do cativo está prestes a extrapolar os limites de razoabilidade – Ordem denegada, com recomendação à Secretaria da Administração Penitenciária.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA em favor do paciente **LUIZ FELIPE CARDOSO HENRIQUE GERALDO**, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo da Vara de Execuções Crimi-

Acesso ao Sumário

nais de Presidente Prudente.

Alega, em suma, que o condenado está sendo submetido a constrangimento ilegal, pois ele foi progredido ao regime semiaberto, em **05/07/2021**, entretanto, o Juízo de piso condicionou a remoção do sentenciado à coleta de material genético - DNA (por swab bucal, sem necessidade de consentimento) para inclusão no Banco Nacional de Perfil Genético, o que alega ser medida ilegal, sendo certo que ele ainda está no regime fechado.

Afirma que a referida decisão tem causado enorme prejuízo ao paciente que se vê impedido de usufruir de benefícios inerentes ao regime intermediário, por medida ilegalmente estipulada pelo Juízo *a quo*.

Pleiteia, assim, sua imediata remoção ao estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto, independentemente da coleta do referido material genético como estipulado pelo Magistrado.

A liminar foi indeferida (fls. 39/41). A autoridade apontada como coatora prestou as informações (fl. 48/59) e a Procuradoria Geral de Justiça apresentou seu parecer (fls. 64/69).

É o relatório.

A impetração não prospera.

De início, insta consignar que este remédio constitucional não é a via adequada para apreciação dos pleitos que dizem respeito à execução penal, por escapar a matéria ao restrito âmbito do *habeas corpus*, imprestável para exames valorativos de prova e que tem como principal objetivo o resguardo da liberdade de locomoção.

Não prospera o pedido de reconhecimento de ilegalidade da coleta obrigatória de material genético do paciente porque, primeiro, a decisão de fls. 35/36 está fundamentada e segundo tal determinação se coaduna com o disposto no artigo 9-A, da Lei de Execução Penal, com alteração dada pela Lei nº 13.964/2019 que diz:

"O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e incolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

§ 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 do inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação do perfil genético."

Acesso ao Sumário

Note-se que se trata de determinação legal, ou seja, não pode ser considerada ilegal ou inconstitucional nesta seara, devendo haver análise e pronunciamento da Suprema Corte acerca da matéria trazida à baila, órgão a quem compete defender a Constituição Federal.

E, como bem salientou a d. Procuradoria Geral de Justiça: "(...) por ora, nada autoriza supor que o Supremo Tribunal Federal venha a declarar inconstitucional o citado dispositivo, criado para compor um banco de dados, a exemplo de outros países, ou, ao menos, enquanto não for decidido o HC nº 973.837/MG, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes que reconheceu repercussão geral, em 24/06/2016, ainda pendente de julgamento pelo Plenário dessa Corte. E como o eminente Relator não determinou o sobrestamento dos demais processos que envolvem a matéria, os Tribunais Superiores continuam decidindo pela legalidade da exigência, consoante decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa consigna: "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 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 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, á identificação do perfil genético, mediante 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 nº 8.072/1990." 3. *Habeas corpus* denegado. (HC 536.114/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020). Neste contexto, nada há de ilegal na determinação do MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais, ao determinar o exame de material genético, visto que o paciente foi condenado pela prática de crime considerado hediondo e, nos termos da nova legislação, será obrigatória a coleta de material genético de todos aqueles que tenham praticado crimes com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, como é o caso do tráfico de entorpecentes." (fls. 66/67).

Acesso ao Sumário

E como sempre venho me manifestando, deve o paciente aguardar a efetivação transferência para a Penitenciária pelos órgãos competentes da Administração e conforme a lista cronológica.

Ainda, ressalte-se que não é responsabilidade do Juízo Criminal a demo-

ra no cumprimento de eventual determinação de transferência para o regime semiaberto, algo que é função do Coordenador Regional dos Estabelecimentos Penitenciários.

Inobstante tais considerações, insta consignar que, este caso conta com certas particularidades.

Consoante se extrai das informações prestadas pela autoridade coatora: "O fato de o sentenciado ainda não ter sido transferido para Unidade de regime semiaberto se deve exclusivamente ao fato de que o nome dele foi incluído na lista de espera da vaga em presídio de regime intermediário (em razão dos princípios da igualdade e da impessoalidade que devem orientar a transferência), e não em razão de demora na coleta do DNA. A remoção tem ocorrido no máximo 3 meses após a decisão que defere a progressão, e desde a data da decisão que deferiu o benefício já está sendo contado o lapso para o regime aberto, como se no regime intermediário ele faticamente já estivesse." (fls. 48/49).

Nota-se que a providência de coleta de material genético e a remoção do preso para o regime semiaberto, realmente, estão sujeitas a alguma demora, pois dependem da superação de entraves administrativos, mormente neste momento delicado em que o país se encontra decorrente da pandemia causada pelo Covid-19, sendo sabido por todos as dificuldades que vêm sendo enfrentadas pelas autoridades competentes, devido aos obstáculos de ordem material, para a efetivação da transferência de condenados ao regime intermediário.

Vale ressaltar, ainda, que mesmo diante das referidas dificuldades enfrentadas neste momento decorrentes da situação de pandemia em que vivemos, a Secretaria de Administração Penitenciária tem cumprido as requisições de transferências no prazo médio de 60 dias a partir do seu recebimento. Ademais, em 02/06/2020, em reunião virtual realizada com magistrados deste E. Tribunal de Justiça, ela esclareceu que foi implantada uma "quarentena aos detentos a serem transferidos" como uma medida para redução do risco de contaminação pelo "*coronavírus*", não sendo possível dessa forma identificar violação à Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, *in casu*, a demora está prestes a extrapolar o limite da razoabilidade.

Conforme se depreende das informações prestadas pela autoridade coatora, a decisão que deferiu a progressão foi proferida em 06/07/2021 (fls. 35/36).

Note-se, o paciente aguarda há 4 meses a realização da coleta do material genético, bem assim a sua transferência, ele implementou todos os requisitos para obter a progressão ao regime semiaberto, agora se vê impedido de gozar da benesse unicamente em decorrência de entraves burocráticos relativos ao devido cumprimento da determinação do Juízo de piso, o que é contraproducente para o próprio processo de ressocialização, pois mantê-lo indevidamente em

Acesso ao Sumário

regime mais severo acabará se constituindo em verdadeiro estímulo a fugas e prática de infrações disciplinares.

Dessa forma, ao tomar contato com notícia de que o sentenciado está prestes a ser submetido a constrangimento ilegal, o magistrado deve adotar providências para que ele não ocorra, até porque, conforme estabelecido no inciso VI, do artigo 66, da LEP, cabe a ele zelar pela correta execução da pena.

Ante o exposto, **DENEGO a ordem** e, tendo em conta que o paciente aguarda há 4 meses a realização da coleta de material genético, bem como a sua remoção, **RECOMENDO** à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado, na pessoa do i. ocupante da pasta, ou quem o represente, que a determinação judicial seja, impreterivelmente, cumprida no prazo de 30 dias. Ultrapassado esse prazo, deverá ser colocado imediatamente em regime aberto, onde aguardará que tais providências sejam devidamente cumpridas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2243987-39.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é paciente J.J.S. e Impetrante D.H.C.S.

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 DA IMPETRAÇÃO. TODAVIA, DE OFÍCIO, CONCEDERAM A ORDEM para determinar à d. autoridade apontada como coatora que, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, forme, expeça e encaminhe a guia de execução definitiva ao Juízo das Execuções Criminais, permitindo que o d. Impetrante requeira o que reputar de direito nessa Vara. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.647)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 19 de novembro de 2021.

SILMAR FERNANDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO – Pleito de expedição de contramandado de prisão em face da interdição civil em decorrência de inimputabilidade do paciente (autos de Interdição nº (...)) – Ausência

de análise do pedido manejado em primeiro grau, vez que cessada a jurisdição do Juízo de conhecimento – Supressão de Instância evidenciada – Incognoscível a Impetração – Concessão da Ordem de ofício – Necessidade – Negativa de Jurisdição – Excepcionalidade do caso concreto que legitima a formação, expedição e encaminhamento da guia de execução definitiva ao Juízo das Execuções, para que o d. Impetrante requeira o que reputar de direito – Precedentes dos Tribunais Superiores – *WRIT* NÃO CONHECIDO E, DE OFÍCIO, CONCESSÃO DA ORDEM PARA DETERMINAR A FORMAÇÃO DOS AUTOS DE EXECUÇÃO, COM SEU ENCAMINHAMENTO À VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Damião Henriques Cavalcante Santos em favor de J.J.S., apontando, como autoridade coatora, o MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande.

Alegou que o paciente foi processado e, ao final, condenado nos autos nº (...), como incurso no artigo, 217-A do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, contando com decisão condenatória transitada em julgado, tendo sido deferido ao paciente, até então, o direito de recorrer em liberdade. Afirmou, ainda, se tratar o paciente de pessoa incapaz e sem discernimento, circunstâncias estas já comprovadas por meio de laudo pericial juntado nos autos de interdição nº (...), de modo que ele deveria receber o tratamento disposto na lei penal para os inimputáveis. No entanto, alegou que a d. autoridade apontada como coautora indeferiu pedido de instauração de incidente de insanidade mental em favor do paciente, nos autos nº (...), sob o argumento de se tratar de condenação transitada em julgado, tendo a atividade jurisdicional daquele Juízo se encerrado, além de se tratar de questão processual já preclusa, vez que a d. defesa teria permanecido inerte durante toda a instrução processual. Por fim, aduziu ter sido determinada a expedição de mandado de prisão em regime fechado, em desfavor do paciente, nos autos nº (...), pois verificado o trânsito em julgado da sentença condenatória supramencionada.

Diante disso, requereu o deferimento da medida liminar para que fosse expedido contramandado de prisão em favor do paciente, a fim de que ele não seja recolhido em estabelecimento prisional diverso do hospitalar – sendo que, ao julgamento final do presente *writ*, pugnou pela ratificação da medida.

Acesso ao Sumário

Indeferida a liminar (fls. 129/132), aportaram aos autos as informações de praxe prestadas pela d. autoridade apontada como coatora (fls. 134/136) e, ao final, a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela concessão parcial da Ordem para que seja expedida a Guia de Recolhimento independentemente do cumprimento do mandado de prisão, com encaminhamento à Vara das Execuções (fls. 140/143).

É O RELATÓRIO.

2. Incognoscível o *writ*.

Justifico.

Certificado o trânsito em julgado do feito de conhecimento, ocorrido aos 12 de agosto de 2018 (fls. 294 dos autos originários), foi determinada a expedição de mandado de prisão em 29 de novembro de 2018 (fls. 292, *idem*).

Aos 22 de setembro de 2021, a d. Defesa ajuizou incidente de insanidade mental, o qual tramitou sob o nº (...), ao argumento de que o paciente foi interditado nos autos nº (...) (Sentença aqui acostada às fls. 09/11).

A d. autoridade apontada como coatora rechaçou o incidente em 1º de outubro de 2021 "*...por se tratar de processo com condenação transitada em julgado, encerrando-se, pois, a atividade jurisdicional deste juízo, e de questão processual preclusa, quedando-se a defesa inerte durante toda a instrução processual...*" (fls. 16); interposto recurso de Apelação (fls. 112/117 do mencionado incidente), foi ele rejeitado, pois não previsto nas hipóteses do artigo 593 da Lei Adjetiva Penal (fls. 232, *idem*).

Pois bem.

Não houve pronunciamento judicial sobre o pedido deduzido na exordial – sendo que qualquer pronunciamento desta Corte ensejaria inaceitável supressão de instância.

De rigor, assim, o não conhecimento do *writ*.

3. Passo outro, imperativa a concessão da Ordem, *ex officio*, para que independentemente do cumprimento do mandado de prisão, **EXCEPCIONALMENT**E, em decorrência das especificidades do caso vertente, determinar a formação, expedição e encaminhamento da guia de execução definitiva ao Juízo competente, propiciando à d. Defesa ajuizar os pleitos que reputar pertinentes.

Ora, *in casu* vislumbra-se evidente negativa de jurisdição – eis que o Juízo de conhecimento, com acerto, não examinou a questão de fundo, aduzindo haver cessado a jurisdição; todavia, em face da inexistência de processo de execução, impossível a realização de pleitos naquele Juízo.

De igual forma, conforme supra motivado, a manifestação desta Corte sobre o pedido é descabida, em face da inexistência de pronunciamento em primeiro grau de jurisdição.

Acesso ao Sumário

Não se desconsidera o teor do artigo 105 da Lei de Execução Penal, que determina que *"...transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução*" (sem destaques no original).

Contudo, os Tribunais Superiores firmaram posicionamento no sentido de que, em caráter excepcional, deve a guia de execução definitiva ser expedida independentemente do cumprimento do mandado de prisão; confira-se:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. SOBRESTAMENTO DE MANDADO DE PRISÃO. GUIA EXECUTÓRIA DEFINITIVA AINDA NÃO EXPEDIDA. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO E SEU ENCAMINHAMENTO AO JUÍZO EXECUTÓRIO DEVEM PRECEDER À PRISÃO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
>
> *"1. [...] não parece razoável exigir que uma pessoa em liberdade se recolha à prisão para que tenha seu pedido de benefício de livramento condicional ou progressão para o regime aberto analisado, em evidente esvaziamento da inafastabilidade da jurisdição (art. 5°, XXXV, CF). [...] (HC-147.377/STF, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 6/9/2017).*
>
> *"2. Segundo recentes posições do STF e deste STJ, a expedição da guia de recolhimento e seu encaminhamento ao juízo de execução não podem ser condicionados à prévia prisão do paciente, de forma que apenas após a expedição da guia de recolhimento inicia-se a competência do juízo de execução, concluindo, assim, que não será possível a apreciação dos pedidos executórios até que a referida guia chegue ao conhecimento da autoridade competente.*
>
> *"3. Para se aferir a competência do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a matéria questionada tenha sido analisada pela Corte de origem, consoante dispõe o art. 105, II, da Constituição Federal, sob pena de configurar indevida supressão de instância.*
>
> *"**4. Assim, enquanto ainda não apreciada a questão relativa ao cárcere em domicílio nas instâncias ordinárias, esta Corte fica impedida de julgar diretamente o assunto, sob pena de supressão de instância. Desse modo, mais ainda urgente se torna a necessidade de expedição de guia executória definitiva, para que haja a formação de processo de execução definitiva, abrindo competência ao Juízo da execução para analisar o pleito de prisão domiciliar.***
>
> *"5. Ainda que, de regra, o fato de o apenado estar em lugar incerto e não sabido inviabilize o início da execução (arts. 674 do CPP e 105 da LEP), impedindo a inauguração da competência do Juízo da execução para apreciar o pedido de aplicação de novatio legis in mellius, na realidade, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que o prévio recolhimento à prisão pode configurar condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, sendo devida, excepcionalmente, a*

Acesso ao Sumário

expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF: HC-119.153/STF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 6/6/2014; HC 150.556/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 24/11/2017; HC-147.377/STF, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 6/9/2017 e do STJ: HC 366.616/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017; AgInt no AREsp 445.578/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018 e HC 312.561/SP, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 13/06/2016. Logo, nada impede o condenado de requerer ao juízo da condenação a expedição da guia de execução para fins de exame da pretendida novatio legis in mellius, independentemente do cumprimento do mandado de prisão (AgRg na RvCr 4.969/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019).

"6. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para, independentemente dos efeitos do mandado de prisão expedido, determinar a formação, expedição e encaminhamento da guia de execução definitiva, de modo que a defesa possa formular perante o Juízo das Execuções Criminais os pedidos que entender pertinentes" (STJ – HC 525.901/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019).

E, efetivamente, o d. Impetrante fez prova da excepcionalidade da situação, com a juntada da Sentença de Interdição do paciente, prolatada pelo d. Juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca da Praia Grande (fls. 09/11).

Como bem ponderou a d. Procuradoria Geral de Justiça:

"Sob outro vértice, levando em conta a alegação de comprometimento, atual, da higidez mental do paciente, com inicio de prova (sentença de interdição – fls. 09/11), e de modo a evitar-se possível constrangimento em caso de recolhimento – ao menos de inicio – em regime severo, o encaminhamento, frente o disposto no art. 682 "caput" do CPP, é no sentido de, excepcionalmente, determinar-se a expedição da guia de recolhimento independentemente do cumprimento do mandado de prisão, com encaminhamento ao Juízo da VEC correspondente ao domicilio do paciente, para que seja analisada a situação jurídico-pessoal do sentenciado, com a aplicação das pertinentes medidas cabíveis..." (fls. 142).

Destarte, a Ordem deve ser concedida, de ofício, para que o Juízo de conhecimento, **em face da excepcionalidade do caso**, expeça a Guia de Execução Definitiva, com formação dos autos executórios, ainda que pendente o cumprimento do mandado de prisão, com sua remessa ao Juízo das Execuções Criminais, para que o Impetrante maneje o que reputar de direito.

3. Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO DA IMPETRAÇÃO. TODAVIA, DE OFÍCIO, CONCEDO A ORDEM** para determinar à d. autoridade apon-

Acesso ao Sumário

tada como coatora que, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, forme, expeça e encaminhe a guia de execução definitiva ao Juízo das Execuções Criminais, permitindo que o d. Impetrante requeira o que reputar de direito nessa Vara.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2225230-94.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é paciente G.S.F. e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.361)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 22 de novembro de 2021.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Pedido de trancamento da ação penal por atipicidade da conduta. Crime de descumprimento de medida protetiva de urgência. Artigo 24-A da Lei nº 11.340/06. Autoridade impetrada que posterga o conhecimento da tese defensiva à efetivação da instrução processual. Ausência de decisão denegatória do pleito defensivo. Questão ainda controversa que deve ser melhor apurada em contraditório judicial. Ausência de prova pré- constituída do constrangimento ilegal arguido. Inadmissibilidade da supressão de instância. Excepcionalidade do trancamento da ação penal pela via eleita. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de ***habeas corpus***, com pedido de liminar, impetrado pela Defensora Pública Gabriela Galetti Pimenta, em favor de G.S.F., alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarujá (Processo originário nº 1503565-75.2019.8.26.0536, violência doméstica).

Acesso ao Sumário

Sustenta a impetrante, em síntese, que a denúncia não merece acolhimento, em razão da ausência de formalidade na intimação do réu sobre a medida protetiva decretada em favor da vítima nos autos do processo nº 1521833-49.2019.8.26.0223, haja vista ter sido realizada via telefone sem qualquer previsão legal que sustente a admissibilidade deste tipo de comunicação. Assevera, ainda, que o ato não foi revestido de autenticidade, tendo em vista que não foi conferida a identidade de G., podendo qualquer pessoa ter se passado pelo paciente e recebido as informações pelo Oficial de Justiça. Logo, diante da inexistência de intimação pessoal e, por conseguinte não conhecimento da medida protetiva, resta não configurado o descumprimento ocorrido na data de 27 de outubro de 2019, objeto do caso em tela. Diante do exposto, requer o trancamento da ação penal dada a atipicidade denunciada conduta do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 89/90.

Dispensadas as informações por parte da autoridade apontada como coatora, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem. (fls. 95/101).

É o relatório.

2. É o caso de denegação da ordem.

O paciente foi denunciado como incurso no artigo 24-A, ***caput***, da Lei 11.340 de 2006, porque, no dia 27 de outubro de 2019, por volta das 00h23, na Rua (...), altura nº (...), Jardim Helena Maria, Guarujá - SP, descumpriu decisão judicial que deferiu a medida protetiva que proibia sua aproximação a menos de 200 metros da vítima.

O réu foi citado e declarou interesse na nomeação de Defensor Público, que ao manifestar-se nos autos, requereu a juntada de cópias dos autos nº 1521833-49.2019.8.26.0223, onde teriam sido impostas as medidas protetivas supostamente descumpridas pelo paciente (fl. 64 dos autos originários).

O pleito foi deferido e os autos originários devidamente instruídos, quando então a defesa apresentou a tese de que a conduta imputada ao acusado seria atípica, porquanto o paciente não teria sido pessoalmente intimado sobre as medidas protetivas fixadas, tendo o oficial de justiça elaborado certidão negativa de cumprimento da intimação, já que não verificada a identidade do interlocutor de conversa remota, efetuada via aplicativo (fls. 136/137 dos autos originários).

De fato, consta no processo nº 1521833-49.2019.8.26.0223 que as diligências para intimação do agressor nos endereços constantes dos autos restaram infrutíferas (fls. 98 dos autos originários), momento em que a vítima informou o número de telefone de G., tendo o oficial de justiça prosseguido com a intimação por esta via, oportunidade em que o paciente teria sido intimado de seu inteiro teor, também lhe encaminhada a decisão judicial por meio do aplicativo *WhatsApp*. Na ocasião, o paciente não teria dado qualquer notícia sobre seu pa-

radeiro, tendo apenas informado ao oficial de justiça o endereço de sua genitora para entrega do mandado.

O Ministério Público opôs-se à alegação defensiva, aduzindo que a lei processual penal não estabelece forma específica para a intimação do agressor (fls. 142/146 dos autos originários).

A autoridade impetrada, diante de tais argumentos, declarou que: "*Em que pesem as alegações expendidas a fls. 142/146, verifico que existe justa causa para instauração da ação penal, e que não é o caso de absolvição sumária do réu, sendo necessária a instrução probatória para apuração dos fatos narrados na denúncia*." (fls. 147/148 dos autos originários).

Contra tal decisão, interpôs a defesa o Recurso em Sentido Estrito nº 1503565-75.2019.8.26.0536, que não foi conhecido por esta C. 16ª Câmara do Tribunal de Justiça, em unanimidade de votos, por ofensa ao princípio da taxatividade recursal.

Agora a defesa maneja o ***habeas corpus***, requerendo o reconhecimento de constrangimento ilegal causado por ato da autoridade impetrada.

A despeito dos argumentos expostos, noto que inexiste pronunciamento definitivo sobre a questão, tendo o magistrado de primeiro grau se limitado a declarar que existe justa causa para o processamento penal e que a apuração dos fatos depende da instrução probatória.

Quando julgado o recurso em sentido estrito, foi antecipado por este relator que: "*Era, mesmo, caso de manutenção do recebimento da denúncia, sendo que as alegações defensivas serão analisadas no momento oportuno, qual seja, ao final da instrução criminal. Assim, a decisão de 1º Grau e seus efeitos estão plenamente válidos*" (fls. 182/186 dos autos originários).

Acrescento que a questão apresentada pela impetrante (nulidade absoluta da intimação do paciente) não é incontroversa e tampouco configura prova pré-constituída de ilegalidade flagrante, na medida em que ainda cabe, em tese, a produção de prova para elucidar as circunstâncias em que realizada a intimação, bem como verificar sua efetividade, observado o contraditório judicial.

Enfim, é idônea a fundamentação de decisão judicial que posterga a análise da tese defensiva de nulidade da intimação do paciente para depois da instrução processual, não cabendo ao Tribunal de Justiça antecipar tal pronunciamento jurisdicional de mérito, sob pena de incorrer em nulidade por ofensa aos princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição. No mesmo sentido:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DE CORRUPÇÃO DE MENOR. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 244-B DA LEI Nº 8.069/90. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AU-

Acesso ao Sumário

DIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. EXAME DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE JUÍZO ACERCA DO MÉRITO DE EVENTUAL AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. .... 7. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, Dje de 20/06/2017 e HC 139.054, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 02/06/2017. 8. O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. 9. Ordem denegada" (STF, HC 157306, Primeira Turma, Rel: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 25/09/2018).

3. Em face do exposto, pelo meu voto, denego a ordem impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2242547-08.2021.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é impetrante D.V.R. e Paciente F.R.S.A.

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 57.697)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente) e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 25 de novembro de 2021.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – CRIMES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DELITIVA – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advo-

gado Danilo Vogado da Rocha, em favor de F.R.S.A., alegando constrangimento ilegal por ato do MM. Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Leme nos autos nº (...) e do MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Limeira/SP que deferiu medida de busca e apreensão em desfavor do ora paciente.

Sustenta o impetrante que se trata, em tese, de infração ao **artigo 241-B da Lei nº 8.069/90, artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, por sete vezes, e artigo 240, *caput* e § 2º, inciso II, da Lei nº 8.069/90, por oito vezes, todos c.c. o artigo 69 do Código Penal**. Acena com a ilegalidade do prosseguimento da ação penal, não obstante a nulidade das provas obtidas em busca e apreensão deferida por autoridade judicial absolutamente incompetente. Requer o trancamento da ação penal por ausência de justa causa para o seu prosseguimento.

Indeferida a liminar (fls. 379/380) e prestadas informações pela autoridade coatora (fls. 383/384), manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem (fls. 485/490).

É o Relatório.

Trata-se de Julgamento Virtual.

De início, ressalte-se que a impetração nem sequer deveria ser conhecida.

Isso porque, o paciente não está sofrendo e nem se encontra ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Com efeito, o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, dispõe, expressamente, que "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Contudo, para que não se alegue cerceamento de defesa, passa-se à análise da questão.

Descreve a denúncia que, no período compreendido entre 18 de dezembro de 2016 e 18 de junho de 2021 e no dia 20 de agosto de 2021, na Rua (...), nº (...), Jardim Empyreo, na comarca de Leme, F.R.S.A. possuía e armazenava, em aplicativos de armazenamento existente em nuvem *Dropbox* e *Google Photos*, 194 fotografias e vídeos contendo cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo crianças ou adolescentes.

Consta, ainda, que, em diversas datas e endereços, a partir de 15 de março de 2018 até 11 de maio de 2021, o denunciado praticou atos libidinosos com pessoa menor de 14 anos.

Consta, ainda, que, a partir de 15 de março de 2018, em diversas oportunidades e endereços, F., prevalecendo-se de relações de coabitação e hospitalidade, produziu e fotografou cena pornográfica envolvendo criança, bem como produziu, filmou e registrou cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

Acesso ao Sumário

Segundo o apurado, no período compreendido entre 18.12.2016 e 18.06.2021 e no dia 20.08.2021, o denunciado obteve fotografias e vídeos contendo pornografia envolvendo crianças e adolescentes e armazenou os arquivos digitais em aplicativos de armazenamento na nuvem *Dropbox* e *Google Photos*. Além das fotografias e vídeos de outras pessoas, F. produzia os próprios filmes pornográficos de cenas dele estuprando crianças. Para tanto, F., conhecido como R., utilizava o mesmo *modus operandi*: mantinha contatos íntimos com famílias com crianças, frequentava as residências, dormia, mostrava-se solícito e, aproveitando-se das oportunidades em que ficava sozinho com os menores, praticava atos libidinosos com eles, além de preparar e filmar os estupros.

A Polícia Federal foi informada por órgão internacional que recebe denúncias de crimes relacionados a abusos sexuais infantis, denominado *National Center for Missing and Exploieted Children* (NCMEC) sobre a existência de arquivos contendo material pornográfico envolvendo crianças e/ou adolescentes. Desta forma, os agentes federais passaram a investigar e descobriram a identidade do denunciado F. e o seu local de residência. Em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, policiais federais ingressaram no imóvel situado na Rua (...), nº (...), Jardim Empyreo, oportunidade em que o denunciado tentou esconder seu aparelho de telefone celular, mas ele foi apreendido. No aparelho, constataram a existência das fotografias e vídeos que estavam sendo armazenadas por ele. Na oportunidade, os policiais procederam à apreensão de dois aparelhos celulares. Os vídeos periciados, nos quais o denunciado é visualizado estuprando as vítimas, todas menores de 14 anos de idade, são autênticos e neles é possível identificá-lo como o autor dos atos libidinosos praticados contra as crianças por meio das suas características físicas, tatuagem no antebraço e roupas de cama coincidentes com fotografias publicadas por ele em suas redes sociais.

A douta autoridade impetrada informou que o Inquérito Policial foi instaurado pela Autoridade Policial Federal de Piracicaba em 12.08.2021 para apurar infração, em tese, aos artigos 240, § 2º, inciso II, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/90.

Acesso ao Sumário

Em 13.08.2021, foi representado pela Autoridade Policial Federal pela prisão temporária do paciente e expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar.

Por decisão datada de 18.08.2021, foi deferida a busca e apreensão domiciliar e determinada a prisão temporária do paciente. O mandado de prisão foi expedido pela Justiça Federal na mesma data, sendo a prisão do paciente efetivada em 20.08.2021.

Realizada a perícia técnica nos arquivos de imagem contidos no *Google Fotos* do paciente, a Autoridade Policial Federal apresentou seu Relatório Final

em 14.09.2021.

O Ministério Público Federal manifestou pela necessidade da decretação da prisão preventiva do paciente e requereu a remessa do feito à Vara Criminal da comarca de Leme/SP, que foi acolhido pela Justiça Federal de Limeira, que declinou sua competência em 15.09.2021.

Os autos foram remetidos à Vara Criminal de Leme e o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu a decretação da prisão preventiva do acusado.

A douta autoridade ora impetrada ratificou todos os atos praticados nos autos (fls. 469/471).

Ora, diante disso, não há que se falar em nulidade do feito.

De fato, se o mandado de busca e apreensão, bem como os decretos de prisão temporária e preventiva, foram determinados de forma fundamentada, em obediência aos ditames legais pertinentes, não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal, ainda que posteriormente se constate que outro Juízo é competente para julgar e processar a ação penal.

Desta forma, a ratificação dos atos por autoridade competente convalida as ações e decisões anteriores. Aplica-se, portanto, o disposto na Súmula nº 706 do Colendo Supremo Tribunal Federal (É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção).

Conforme bem deduzido pela douta Procuradoria Geral de Justiça, não há de se cogitar em nulidades em fase persecutória policial e nem mesmo em atos jurisdicionais determinados nessa fase investigatória, ainda que determinados por juízo incompetente, isto porque não se trata de processo (relação jurídica processual) mas apenas de um procedimento sigiloso de natureza investigativa. Ainda que assim não fosse, temos que – no caso em tela – houve a remessa do caderno investigativo ao Juízo Competente – onde ocorreu a expressa ratificação de todos os atos judiciais já produzidos, instalando-se – na sequência – o oferecimento da denúncia e o início da 'persecutio criminis in judicio', onde haverá a produção da prova sob o crivo do contraditório. Nesse contexto, deve ser rechaçado o argumento referente à sugerida ilicitude da prova produzida no caderno investigatório, mormente porque houve a ratificação de todos os atos jurisdicionais que haviam sido determinados pelo Juízo dito incompetente, entre eles o que determinou a expedição do destacado mandado de busca e apreensão do material armazenado na residência do paciente.

À derradeira, afasta-se o pleito de trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

Isso porque, a inicial acusatória atende ao princípio da individualização das condutas e se encontra formalmente perfeita, bem como foi formulada com base nas informações contidas nos autos do inquérito policial.

De fato, em obediência aos requisitos do artigo 41 do Código de Pro-

Acesso ao Sumário

cesso Penal, descreveu os fatos com todas as suas circunstâncias e deu a eles a capitulação devida, expondo clara e objetivamente os elementos essenciais e circunstanciais da imputação delitiva do qual o paciente é acusado, assegurando plenamente o direito de defesa. Além disso, é suficientemente esclarecedora e indica que ele, pelo menos em tese, praticou os atos lá descritos.

Por outro lado, há que se ressaltar que a denúncia não é um relatório, complexo e prolixo, de pormenores, minudenciando aspectos fáticos, muitas vezes conhecidos somente pelo próprio réu e de demonstração não raro impossível. No caso, a denúncia permite ao paciente saber, perfeitamente, de que fato criminoso está sendo acusado.

Conforme dispõe o artigo 43 do Código de Processo Penal, a denúncia somente será rejeitada quando o fato evidentemente não constituir crime, já estiver extinta a punibilidade, verificar-se a ilegitimidade da parte ou faltar qualquer das condições legais para o exercício da ação penal.

Desta forma, nada mais era preciso dizer, remetendo-se para a instrução criminal a apuração completa dos acontecimentos, sem qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o *habeas corpus* não permite o aprofundamento das provas.

Registre-se, também, que somente após a dilação probatória é que se poderá analisar a prática ou não do crime e todas as suas circunstâncias.

Nestas circunstâncias, não se vislumbrando qualquer constrangimento ilegal, a ordem deve ser denegada.

Denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2237865-10.2021.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que são impetrantes CLEBER ROGER FRANCISCO e CAROLINE PEREIRA DE CARVALHO, Pacientes A.A.A. e L.A.M., é impetrado MMJD DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BARRETOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.364)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 29 de novembro de 2021.

Acesso ao Sumário

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: *Habeas corpus*. Arts. 147-A e 147-B, ambos do Código Penal em contexto de violência doméstica. Impetração que objetiva o trancamento do inquérito policial. Impossibilidade. Existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria a justificar a persecução penal. Palavras da vítima que têm especial relevância em crimes praticados, em tese, no contexto de violência doméstica e familiar, e que, ademais, vieram corroboradas por outros elementos indiciários. Fatos praticados, em tese, após a entrada em vigor das Leis nºs 14.132/2021 e 14.188/2021, que instituíram os tipos penais dos arts. 147-A e 147-B, do CP, respectivamente. Outrossim, eventuais condutas anteriores, se penalmente relevantes, podem ser enquadradas em tipos penais vigentes à época da ação/omissão. Exclusão do paciente L. da investigação. Impossibilidade. Eventual participação que demanda apuração, pois pode ter ocorrido em concurso de agentes ou por omissão imprópria, sendo açodado o trancamento do IP em relação a ele. *Writ* que se afigura inadequado para apuração de questões que demandem profundo revolvimento de matéria fático-probatória. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

VOTO

O Dr. Cleber Roger Francisco, Advogado, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de A.A.A. e L.A.M., apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, que, após manifestação do Ministério Público (fl. 199), indeferiu o pedido de trancamento do inquérito policial (fls. 201/202).

Sustenta, em resumo, que o inquérito policial carece de justa causa para seu prosseguimento, na medida em que são atípicas as condutas imputadas aos pacientes (pais da suposta vítima), pois estes apenas buscavam informações acerca do comportamento da filha durante o período que frequentou a faculdade em outra cidade (fl. 43/56). Argumenta, mais: a) a inexistência de supressão da informação acerca do pai biológico da suposta vítima (fls. 22/23); b) a inexistência de vício de vontade no processo de filiação (fl. 27); c) que a suposta ví-

Acesso ao Sumário

tima esteve apenas uma vez no Conselho Tutelar, isso devido à falsa "denúncia anônima" realizada por seus colegas e a pedido desta (fls. 42 e 25).

Pleiteia, assim, o trancamento do inquérito policial.

A impetração veio instruída com documentos (fls. 60/202). Indeferida a liminar (fl. 204/205), a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 209/214). A combativa Defesa apresentou nova manifestação, repisando os argumentos da inicial (fls. 217/234).

É o relatório, em síntese.

Não vislumbro o insinuado constrangimento ilegal.

Ora, ao que é dado inferir do exame dos autos, os pacientes se veem investigados em inquérito policial pela prática, em tese, dos delitos descritos nos arts. 147-A e 147-B, do Código Penal.

Segundo consta do caderno investigativo, a suposta vítima (filha dos pacientes) alegou estar sendo perseguida e ameaçada por sua genitora, esclarecendo que o relacionamento com sua mãe sempre foi abusivo, pois ela é controladora e manipuladora, já tendo passado por atendimentos no conselho tutelar, porém sem qualquer solução efetiva, pois sua genitora a ameaçava e a obrigava a mentir. A ofendida alegou, também, que foi abrigada a mentir em juízo, no processo de reconhecimento de paternidade socioafetiva.

Consta, ainda, que, mais recentemente, a paciente passou a ameaçar a ofendida, dizendo que cancelaria sua faculdade caso a vítima lhe respondesse de forma malcriada, além de proferir diversas injúrias, tais como "*vagabunda*". Diante disso, a ofendida deixou a casa dos pacientes, a fim de evitar o tratamento degradante e que lhe tem causado prejuízos psicológicos.

Ocorre que a paciente não aceitou a decisão da ofendida, e passou a importuná-la através de amigos, familiares e até mesmo por meio do seu advogado.

Foram deferidas medidas protetivas de urgência em desfavor de ambos os pacientes (fls. 197/198), as quais, todavia, restaram revogadas (fls. 222/224).

Assim brevemente resumidos os fatos, tenho que razão não assiste à combativa Defesa ao pretender o trancamento da investigação.

Acesso ao Sumário

Realmente, como cediço, o trancamento da persecução penal, por meio de *habeas corpus*, somente tem cabimento em situações excepcionais, quando ficar bem evidenciado, desde logo, sem necessidade de exame mais profundo de provas que já se encontram nos autos, que há ausência de justa causa para a tramitação do inquérito.

De fato, somente se justifica a concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa para a investigação, quando ela é patente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos acontecimentos, com reconhecimento de que os fatos alegados estão ao completo desamparo de qualquer indí-

cio de autoria, de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação, situações que não se verificam na hipótese dos autos, em que os fatos narrados apresentam plausibilidade, e, portanto, devem ser devidamente apurados.

De se ressaltar, nesse passo, que há indícios de materialidade e autoria suficientes para justificar a persecução penal, notadamente as palavras da suposta vítima (fls. 129/130 do IP nº 1501786-69.2021.8.26.0066), as quais possuem especial relevância, por se tratar de delitos supostamente praticados em contexto de violência doméstica. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que "*a palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso*" (HC 143681/SP – Ministro Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma – DJe de 02/08/2010). Ainda: "*a palavra da vítima, nos crimes de violência doméstica assume especial relevo, mormente quando acontece no interior da residência familiar, na ausência de testemunhas presenciais*" (STF – ARE 694813 AgR/RS no RE com agravo, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/08/2012, Primeira Turma, unânime).

Ademais, o relato da ofendida é corroborado – ao menos por ora – pelos *prints* de mensagens apresentados pela patrona da vítima às 142/156, dos autos referentes às medidas protetivas, nº 1501488-77.2021.8.26.0066, oportunidade em que também se asseverou a existência de testemunhas e a existência de imagens outras que endossam as imputações feitas, as quais serão oportunamente apresentadas nos autos próprios da investigação.

Destarte, afigura-se plausível a imputação feita aos pacientes, existindo elementos probatórios mínimos da prática de crime (justa causa) que autorizam a persecução penal em curso.

Sendo assim, o inquérito deverá prosseguir para apuração devida dos fatos, pois, de uma simples leitura dos autos, não se vislumbra o apontado constrangimento ilegal. Ora, havendo substrato probatório mínimo a sustentar as imputações e contando, ainda, com provas outras que a ofendida alegou dispor, a investigação deve seguir seus ulteriores termos, a fim de apurar a efetiva prática dos delitos. Ademais, estando revogadas as medidas cautelares de urgência (fls. 222/224), não se tem notícia de qualquer restrição ao *ius libertatis* dos pacientes, de modo que a existência do inquérito policial de origem, por si só, não pode ser considerada constrangimento ilegal, já que existente justa causa para a investigação.

Insta anotar, outrossim, que, em razão do seu estreito espectro cognitivo, o *writ* não se afigura o instrumento adequado para, de forma açodada, estabelecer juízo de valor acerca dos elementos de informação até agora angariados, sendo, portanto, impossível concluir que as alegações da ofendida não passam de "*chantagem*" em desfavor de sua mãe e padrasto, como alegado

Acesso ao Sumário

pelo i. impetrante. É igualmente impossível reconhecer, desde logo, sem a devida e imprescindível apuração dos fatos, que a suposta perseguição (art. 147-A, CP) não teve caráter ilícito, pois constituiu apenas busca de informações acerca da ofendida, que deixou o lar sem avisar os pais. Pelas mesmas razões também não se pode, pela via eleita, declarar a inocência dos pacientes quanto às demais alegações defensivas, eis que demandam aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória – tais como: a argumentação de que não houve supressão da informação acerca do pai biológico da suposta vítima (fls. 22/23); b) a inexistência de vício de vontade no processo referente ao reconhecimento de paternidade socioafetiva (fl. 27); c) que a suposta vítima esteve apenas uma vez no Conselho Tutelar, isso devido à falsa "denúncia anônima" realizada por seus colegas e a pedido desta (fls. 42 e 25) –, devendo tais questões serem apuradas no seio da investigação, e, se eventualmente constituírem algum ilícito, caberá ao *Parquet* imputá-los em sua *opinio delicti*.

Ora, o que se tem nos autos são versões completamente antagônicas: de um lado, a vítima diz-se perseguida e ameaçada, sofrendo em razão disso danos emocionais, aduzindo ao contexto de violência doméstica e a abusos emocionais pretéritos, mas que nunca puderam ser apurados porque era menor de idade e completamente dependente, não tendo quem lhe acudisse ou apoiasse no enfrentamento de tais situações; e, do outro lado, os pacientes, negando veementemente as acusações, clamam-se pais preocupados e que acabaram vitimados pela investigação policial, que seria suposto instrumento de chantagem utilizado pela filha do casal para conseguir alimentos, ressaltando, ainda, que as condutas supostamente criminosas que lhes são imputadas não passariam desavenças normais do cotidiano familiar.

Assim, diante de conjuntura tão controversa, é imprescindível o prosseguimento da investigação para apuração da verdade real, já que presentes elementos mínimos a sustentar a persecução penal, não se podendo concluir, açodadamente, pela inocorrência dos supostos delitos.

Nesse ensejo, impende observar que os crimes imputados aos pacientes podem, em tese, ser praticados de muitas maneiras diferentes, não só pelo contato telefônico e/ou por mensagens, daí porque os históricos telefônicos dos pacientes (fls. 89/103 – de difícil leitura, aliás, pela baixa resolução da digitalização), apesar de aparentemente não registrarem contato com a vítima, por si sós, não conduzem à conclusão de inexistência do crime. A esse respeito, aliás, importa observar que a vítima noticiou que os pacientes a perseguiam através de parentes e amigos, o que foi corroborado pelo *print* apresentado às fls. 144, dos autos nº 1501488-77.2021.8.26.0066.

Acesso ao Sumário

De outro lado, não se olvida que as condutas descritas nos arts. 147-A e 147-B, do Código Penal, somente foram penalmente tipificadas, respectivamente, em 01/04/2021 e 29/07/2021, com a entrada em vigor das Leis nº

14.132/2021 e nº 14.188/2021. Porém, a novidade desses dispositivos, por si só, não torna atípica eventual conduta anterior, que pode ser enquadrada em outro delito. Assim, é certo que se a investigação apurar fatos anteriores a estas datas (01/04/2021 e 29/07/2021), se típicos, deverão ser capitulados em outros dispositivos penais, vigentes ao tempo da ação/omissão.

Afora isso, consta dos autos que a ofendida fugiu da residência dos pacientes justamente no dia 29/07/2021, e, a partir desta data iniciou-se a suposta perseguição (art. 147-A, CP), sendo, portanto, formalmente típica a imputação. Quanto ao crime de violência psicológica contra a mulher (art. 147-B, CP), é impossível dizer, desde já, se o dano emocional pretensamente sofrido pela ofendida ocorreu após a entrada em vigor da novel figura penal, ou se decorreu dos abusos pretéritos referidos pela vítima, demandando, portanto, melhor apuração, não sendo o caso de trancamento do inquérito nesse aspecto.

Ademais, ao revés do que quer fazer crer a Defesa, tampouco se cogita de excluir, desde já, a eventual participação do paciente L. na prática dos supostos delitos.

Ora, ao pleitear medidas protetivas de urgência, a ofendida as requereu em desfavor de ambos os pacientes, a indicar, ao menos nessa análise perfunctória, alguma participação de seu padrasto, do contrário, não haveria razão para a vítima buscar proteção também em relação a ele. Não se nega que as condutas são imputadas principalmente à mãe da vítima, porém, é prematuro afirmar que o paciente L. não teve qualquer relação com os ilícitos narrados, sendo necessário o aprofundamento das investigações a respeito, a fim de esclarecer se houve, ou não, auxílio moral/material da parte dele em relação às supostas condutas da paciente (concurso de agentes), ou se ele – detentor da paternidade socioafetiva (fls. 118/129) – deixou de agir para evitar os resultados penalmente típicos, em tese, praticados por sua companheira, hipótese em que seria coautor dos delitos, por omissão imprópria (art. 13, § 2º, do Código Penal).

Em suma, os fatos em apuração são graves e complexos, demandando profunda investigação, até porque se trata de delitos de difícil apuração. Assim, considerando-se tratar-se de crimes praticados em contexto violência doméstica, as palavras da vítima têm especial relevância, tanto mais porque vieram corroboradas por outros elementos indiciários, devendo-se, portanto, concluir pela existência de justa causa para a continuidade da investigação policial.

Ante o exposto, não vislumbrando qualquer constrangimento ilegal que possam estar suportando os pacientes, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2274587-43.2021.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante MILTON GOMES FUSCHINI e Paciente GABRIEL VINICIUS DEL ANGELO DE ANDRADE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram o processamento do *habeas corpus*. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.074)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 30 de novembro de 2021.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – presença do *fumus commissi delicti* no auto de constatação e prova oral que indica que a droga foi apreendida em poder do réu, ora paciente. Indícios que permitem, por ora, a capitulação como tráfico, tais como quantidade inusual à figura do usuário; forma de acondicionamento; apreensão de dinheiro – presença do *periculum in libertatis* tais como a presença de alta reprovabilidade, visto a quantidade e a natureza das drogas; o fato do réu ter sido preso logo depois de colocado em liberdade em outro processo por tráfico – personalidade delitiva – o fato de o réu ser primário e sem antecedentes não impede a prisão preventiva – falta de ofensa ao princípio da presunção de inocência, inteligência da Súm. 09 do STJ.

***HABEAS CORPUS* – impossibilidade de análise aprofundada do mérito para verificar a possibilidade de aplicação de redutor e benefícios, verdadeiro exercício de futurologia – indefere-se o processamento.**

VOTO

O impetrante ajuizou o presente pedido de *habeas corpus* contra decisão[1] que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, alegando que em poder do paciente nada de ilícito foi encontrado. Alegou ainda ausência dos

1 Folhas 27.

Acesso ao Sumário

requisitos da prisão preventiva e sustentou, em eventual condenação, à vista da pouca quantidade de droga, a desproporcionalidade da prisão preventiva.

Com base nesses argumentos, o i. Advogado postula liminarmente a concessão da ordem, a fim de que seja revogada a prisão preventiva do paciente ou, subsidiariamente, substituída por alguma das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

O réu foi preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de drogas.

Conforme inteligência do artigo 312 do Código de Processo Penal, só é possível a decretação da prisão preventiva quando presentes os pressupostos e circunstâncias que autorizariam a medida extrema.

Presentes estão os pressupostos da prisão preventiva.

O laudo de constatação (folhas 25 dos autos principais nº 1501549-73.2021.8.26.0603), que restou positivo para a presença do elemento ativo, comprova que as substâncias são entorpecentes.

Quanto à destinação, a considerável quantidade apreendida[2] (41 porções de cocaína pesando 48,68 gramas[3]), incomum para figura do usuário; a forma de embalagem das drogas apreendidas; e apreensão[4] de dinheiro, embora não sejam provas absolutas, indicam a destinação para terceiros.

Desta forma, por ora, possível a capitulação da conduta como tráfico de drogas.

Existem também fortes indícios de autoria, conforme prova oral colhida no inquérito[5], como a apreensão das drogas em local onde o paciente foi visto dispensando-as, bem como de apreensão sobre mesa localizada na varanda onde o acusado foi visto inicialmente, de outras porções idênticas com aquelas dispensadas pelo paciente quando em fuga.

Também estão presentes as circunstâncias ensejadoras da prisão preventiva.

O paciente demonstrou na prática do crime equiparado a hediondo, tráfico ilícito, alta **reprovabilidade** e **periculosidade**, visto a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos. Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, foram apreendidas porções de cocaína, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

2 Folhas 22/23 – dos autos principais nº 1501549-73.2021.8.26.0603.
3 Folhas 25 – dos autos principais nº 1501549-73.2021.8.26.0603.
4 Folhas 22/23 – dos autos principais nº 1501549-73.2021.8.26.0603 – R$ 80,00.
5 Folhas 03/04 e 05 – dos autos principais nº 1501549-73.2021.8.26.0603.

Acesso ao Sumário

Observo que foram apreendidas 48,68 gramas de cocaína.

Decidiu-se com base em julgados das Cortes Superiores:

"Confira-se: a literatura jurídica já revelou, p.ex., a apreensão de 3 invólucros de maconha, com o peso de 1,8g. (STJ – RHC nº 37.033/MG – Quinta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – j. 22.10.2013); de 7 invólucros contendo cocaína, com o peso de 1,44g (STF – HC nº 111.247/MG – 2ª Turma – Relator Ministro Ricardo Lewandowski – j. 27.03.2012), e de 104 'pedras' de crack, com o peso de 12,9 g. (STF – HC nº 114.390/RS – 1ª Turma – Relator Ministro Luiz Fux – j. 20.08.2013.)"[6].

Com base nestes dados, cada porção de cocaína equivale a cerca de 0,25 grama. Portanto, a droga encontrada com o réu é suficiente para **cerca de 194 porções individuais de cocaína**.

Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância que importa em maior reprovabilidade da conduta.

É entendimento tranquilo que a periculosidade e culpabilidade excessivas justificam a prisão preventiva.

Neste diapasão é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"É de se acentuar que os crimes violentos e os crimes demonstrativos de conduta vil devem ser encarados com rigor pela Justiça Penal, até mesmo como medida de defesa da sociedade em face da criminalidade emergente. Daí por que não se deve emprestar rigor acadêmico à tese de longa fundamentação de decisões que decretam a custódia preventiva a criminosos violentos e confessos, cuja liberdade constitui motivo de insegurança e temor social"[7].

"A prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que diante do modus operandi ou da habitualidade de sua conduta demonstra ser dotado de periculosidade"[8].

"A prisão preventiva mostra-se necessária para a garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, evidenciada por sua personalidade delitiva, já que foi condenado por roubo e estelionato (reincidência), responde por furto e cometeu o delito em questão quando estava em livramento condicional"[9].

Também o Pretório Excelso firmou entendimento neste sentido:

I – A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a preservação da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do paciente, verificada pelo modus operandi mediante o qual foi praticado o delito. Precedentes. II – A possibilidade concreta de fuga também mostra-se

Acesso ao Sumário

6 TJSP – Apelação nº 0025164-64.2010.8.26.0309, rel. Moreira da Silva, j. 24.06.2014.
7 STJ – HC 8.478-SP – rel. Vicente Leal – DJU 24.05.1999.
8 STJ – HC 106.675/SP – rel. Min. Jane Silva – j. 28.08.2008.
9 STJ – HC 246855/MG – rel. Min. Marilza Maynard – j. 21.02.2013.

apta a embasar a segregação cautelar para assegurar a aplicação da lei penal. Precedentes. III – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, permanecendo os fundamentos da custódia cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Precedentes. IV – Ordem denegada"[10].

Com base nesse entendimento, ALEXS COELHO[11] aponta que "*a periculosidade a ser aferida para fins de decretação da prisão preventiva pode ser aferida através da análise de dois fatores distintos (alternativos ou cumulativos): 1) modus operandi do agente na prática de determinado crime; e 2) habitualidade (ou reiteração) do agente na prática criminosa*".

Neste ponto, vê-se que o réu depois de preso em flagrante nos autos nº 1501474.34.2021.8.26.0603, sob a acusação de mesmo crime[12], foi colocado em liberdade em 24/10/2021[13] e novamente acabou preso nestes, já em 03/11/2021.

Assim, mostra-se necessária a segregação cautelar do paciente para a garantia da ordem pública, tendo em vista a sua periculosidade, evidenciada por sua personalidade delitiva.

Desta forma, é entendimento tranquilo que a periculosidade e culpabilidade excessivas justificam a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Observa-se que o paciente praticou crime de tráfico de drogas. A prática de crimes de tráfico de drogas, que são fatos geradores de muitos outros crimes, gera desassossego e intranquilidade popular. A circunstância de alguém praticar crime desta espécie e ser solto em seguida causará descrédito na Justiça, além de estimular a prática de novos crimes análogos, bem como levará que a população busque resolver os problemas de segurança por outros métodos, como fazer justiça com as próprias mãos. Desta forma, necessária a custódia do requerente para garantia da ordem pública para estes casos, a menos que ocorra excepcionalmente prova em contrário, não existente nos autos.

Assim, tal fato justifica a prisão para garantia da ordem pública.

No tocante à **presunção de inocência**, em primeiro lugar, conforme jurisprudência pacífica, nos termos da Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, inexiste incompatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão processual. E isso porque o próprio artigo 5º da Constituição Federal, no seu inciso LXI, prevê a possibilidade da prisão processual ao autorizar a prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Desta forma, fica clara a compatibilidade da presunção de inocência, prevista no inciso LVII, com a prisão processual, prevista no inciso LXI.

10 STF – HC 114536/MG – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJU 05.12.2012.

11 Prisão preventiva: ordem pública e periculosidade do agente – in Revista Jus Navigandi – Elaborado em 06/2009.

12 Informação obtida em consulta ao processo no SAJ.

13 Folhas 29 – dos autos principais nº 1501549-73.2021.8.26.0603.

Acesso ao Sumário

Neste sentido é o posicionamento do Pretório Excelso:

"*Habeas corpus. Liberdade provisória. O disposto no item LVII do artigo 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória", não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegura a liberdade provisória, o que decorrer do disposto em outros preceitos da Carta magna, tais como os itens LIV, LXI e LXVI do mesmo artigo*"[14].

Quanto à **primariedade**, desde que presentes os pressupostos e circunstâncias ensejadoras, não elide ou afasta a prisão preventiva.

"*O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 CPP), despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis*"[15].

Portanto, verifica-se que é cabível a prisão preventiva, estando presentes os pressupostos e as circunstâncias ensejadoras dela conforme o artigo 312, do Código de Processo Penal, não sendo caso de concessão de medida **cautelar diversa.**

Ausente, então, constrangimento ilegal a ser sanado nesta via.

No tocante à eventual fixação de regime inicial diverso do fechado ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o cabimento do redutor, que revelariam alegada desproporção da prisão cautelar, destaca-se que tal alegação do impetrante se mostra verdadeiro exercício de futurologia, incabível neste momento, por tratar-se de matéria de mérito, estranha ao *habeas corpus.*

Ocorre que o remédio heroico não se destina à apreciação do mérito da questão, nem tampouco realizar um exame minucioso das provas produzidas.

Neste sentido afirma EDUARDO ESPÍNOLA FILHO[16] que "*não se admite entrar no mérito da prova produzida no processo principal*".

No mesmo sentido GUILHERME DE SOUZA NUCCI[17] ao dizer que "*a ação de impugnação (habeas corpus) não se destina a analisar o mérito de uma condenação ou empreender um exame acurado e minucioso das provas constantes dos autos*".

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também aponta neste sentido.

"*Para se chegar a conclusão diversa da adotada pelas instâncias anteriores, no sentido da inexistência de prova da materialidade do crime,*

Acesso ao Sumário

14 STF – RTJ 148/729.

15 STJ – *Habeas Corpus* 251898/MS – Min. Campos Marques – J 23/10/2012.

16 *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. VII – p. 265.

17 *Código de Processo Penal Comentado* – 11ª ed. – São Paulo: RT – 2012 – p. 1113.

necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório da causa, providência sabidamente inviável em habeas corpus"[18].

"*RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANUTENÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR EM SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE ERRO NA APRECIAÇÃO DA PROVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATO EM* HABEAS CORPUS*. IMPROCEDÊNCIA. 1. A periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. 2. A prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgride a presunção constitucional de inocência, desde que a privação da liberdade do sentenciado, satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes, encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção.* ***3. A análise da inexistência de material probatório que corrobore a condenação impõe o reexame de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do*** **habeas corpus***. 4. O* **habeas corpus** ***constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento.*** *5. Recurso ao qual se nega provimento*"[19] (destaque nosso).

Este também é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do* habeas corpus *o exame aprofundado de prova no intuito de se reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente*"[20]

Ressalta-se, ainda, que por exigir o *habeas corpus* direito líquido e certo, não há que falar-se em dilação probatória.

Encontra-se tal conclusão em PONTES DE MIRANDA[21] quando afirma que "*direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é de si mesmo concludente e inconcusso*".

Destaque-se que a finalidade do *habeas corpus* é coibir e afastar ilegalidade de ato. Logo não há que falar-se em apreciação da justiça ou injustiça do

18 STF – RHC 113508/DF – rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 02.04.2013.
19 STF – RHC 111327/MG – rel. Min. Cármen Lúcia – j. 12.03.2012.
20 STJ – 208852/SP – rel. Min. Jorge Mussi – j. 07.05.2013.
21 *História e prática do* habeas corpus (*Direito constitucional comparado*) – 3ª ed. – Rio de Janeiro: José Konfino – 1955 – p. 327).

Acesso ao Sumário

ato, que deve ser analisada *aliundi*.

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO[22] posiciona-se na mesma linha, afirmando que "*nunca se justifica, em processo de* habeas corpus*, fulminar decisão, por mais absurda que seja, sob o fundamento de que é patente a sua injustiça; outros remédios processuais há em condições de darem o merecido corretivo;* habeas corpus só é pertinente, quando há ilegalidade, e não injustiça".

Alinha-se a tal entendimento GUILHERME DE SOUZA NUCCI[23] ao dizer que o *habeas corpus* "é medida urgente, para fazer cessar uma coação ou abuso à liberdade de ir, vir e ficar".

Presente a hipótese do artigo 663 do Código de Processo Penal, deixa-se de requisitar informações e de colher a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça.

Ante o exposto**, indefere-se** o processamento da ação de *habeas corpus*, em consonância com a regra do artigo 248 do Regimento Interno desta Corte de Justiça c.c. o artigo 663 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2276471-10.2021.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é paciente LUIZ CARLOS CORREIA LIMA e Impetrante LUIS GUSTAVO DE BRITTO, é impetrado MMJD DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DO FORO DE TUPÃ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram liminarmente. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.365)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 2 de dezembro de 2021.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: "Habeas corpus" – Execução penal – Pretendida cassação da decisão que suspendeu o livramento condicional do paciente em razão da notícia da prática de falta grave ainda em apuração – Inadequação

Acesso ao Sumário

22 *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado* – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – v. VII – p. 271.

23 *Código de Processo Penal Comentado* – 11ª ed. – São Paulo: RT – 2012 – p. 1113.

da via eleita – Agravo em execução como recurso cabível de decisões proferidas pelo Juízo das Execuções Criminais – Matéria que ultrapassa os estreitos limites do remédio heroico – Inexistência de ilegalidade manifesta a ser sanada de ofício – Ordem indeferida liminarmente.

VOTO

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pleito liminar, impetrado pelo Advogado Luis Gustavo de Brito em favor de Luiz Carlos Correia Lima, apontado como autoridade coatora o Juízo do Departamento das Execuções Criminais da comarca de Tupã/SP.

Em síntese, argumenta que o paciente sofre constrangimento ilegal oriundo da r. decisão que suspendeu o livramento condicional que fora concedido, o que se deu em função da notícia da prática de falta grave ainda em apuração. Nesse rumo, aduz que o paciente faz jus ao benefício, o qual lhe foi deferido mas não chegou a usufruir, argumentando que o procedimento de sindicância carece de suporte probatório suficiente, pelo que injustificada a suspensão do benefício. Requer, assim, a revogação da decisão de suspensão do benefício, permitindo ao paciente iniciar o gozo do livramento condicional.

É o relatório.

A presente ordem de *habeas corpus* comporta indeferimento liminar.

Insurge-se o i. impetrante contra decisão proferida pelo Juízo da Execuções Criminais da comarca de Tupã que suspendeu o benefício de livramento condicional que fora concedido ao ora paciente em 05.08.2021 (fls. 06, 07/08).

Nota-se, portanto, que a matéria é referente a execução penal e, a teor do disposto no artigo 197 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), o recurso cabível contra as decisões proferidas pelo Juízo das Execuções Criminais é o agravo em execução.

Com efeito, o remédio constitucional do "habeas corpus" tem a finalidade de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, mas não é possível a sua utilização indiscriminada como sucedâneo dos recursos cabíveis em espécie.

Sobre o tema, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. [...] (STJ – AgRg no HC: 406537 ES 2017/0160392-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julga-

Acesso ao Sumário

mento: 24/10/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2017).

Na espécie, é certo que a matéria demanda a análise de questões específicas relativas à execução da pena, de todo incompatível com a estreita via do "habeas corpus". Nesse rumo, as ponderações do i. impetrante acerca dos elementos de prova até então colhidos na sindicância – ainda em processamento, anote-se – não podem ser valorados neste remédio constitucional, não só pela inadequação da via, como também porque sequer houve pronunciamento judicial a respeito, caracterizando indevida supressão de instância.

Saliente-se, por derradeiro, que não se vislumbra existência de ilegalidade manifesta a ser sanada de ofício, consignando a possibilidade de suspensão ou regressão de benefícios com base no poder geral de cautela do Juízo de Execuções.

Destarte, frente a inadequação da via eleita, impõe-se o indeferimento liminar deste "writ", com fulcro no artigo 663 do Código de Processo Penal c.c. o artigo 248 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

Isto posto, pelo meu voto, indefere-se liminarmente a ordem de "habeas corpus" impetrada em favor de Luiz Carlos Correia Lima, nos termos acima referidos.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2205588-38.2021.8.26.0000, 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.

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 53.673)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 26 de outubro de 2021.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de Segurança – Ausência de aparato público para depoimento especial das vítimas menores.

Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, postulando que seja reconhecida a existência de violação a direito líquido e certo contra ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Comarca de Praia Grande, que indeferiu o pedido de oitiva das vítimas menores, alegando falta de estrutura material e humana para o ato. Objetiva a concessão da segurança para que lhe seja conferido produção antecipada de provas para realização do depoimento especial das vítimas, crianças menores de 7 anos, que teriam sido abusadas sexualmente (fls. 01/08).

Indeferida a liminar (fls. 39), foram prestadas as informações de praxe (fls. 42/44), tendo a Douta Procuradoria de Justiça opinado pela não concessão da ordem (fls. 47/52).

É o relatório.

É caso de denegação da segurança.

Senão vejamos:

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)

In casu, conceder a segurança implicaria em o juiz desconcentrar-se da sua função jurisdicional e atuar como um gestor dos recursos e do orçamento do Poder Judiciário. Assim, estaria atuando como Administrador da parcela do orçamento conferida ao referido Poder.

De acordo com as informações prestadas *"(...) o fato é que este juízo não possui estrutura material e humana para a realização da escuta especializada, nos termos e formas determinados pela Lei nº 13.431/17 (...)*".

Em caso que envolvia problemática semelhante, essa Corte decidiu que: "*A oitiva da ofendida à época, de fato, não observou a norma prevista na Lei 13.431/2017, que estabeleceu um sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, vítimas ou testemunhas de violência, prevendo os procedimentos de escuta especializada e depoimento especial. Não se olvide que tal sistema de depoimento especial e escuta especializada ainda é pouco utilizado no país, a despeito de já contar com previsão normativa há mais de quatro anos, e isto*

Acesso ao Sumário

por falta de destinação de recursos públicos para a instalação de estrutura física e de capacitação dos profissionais. Por esta razão, os depoimentos continuam, em sua maioria, a ser colhidos pelo método tradicional de coleta de prova oral em Juízo". TJSP – Ap. Criminal 1004910-33.2020.8.26.0073 - Avaré – 9ª Câm. Dir. Criminal – Relator: Desembargador César Augusto Andrade e Castro – j. 15/04/2021.

Desta forma, por se tratar de tema relacionado à gestão de recurso público, que está fora da alçada do Juiz na sua função Jurisdicional, a segurança não pode ser concedida.

Ante o exposto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2222463-83.2021.8.26.0000, da Comarca de Mongaguá, em que é impetrante E.A.T., é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE MONGAGUÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 45.479)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 26 de outubro de 2021.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Ataque a ato do Juízo que não conheceu pedido de instauração de inquérito policial – Suposta ocorrência de violação de domicílio e furto – Providência que compete à d. autoridade policial – Ausência de direito líquido e certo da impetrante em ver instaurado inquérito policial – Não constatação de ilegalidade ou abuso de direito por ato da d. autoridade impetrada – Segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por E.A.T. contra ato do Juízo da 2ª Vara Criminal de Mongaguá que determinou o arquivamento dos autos nº (...).

Expõe que foi apresentada pela impetrante notícia crime da prática dos crimes de violação de domicílio, furto e estelionato para que os fatos fossem averiguados, mas embora tenha a impetrante buscado seus direitos constitucionais com amparo na preferência do Estatuto do Idoso, o d. magistrado determinou o arquivamento dos autos sob a alegação de que, se a vítima quisesse, deveria ir pessoalmente à delegacia.

Sustenta a violação do direito líquido e certo da impetrante, pessoa idosa, de ter seu pedido enviado à delegacia para apuração dos fatos criminais.

Pleiteia a concessão da segurança para que seja assegurado à impetrante o direito de especificar e que se cumpra a determinação de seu direito constitucional.

Ausente pedido de liminar, foi determinado o processamento do *writ* (fls. 41/42).

As informações foram prestadas (fls. 45/46).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs a denegação da ordem, com recomendação (fls. 49/52).

É o relatório.

A segurança deve ser denegada.

Da documentação colacionada e das alegações feitas na inicial afere-se que a paciente comunicou à autoridade policial do 2º D.P. de Mongaguá que teriam invadido imóvel de sua propriedade e que na casa foi instalada conexão clandestina de fornecimento de energia elétrica, tendo sido localizado no interior do imóvel carteira nacional de habilitação de E.D.S., fatos estes registrados no boletim de ocorrência n.º (...)/21 (fl. 15).

Através de advogado constituído a impetrante endereçou à d. autoridade impetrada pedido de que fosse instaurado inquérito policial, autuado o feito sob o n.º (...).

A Promotoria de Justiça requereu a instauração de inquérito policial para a apuração dos fatos (fl. 36) e sobreveio a r. decisão atacada, sob os seguintes fundamentos:

"Vistos.

Trata-se de requerimento de instauração de inquérito policial.

A instauração de inquérito policial é atribuição da Autoridade Policial e, para tanto, não precisa de autorização judicial.

A parte interessada, acompanhada ou não pelo n. Causídico que a repre-

Acesso ao Sumário

senta, tem legitimidade para requerer pessoalmente o que aqui pleiteia, diretamente na Delegacia de Polícia.

Assim sendo, não conheço do pedido.

Ciência ao Ministério Público.

Arquive-se" (fl. 35).

Estes são os fatos e fundamentos que se passa a analisar.

Não há ilegalidade ou abuso de poder por ato da autoridade impetrada a tolher direito líquido e certo da paciente.

Isso porque compete à Polícia Judiciária, através da d. autoridade policial, tomar conhecimento de fatos e, a partir de juízo de discricionariedade, motivar a instauração de inquérito policial se presentes estiverem os pressupostos legais.

A providência não compete ao Poder Judiciário, diante do princípio da inércia da jurisdição, em razão do vigente sistema penal acusatório e pela desnecessidade de autorização ou determinação do Poder Judiciário para tanto.

Ademais, não há direito líquido e certo da impetrante em ter instaurado inquérito policial para apuração de fatos que reputa –, conforme sua convicção expressa através de advogado constituído –, subsumirem-se a tipos penais incriminadores, juízo este que, repisa-se, decorre de discricionariedade da d. autoridade policial.

Não há, por fim, que se falar em ofensa à inafastabilidade, na medida em que a atividade jurisdicional acerca dos supostos fatos se dá em eventual processo crime instaurado a partir do ajuizamento da competente ação penal, e não em decorrência de pedido de instauração de inquérito policial feito diretamente ao Poder Judiciário.

Finalmente, a despeito do judicioso parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, pelos fundamentos já expostos a afastar a suscitada ilegalidade, deixa-se de recomendar à d. autoridade impetrada a remessa de cópias do feito à Promotoria de Justiça para que apure a razão de eventual delonga na atividade investigativa. Isso porque a providência independe de impulso do Poder Judiciário e pode ser realizada pelo Ministério Público, incumbido pelo Poder Constituinte Originário de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF88).

Deste modo, não verificado ato da autoridade impetrada a tolher direito líquido e certo da impetrante, deve a segurança ser denegada.

Do exposto, e pelo meu voto, denego a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2227014-09.2021.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: concederam a segurança para que as medidas protetivas estabelecidas em face do agressor S.A.M.A. permaneçam em vigor enquanto persistir a situação de risco, sem prejuízo de reavaliação pelo juízo singular da necessidade de sua manutenção, nos termos do artigo 19, § 3º, da Lei nº 11.340/2006. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente) e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrado pelo Ministério Público contra decisão que deferiu medidas protetivas de urgência à vítima de violência doméstica pelo prazo exíguo de 30 dias – ADMISSIBILIDADE – Embora se admita que as medidas cautelares não podem vigorar indefinidamente, a simples delimitação de prazo de trinta dias não se mostra razoável, devendo permanecer em vigor enquanto perdurar a situação de risco contra a ofendida, sem prejuízo de reavaliação pelo juízo singular da necessidade de sua manutenção, nos termos do artigo 19, § 3º, da Lei nº 11.340/2006.

Segurança concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público, com pedido liminar, contra ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí, que deferiu a concessão de medidas protetivas de urgência em favor de vítima de violência doméstica, pelo prazo exíguo de trinta dias, nos

Acesso ao Sumário

autos nº 1505187-26.2021.8.26.0309.

Aduz o impetrante que foram deferidas medidas protetivas de urgência em favor da vítima E.A.R., após esta ser humilhada e agredida fisicamente com socos, chutes, apertões no pescoço e puxões de cabelo ao tentar o término do relacionamento que mantinha com S.A.M.A, que por sua vez chegou a encostar uma faca no peito da vítima, sendo impedido pela chegada da irmã deste.

Alega que as medidas protetivas previstas no artigo 22, inciso III, alínea "a" e "b", da Lei nº 11.340/06 foram deferidas por 30 (trinta) dias, mas deveriam subsistir além deste prazo enquanto perdurar a situação de risco.

Ressalta que apesar de não existir previsão legal quanto ao prazo certo para fixação das medidas protetivas, não é razoável limitar o tempo de proteção concedida à vítima por tempo tão exíguo.

Requer a concessão da segurança, inclusive liminarmente, para afastar a fixação de prazo certo de duração das medidas protetivas impostas, cuja validade deverá permanecer hígida até eventual revogação por decisão fundamentada (fls. 1/17)

O pedido liminar foi indeferido (fls. 92/93).

Prestadas informações pela autoridade dita coatora (fls. 96), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pela concessão da segurança (fls. 99/101).

É o relatório.

Verte das informações prestadas pela digna autoridade impetrada em 28 de setembro de 2021, *in verbis*:

"Foi instaurado o presente procedimento para requerer medidas protetivas em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 5º da Lei 11.340/2006, em favor da vítima E.A.R.

"Houve o deferimento das medidas protetivas pelo prazo de 30 dias de validade, aplicadas em caráter nitidamente cautelar, impostas a S.A.M.A. em relação a vítima.

"Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo impetrou o presente remédio processual, para que seja afastada a fixação de prazo certo de duração das medidas protetivas impostas.

"Atualmente o processo encontra-se no prazo aguardando a intimação das partes e oportuno arquivamento" (fls. 96).

A segurança comporta concessão.

A vítima declarou em solo policial que manteve um relacionamento amoroso com o agressor e, no dia 17 de setembro de 2021, decidida a terminar o romance, foi até a residência dele para conversar. Quando ele soube da intenção da vítima, passou a humilhá-la e, na sequência, a agrediu fisicamente, com socos, chutes, apertões no pescoço e puxões de cabelo. Ele chegou a pegar uma

Acesso ao Sumário

faca e encostar no peito da vítima, momento em que a irmã dele chegou e conseguiu fazer com que ele desistisse de usar a faca. Após o ocorrido, ele a vem perseguindo, mandando mensagens para ela, pedindo perdão e tentando reatar o relacionamento (fls. 43).

O relato da ofendida é corroborado pelas fotografias de fls. 27/34, que retratam as lesões sofridas por ela e pelo teor das mensagens enviadas pelo agressor para a vítima via aplicativo *WhatsApp* (fls. 54/73).

As medidas protetivas pleiteadas pela ofendida foram deferidas pela autoridade impetrada por r. decisão proferida aos 23/9/2021, nos seguintes termos, *in verbis*:

"Vistos.

"Cuida-se o presente procedimento de pedido de medida protetiva amparada na Lei nº 11.340/2006. Deveras, referida lei traz proteção à mulher contra qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. A violência de gênero, por sua vez, que tem por fundamento o desequilíbrio de forças entre homem e mulher (poder de dominação), é pressuposto para a incidência da Lei nº 11.340/2006.

"Assim, diante das razões expendidas e pelos documentos acostados aos autos, verifica-se que o pedido formulado preenche os requisitos exigidos à espécie e, diante disso, cumprido o disposto nos artigos 18, inciso I, e 19, parágrafo 1º, da Lei nº 11.340/06, concedo à vítima, visando à preservação de sua integridade física, em face de S.A.M.A. medida protetiva de urgência, a saber:

"1 Lei 11.340/06, art. 22, inciso III: PROIBIÇÃO de determinadas condutas, entre as quais:

"x alínea "a": PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO DA OFENDIDA, de seus familiares e das testemunhas, cujo limite mínimo será de 100 metros de distância entre estes e o agressor;

"x alínea "b": PROIBIÇÃO DE CONTATO COM A OFENDIDA, com seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.

"Registro, por necessário, que a medida protetiva tem caráter nitidamente cautelar, pelo que terá eficácia pelo prazo "improrrogável" de 30 (trinta) dias, a contar desta decisão.

"Procedam-se as anotações das medidas concedidas junto ao histórico de partes (...)" (fls. 80/82).

Embora respeitando o entendimento do nobre magistrado *a quo*, tem-se que as medidas protetivas visam à preservação da saúde física e psicológica da vítima e, portanto, não há qualquer razão para que vigorem apenas por trinta dias, uma vez que a Lei nº 11.340/06 não estabelece prazo mínimo ou máximo para sua vigência.

Deve ser ponderado que as medidas protetivas de urgência estabelecidas pela Lei 11.340/06 se submetem à cláusula *rebus sic stantibus*, devendo vigorar

Acesso ao Sumário

tanto quanto perdure a situação de perigo que ensejou a sua imposição, não se mostrando razoável a imposição de um prazo máximo de duração, sobretudo porque se trata instituto direcionado à tutela e preservação da vida e integridade da mulher no âmbito doméstico.

Ademais restou consignado na decisão impugnada que as medidas estabelecidas vigorariam pelo prazo de trinta dias, contados da data de sua prolação.

Ora, mediante consulta ao andamento do respectivo procedimento cautelar, verificou-se que o agressor sequer foi localizado para intimação das medidas restritivas e estas não mais subsistem, permanecendo a ofendida desprotegida no caso de eventual reiteração criminosa.

A fixação de prazo exíguo acarreta violação ao dever de proteção integral a ser fornecida pelo Estado, na ocorrência de violência praticada contra mulher, no âmbito familiar e doméstico. A proteção buscada pela Lei Maria da Penha é integral, não podendo o Estado fugir a esse mister.

Embora se admita que as medidas cautelares não podem vigorar indefinidamente, a simples delimitação de prazo de trinta dias não se mostra razoável, não só porque a situação de risco deve ser aferida caso a caso e, com isso, elas podem perdurar por mais tempo, mas também porque as referidas medidas não têm caráter instrumental, vale dizer, não antecedem, necessariamente, a propositura de uma ação principal em momento posterior.

Isto posto, concede-se a segurança para que as medidas protetivas estabelecidas em face do agressor S.A.M.A. permaneçam em vigor enquanto persistir a situação de risco, sem prejuízo de reavaliação pelo juízo singular da necessidade de sua manutenção, nos termos do artigo 19, § 3º, da Lei nº 11.340/2006.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2231968-98.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é impetrante C.S., é impetrado J. DA 1 V. C. DA C. DE S. J. DO R. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: CONCEDERAM A SEGURANÇA para cassar o ato impugnado e possibilitar à Defesa a apresentação de razões de recurso em Segundo Grau, consoante disposto no artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.228)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA e RICARDO TUCUNDUVA.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.
FARTO SALLES, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Impetração contra ato do juízo de primeiro grau que indeferiu o pedido atinente à apresentação das razões de recurso perante a Instância Recursal. Providência que, apesar de questionável e aparentemente voltada ao retardamento do feito, encontra previsão legal no artigo 600, §4º, do Código de Processo Penal, em plena vigência. Eventual prolongamento do debate que poderia facilitar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Violação a direito líquido e certo caracterizada. Ordem concedida, com recomendação.

VOTO

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por C.S. contra ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São José do Rio Pardo, no feito sob o nº. 1500363-02.2021.8.26.0575, que, no caso, indeferiu o pedido de apresentação das razões de recurso em Segundo Grau, determinando a imediata manifestação do Defensor no prazo de oito dias, sob pena de destituição. Sustenta que o decisório violou direito líquido e certo contemplado pelo artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal, no caso recepcionado pela Constituição Federal e em plena vigência. Aduz, outrossim, que a autoridade impetrada se baseou em interpretação equivocada de precedente firmado pela Suprema Corte no julgamento da Reclamação nº 12.329, o qual versava apenas sobre a exigibilidade da cláusula de reserva de plenário diante da discussão atrelada à recepção da citada norma, sem analisar o mérito da questão. Pede providência liminar para suspender o prazo de apresentação das razões do recurso, concedendo-se a ordem, ao final, para assegurar á Defesa a apresentação das razões recursais perante esta Corte de Justiça (fls. 01/07).

O pedido liminar foi deferido (fls. 145/146), sobrevindo informações da autoridade impetrada a fls. 152/171, anotada a manifestação da ilustrada Procuradoria de Justiça pela concessão da segurança (fls. 174/176).

É o relatório.

Convém conceder a segurança, porquanto o ato impugnado viola direito líquido e certo assegurado à Defesa por texto expresso de lei.

Com efeito, embora criticável a possibilidade de apresentação de razões recursais em Segundo Grau – *medida, muitas vezes, de caráter procrastinatório e que vem se mostrando "desatualizada", sobretudo diante da disseminação*

dos processos eletrônicos –, assinala-se que a providência encontra fundamento no permissivo legal contido no artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal, no caso incluído pela Lei nº. 4.336/1.964 e em tese recepcionado pela ordem constitucional vigente.

Basta notar que, nessas mais de três décadas de promulgação da Carta Maior e, mesmo se considerada a importante modificação promovida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 (*a qual instituiu a chamada "Reforma do Judiciário"*), não se verificou pronunciamento das Cortes Superiores (*sobretudo do Excelso Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra sobre a matéria*) tendente a afastar a aplicabilidade da norma, que detém, pois, constitucionalidade presumida.

Ainda a propósito, consigne-se que o precedente invocado pela autoridade impetrada para fundamentar seu convencimento (*STF, Reclamação nº 12.329*) trata, mais especificamente, da inaplicabilidade da cláusula de reserva de Plenário diante de pronunciamento sobre a não recepção de determinada norma (*algo diverso de declaração de inconstitucionalidade*), sem versar sobre a questão de fundo envolvendo a compatibilidade do dispositivo infraconstitucional em destaque e a ordem constitucional vigente.

De outra parte, a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assinala que "*O art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal prevê, expressamente, o direito do apelante apresentar as razões de apelação perante o Tribunal ad quem, caso requerido pela parte. [...] IV - In casu, o d. Juízo a quo, ao receber a apelação, determinou a imediata intimação do Defensor Público para que apresentasse, naquele juízo, as razões do recurso de apelação, no prazo legal. Nessa perspectiva, agiu a d. Magistrada em contrariedade com o que dispõe a letra da lei que, enquanto não modificada, deve ser observada pelos operadores do Direito, pois o exercício do direito processual de apresentar suas razões de apelação na instância recursal, tal como previsto no supracitado dispositivo, não pode ser subtraído da parte*" (STJ, HC 529168/SP, Relator Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DJe 28-11-2019).

Acesso ao Sumário

Sob diverso enfoque, pondera-se que a discussão sobre a aplicabilidade do dispositivo legal acabou por acarretar efeito contrário ao desejado, já que abriu margem à apresentação de outras medidas impugnativas (*como a que ora se analisa*), com extensão do debate às Instâncias Superiores e sobrestamento da apelação, o que poderia até mesmo facilitar o decurso do exíguo prazo prescricional (*já que estipulada reprimenda de três meses de detenção diante da condenação por crime praticado no âmbito das relações domésticas*).

Melhor, então, recomendar que o juízo de primeiro grau reúna os melhores esforços para assegurar a imediata remessa dos autos a esta Instância Recursal, conferindo a urgência necessária ao processamento do recurso.

À vista do exposto, pelo meu voto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para cassar o ato impugnado e possibilitar à Defesa a apresentação de razões de recurso em Segundo Grau, consoante disposto no artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Comunique-se, com recomendação, nos termos do v. Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2187340-24.2021.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

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 46.003)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 8 de novembro de 2021.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Irresignação contra a fixação de prazo para a manutenção das medidas protetivas de urgência – Impossibilidade – Decisão devidamente fundamentada – As medidas de protetivas de urgência possuem caráter cautelar – Segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra decisão do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jundiaí, a qual fixou prazo de 30 dias para a subsistência das medidas protetivas de urgência estabelecidas em favor de E.M.L.

Alega o impetrante, em síntese, que as medidas protetivas de urgência devem permanecer hígidas enquanto durar a situação de risco.

Postula a concessão da liminar, e a posterior confirmação dessa, para que

seja afastado o prazo estabelecido.

A liminar foi indeferida (fls. 65/66). Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 69), opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da segurança (fls. 72/76). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em que pesem os argumentos dispendidos, a segurança deve ser denegada.

Com efeito, não se vislumbrou nesta instância o apontado constrangimento ilegal, porquanto a decisão à fls. 53/55, que fixou medidas protetivas de urgência pelo prazo de 30 dias, reveste-se de fundamentação legítima, tendo por substrato o caráter cautelar do instituto.

Com efeito, por seu caráter cautelar, as medidas protetivas de urgência servem para a garantia da ação penal e dos seus fins.

Posto isto, inviável o restabelecimento das medidas protetivas de urgência, uma vez que não há a notícia de ação penal em curso, anotando-se que o boletim de ocorrência foi lavrado ainda em 30/07/2021.

Nesse sentido, é a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL OU DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOGAÇÃO. 1. Esta Corte possui o entendimento segundo o qual "as medidas de urgência, protetivas da mulher, do patrimônio e da relação familiar, somente podem ser entendidas por seu caráter de cautelaridade - vigentes de imediato, mas apenas enquanto necessárias ao processo e a seus fins" (AgRg no REsp n. 1.769.759/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe de 14/5/2019). Precedentes. 2. Na hipótese, o acórdão recorrido manteve a sentença que extinguiu a medida cautelar inominada, sem resolução do mérito, visto que a ofendida não propôs a ação principal no prazo legal, mas manteve as medidas protetivas de urgência então deferidas. 3. Ocorre que o processo principal foi arquivado há mais de 3 anos, não havendo notícias acerca do ajuizamento de ação penal, tampouco da instauração de inquérito policial, o que denota o desaparecimento dos pressupostos autorizadores. 3. Recurso provido" (STJ, RHC 113.218/AL, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 05/12/2019).

Posto isto, denega-se a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2223968-12.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante EMERSON CORRÊA BARBOSA, é impetrado MMJD DA 16ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL CRIMINAL DA BARRA FUNDA.

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 segurança. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.932)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 25 de novembro de 2021.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – IRRESIGNAÇÃO CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – NÃO ACOLHIMENTO – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Emerson Corrêa Barbosa impetra este Mandado de Segurança, com pedido liminar, apontando como autoridade coatora o Juízo da 16ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, alegando, em síntese, a ocorrência de manifesta ilegalidade, em razão da decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita em representação criminal, por entender não comprovada a hipossuficiência econômica. Aduz que advoga em causa própria, motivo pelo qual não requereu a indicação de advogado dativo junto à Defensoria Pública, bem como que, embora seja funcionário público aposentado, possuindo um veículo e um terreno em seu nome, ostenta diversos empréstimos pendentes e teve redução significativa de seus ganhos em razão da pandemia. Sustenta que a declaração de hipossuficiência e os comprovantes de rendas e despesas juntados demonstram a inviabilidade de pagamento das custas judiciais sem comprometer sua subsistência e de sua família. Acrescenta que, na esfera cível, em ação de investigação de paternidade, lhe foi concedida a gratuidade da justiça.

Assim, requer a concessão da liminar, para que para que sejam suspensos os efeitos da decisão atacada, concedendo a gratuidade de Justiça, bem como,

Acesso ao Sumário

ao final, concedido o Mandado de Segurança, convalidada a liminar, nos termos pleiteados (fls. 01/15).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 59/60).

Prestadas as informações pela digna autoridade Judiciária dita coatora (fls. 66/67), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da segurança (fls. 71/74).

É o relatório.

No presente caso, verte das informações prestadas pela autoridade dita coatora, datadas de 27.09.2021, que o Impetrante ajuizou representação criminal, ação penal privada, em face de Roberta e Thaynara, a quem acusa de o terem incriminado falsamente de suposto crime de ameaça. Consta que, em 18.06.2020, a queixa-crime foi rejeitada, nos termos do artigo 395, incisos I, II e III do Código Penal. Após, em 07.04.2021, foi determinada a intimação para que o Impetrante comprovasse o recolhimento das custas, nos termos da Lei nº 11.608/03. Já em 10.05.2021, foi indeferido o pedido de gratuidade da Justiça, especialmente porque o Impetrante abdicou de se valer da Defensoria Pública, órgão estatal destinado aos hipossuficientes, determinando o encaminhamento de certidão para inscrição das custas processuais na Dívida Ativa, em caso de inadimplemento (fls. 67/68).

E, consta da decisão que indeferiu o pedido de gratuidade judiciária, que ora transcrevo: "*Indefiro o pedido de gratuidade de Justiça. De acordo com a previsão constitucional, artigo 5º, inciso LXXIV, o Estado promoverá assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, o que se faz exclusivamente através da Defensoria Pública, ou mediante convênio de assistência judiciária celebrado entre a Procuradoria Geral do Estado e a OAB/SP, tal como disposto da Lei Complementar 80/94.*

A previsão da Lei nº 1060/50, dispondo que basta mera alegação de pobreza para que a parte obtenha a assistência judiciária gratuita, é anterior ao aludido preceito constitucional, de modo que, não mais basta que qualquer um alegue ser pobre e automaticamente deixe de arcar com as custas e despesas processuais, impondo-se para a concessão do benefício prova efetiva de pobreza, o que não se faz por mera declaração.

Daí, se o querelante abdicou de valer-se da Defensoria Pública, como lhe faculta a Constituição Federal, presume-se que tem condições de arcar com as custas da ação penal, motivo pelo qual indefiro gratuidade.

Decorrido o prazo sem manifestação do querelante, encaminhe-se certidão para inscrição das custas processuais na Dívida Ativa, no valor equivalente a 50 (cinquenta) Ufesp's (ação penal privada – art. 4º, § 9º, "b", da Lei nº 11.608/03)." (fls. 141 dos autos originais).

Verifico, assim, que o indeferimento da aplicação dos benefícios da assistência judiciária gratuita, com a isenção do pagamento das custas processuais,

Acesso ao Sumário

foi devidamente fundamentado pelo MMº Juiz, o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não havendo que se falar em evidente ilegalidade.

In casu, o impetrante não apresentou nos autos da queixa-crime sua declaração de imposto de renda, tampouco em sede de mandado de segurança, limitando-se a juntar declaração de hipossuficiência, contas e contratos de empréstimos, bem como demonstrativos de pagamento.

Depreende-se que o impetrante é policial militar aposentado e advogado, atuando em causa própria, tendo ele informado na inicial que possui veículo e terreno em seu nome. Já o Comprovante de Rendimentos de fls. 52, relativo à sua aposentadoria, indica que o Impetrante, no ano de 2020, teve um total de rendimentos tributáveis no valor de R$ 148.455,80. Ademais, o demonstrativo de pagamento de sua aposentadoria de setembro de 2021 (fls. 43), revela que teve rendimentos brutos de R$ 12.488,72, bem como que o total líquido correspondeu a R$ 7.035,06.

Ademais, inexiste declaração dos rendimentos recebidos de clientes particulares, sendo certo que o Impetrante não atua exclusivamente em favor dos assistidos pelo Convênio OAB e Defensoria Pública, conforme pesquisas no Sistema SAJ-SG deste Egrégio Tribunal de Justiça. Assim, mesmo com a redução dos valores recebidos pelo Convênio OAB e Defensoria Pública, denota-se que o Impetrante aufere renda considerável e não comprovou que o pagamento da taxa judiciária traria prejuízos a seu sustento e de sua família.

Dessa forma, não há que se falar em reparo da decisão proferida pelo Juízo *a quo*, pois inexistem provas a embasar o pleito de concessão da justiça gratuita.

Nesse sentido: "*Mandado de Segurança – Injúria – Queixa-crime – Impetração requerendo a concessão dos benefícios da Justiça gratuita – Decisão que indeferiu o pedido fundamentada a contento – Impetrante que é advogado atuante na Comarca e ofereceu a queixa crime em causa própria – Declaração de Imposto de Renda apresentada apenas nos autos do mandado de segurança, a qual demonstra que o impetrante possui condições financeiras para arcar com o recolhimento da taxa judiciária – Ausência de comprovação da alegada pobreza – Direito líquido e certo à benesse perseguida inexistente – Segurança denegada*." (TJSP. Mandado de Segurança Criminal 2170196-76.2017.8.26.0000. Relator : Fernando Simão. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 01/11/2017. Data de Registro: 08/11/2017).

Nesse contexto, tendo a decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita sido fundamentada, não se vislumbra a existência de direito líquido e certo a ser amparado por este *mandamus*. Pelos mesmos motivos, indefiro a gratuidade da justiça nesta segurança.

Ante o exposto, denego a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2233586-78.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é impetrante M.A.C., é impetrado E. S. D. J. DE D. DA V. DO J. DO F. DE G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NÃO CONHECERAM da impetração. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.615)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), FREITAS FILHO e MENS DE MELLO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2021.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança com pedido de liminar – Alegação de violação de direito líquido e certo ante o indeferimento da oitiva do assistente técnico em sessão plenária – Inviabilidade – Produção de prova que não constitui direito líquido e certo das partes – Análise de conveniência da prova atribuída ao Juiz Presidente, de acordo com o devido processo legal – Inteligência do art. 411, § 2º, do Código de Processo Penal – Eventual cerceamento de defesa que, se houver, deverá ser discutido por recurso próprio, no momento oportuno – Descabida a impetração do *mandamus* – Não conhecimento.

VOTO

M.A.C. impetra o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato do MM. Juízo de Direito da Vara do Júri da Comarca de Guarulhos/SP, que, revendo decisão anterior, indeferiu o pedido de oitiva do assistente técnico em plenário.

Em suma, assevera o impetrante que sofre violação a direito líquido e certo decorrente do indeferimento da prova, além do cerceamento de defesa.

Pretende, liminarmente, seja determinada a inquirição da testemunha N.B.S. em plenário e, ao final, a confirmação da medida.

Indeferida a liminar (fls. 33), com a vinda das informações (fls. 36/42), manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pela denegação da segurança (fls. 46/47).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O pleito não comporta conhecimento.

Primeiro, há de se ressaltar, tal qual lançado pela d. Procuradoria de Justiça em seu parecer, que não há direito líquido e certo de produção de prova, o que inviabiliza o manejo do presente remédio constitucional.

Pelo contrário, considerando-se o sistema acusatório, o Juiz Presidente do processo tem o poder de avaliar a conveniência ou não de determinada prova, sempre respeitando os princípios norteadores do devido processo legal.

E, no presente caso, considerou-se que a oitiva dos peritos e do assistente técnico é descabida e desnecessária, nos seguintes termos:

> Revendo a decisão de fls. 1123/1124, não se vislumbra a necessidade em ouvir peritos e assistente técnico em plenário, tendo em vista que qualquer esclarecimento e questionamento devem ser realizados no corpo de laudos técnicos.
>
> Ademais, foram arroladas inúmeras testemunhas pelas partes, sendo certo que a sessão plenária será extensa e exaustiva. Por tal razão, também não se mostra razoável e necessária a oitiva de peritos e assistente técnico em plenário, considerando que seus esclarecimentos devem ser providenciados em pareceres técnicos, o quais já constam dos autos.
>
> Assim indefiro a oitiva do assistente técnico contratado pela defesa, bem como dos Srs. Peritos arrolados pelo órgão ministerial." (fls. 24)

Aliás, a d. Magistrada agiu conforme a lei, na medida em que assim prevê o art. 411, § 2º, do Código de Processo Penal: "*As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*".

De se considerar, ainda, que foi permitida às partes a juntada de toda a documentação técnica que entenderem necessária à elucidação dos fatos e à comprovação de suas alegações na ação penal originária.

Não bastasse, eventual cerceamento de defesa deverá ser objeto de análise em recurso próprio, no momento oportuno.

Dessa forma, não se mostra a presente via meio idôneo para a análise da pretensão requerida.

Ante ao exposto, por meu voto, **NÃO CONHEÇO** da impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 0009779-93.2021.8.26.0502, da Comarca de Leme, em que é agravante

Acesso ao Sumário

RODRIGO CUNHA, 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: Concederam a segurança, para reconhecer a nulidade das decisões de fls. 253 e 263 dos autos da Execução Criminal n. 0003521-42.2018.8.26.0318, cancelando-se a multa aplicada, bem como o ofício enviado à OAB, ratificada a liminar. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.881)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 2 de dezembro de 2021.

DAMIÃO COGAN, Desembargador Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Aplicação de multa de dez salários mínimos por abandono da causa (artigo 265, CPP). Pleiteia o cancelamento da multa aplicada e expedição de ofício à OAB/SP. Nulidade reconhecida. Advogada que continua na defesa do reeducando. Segurança concedida para anular as decisões, cancelar a multa imposta bem como o ofício expedido, ratificada a liminar.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Advogado Dr. DALTON FERNANDO BOVO em favor da Advogada Dra. CAROLINA CALIENDO ALCÂNTARA, contra ato da MM. JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA DE CAMPINAS/SP, consistente na imposição de multa equivalente a 10 (dez) salários mínimos, por abandono do processo, nos termos do disposto no artigo 265, do Código de Processo Penal.

Aduz que a impetrante representa os interesses do reeducando RODRIGO CUNHA e que realizou pedido de progressão de regime em seu favor.

Afirma que o juízo das execuções então determinou a juntada de procuração.

Aponta que não pode regularizar a representação processual em razão do auge da pandemia e que se justificou às fls. 239/241 dos autos de execução.

Alega que não houve recusa em apresentar a Procuração mas sim impossibilidade face ao impedimento de ingresso no sistema prisional e contato com o sentenciado.

Acesso ao Sumário

Acrescenta que houve videoconferência com o sentenciado via Penitenciária e que continua a defender os interesses do reeducando, o que afasta o abandono processual.

Aduz que entrou em contato com a Penitenciária para agendamento e regularização da questão, sendo negado o procedimento, conforme fls. 249 dos autos de execução.

Peticiona às fls. 37/40 aduzindo que o Poder Judiciário ainda vem adotando as suspensões das prisões em execução de pensão alimentícia, que os oficiais de justiça evitam contato físico sem colher assinaturas em mandados e que este E. Tribunal de Justiça adotou a obrigatoriedade de apresentação de carteira de vacinação para acesso aos prédios.

Alega que o juízo das execuções poderia aceitar audiência virtual em suprimento temporário da procuração exigida, pelo menos até que ocorresse a vacinação da advogada.

Pleiteia o efeito suspensivo a fim de cancelar a expedição de ofício à OAB/SP, bem como a aplicação da multa.

A medida liminar foi deferida às fls. 41/44, sendo o reclamo recebido como Mandado de Segurança.

A autoridade impetrada determinou o cumprimento da r. decisão, cancelando-se os despachos de fls. 253 e 263 dos autos da execução n. 0003521-42.2018.8.26.0318, bem como o ofício enviado à OAB nos termos do art. 268, procedendo-se as anotações necessárias com relação a advogada constituída (Dra. CAROLINA CALIENDO ALCÂNTARA).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 58/61).

É o relatório.

O presente caso não configura abandono da causa, de modo a dar ensejo a aplicação da multa prevista no artigo 265, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

> *Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.*

A i. Advogada não deixou de promover os atos que lhe competem de maneira reiterada, sem comunicar o Juiz do feito.

No presente caso, deve-se ter em conta que os presídios em razão da pandemia estavam mantendo presos sem comunicação com o mundo exterior, motivo pelo qual a i. Advogada não conseguiu ingressar na unidade prisional para obter procuração do seu constituído.

E a própria advogada informou que tentou agendar audiência no presídio

Acesso ao Sumário

e não conseguiu, tendo sugerido à i. Magistrada a ocorrência de audiência telepresencial para confirmação de que é a defensora de Rodrigo Cunha, mesmo porque em favor dele ingressou com pedido de progressão de regime.

Isso não foi feito e a d. Magistrada entendeu que houve abandono do processo, o que deve ser afastado, *data máxima vênia.*

Anote-se que a i. advogada não abandonou a causa, tanto que, até o presente momento, continua a defender o reeducando nos autos da execução criminal.

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA, para reconhecer a nulidade das decisões de fls. 253 e 263 dos autos da Execução Criminal n. 0003521-42.2018.8.26.0318, cancelando-se a multa aplicada, bem como o ofício enviado à OAB, ratificada a liminar.

Procedimentos Investigatórios Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP) nº 2106122-71.2021.8.26.0000, da Comarca de Chavantes, em que, é sindicado MARCIO BURGUINHA DE JESUS DO REGO (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CHAVANTES).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: HOMOLOGARAM O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO destes autos de REPRESENTAÇÃO CRIMINAL/NOTÍCIA CRIME, observadas as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.799)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MAURICIO VALALA e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 28 de outubro de 2021.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Representação Criminal/Notícia Fato Eleitoral. Prefeito Municipal. Arquivamento. Concluindo o titular da ação penal pela não caracterização do delito. Proposta de arquivamento pela Procuradoria

Geral de Justiça. Acolhimento. Hipótese que não enseja outra providência segundo a convicção do "dominus litis". Arquivamento dos autos com as ressalvas do Código de Processo Penal.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Representação Criminal/Notícia Crime encaminhada pela Promotoria Eleitoral 313ª Zona, formulada por Renato Saiba noticiando a suposta prática vedada de doação de cesta básica durante a campanha eleitoral praticada pelo prefeito municipal Sr. Márcio Jesus Rego em favor de Rosemeire dos Santos dos Campos, sem fazer parte de qualquer programa social da Prefeitura. Há ainda notícia de que o prefeito teria importunado Letícia, filha da Sra. Rosimeire.

Desse modo foi instaurado procedimento visando apuar a notícia do fato eleitoral, dando conta da possível prática da contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) por parte do Prefeito de Chavantes. No mesmo contexto, o representante informou que o prefeito importunou Letícia, filha de Rosemeire, mediante o envio de diversos áudios.

Contudo, constatou-se que inexistiam elementos informativos suficientes para se concluir pela prática de conduta penalmente típica por parte do prefeito de Chavantes.

Ademais, a filha de Rosemeire não se manifestou no sentido de se sentir ofendida por conta dos fatos noticiados por terceiro. E, o conteúdo dos áudios não denota intenção do prefeito de "molestar" ou de "perturbar a tranquilidade" da interlocutora, que, pelo que se extrai de um dos diálogos, seria maior e capaz.

Pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público.

É o relatório.

O douto Procurador de Justiça Dr. Mario Antonio de Campos Tebet encaminha a presente Representação Criminal/Notícia Crime para análise e homologação da promoção de arquivamento.

Concluiu o Ministério Público pela inexistência de justa causa para a dedução da pretensão do Juízo, vistos que os elementos de informação coligidos aos autos não constituem lastro suficiente para o prosseguimento da persecução penal.

Como bem apontado pelo douto Procurador de Justiça: "(...) O exercício da persecução penal pressupõe a existência de lastro probatório mínimo, verificado a partir da visualização de elementos prováveis da ocorrência das condutas ilícitas e da constatação de circunstâncias que permitam inferir, ao menos por

Acesso ao Sumário

indícios, a suposta autoria e o elemento subjetivo do tipo penal." (fl.17)

Como sabido, em se tratando de competência originária, tal qual no caso em comento, o pedido de arquivamento cabe ao chefe do Ministério Público, assim, afigura-se obrigatório seu acolhimento, com fulcro no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Assim, considerando que o pedido de arquivamento partiu da Procuradoria Geral de Justiça, que detém a titularidade da ação penal, o arquivamento destes autos é medida de rigor, ficando ressalvado, no entanto, o art. 18, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, HOMOLOGA-SE O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO destes autos de REPRESENTAÇÃO CRIMINAL/NOTÍCIA CRIME, observadas as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1500417-95.2020.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido MICHAEL RIBEIRO OLIVEIRA.

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 22.312)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

LEME GARCIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Recurso ministerial. Tráfico de drogas. Rejeição da denúncia por ausência de justa causa. Admissibilidade, nos termos da r. decisão de primeiro grau. Guardas civis municipais que se dirigiram ao local dos fatos

após o recebimento de informação anônima sobre a prática do tráfico de substâncias ilícitas. Atuação dos agentes municipais que não encontra respaldo no artigo 144, §8º, da CF e na Lei n. 13.022/2014. Ilicitude da prova evidenciada. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a r. decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito Juliana Nobrega Feitosa, da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha, que rejeitou a denúncia oferecida contra MICHAEL RIBEIRO OLIVEIRA, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 76/80).

Em razões de recurso, em apertada síntese, pretende o Ministério Público o recebimento da denúncia em seus exatos termos, com o regular processamento da ação penal, sob o fundamento de que o crime de tráfico de drogas é permanente, o que legitima a atuação dos guardas civis municipais nos termos do artigo 301, do Código de Processo Penal (fls. 83/93).

Em contrarrazões, a Defesa pugna pelo não provimento do recurso ministerial (fls. 102/111).

Em sede de juízo de retratação, a decisão foi mantida pelo d. juízo *a quo* (fls. 112).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Elvecio de Faria Barbosa, opina pelo provimento do recurso (fls. 120/123).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta da denúncia que, no dia 18 de fevereiro de 2020, por volta das 18h20, na Rua Cidade do México, n. 25, Parque Vitória, Franco da Rocha, MICHAEL RIBEIRO OLIVEIRA, trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 111 porções de maconha (136,46g – massa líquida) e 27 *eppendorfs* de cocaína (12,54g – massa líquida), sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Narra a denúncia que guarda civis municipais receberam informação indicando que, no local dos fatos, era praticado o tráfico de drogas, bem como as características do agente.

Os guardas se dirigiram até o local e encontraram o recorrido, que fugiu diante da aproximação da viatura, arremessando a sacola contendo as drogas ao solo.

Realizada a abordagem, no interior da sacola foram apreendidas 111 por-

Acesso ao Sumário

ções de maconha, 27 tubos plásticos com cocaína e R$ 19,00 em dinheiro.

O d. juízo *a quo* rejeitou a denúncia destacando que "*percebe-se que os guardas municipais, após delação anônima, puseram-se a efetuar trabalho de polícia investigativa, contrariando mandamento constitucional e legislação infraconstitucional. Nesta seara, mesmo que se sustente a natureza permanente do crime de tráfico de drogas em seus vários verbos nucleares, a prova ilegal, à margem da legalidade estrita, torna inválida a apreensão dos entorpecentes, hipótese que, em decorrência, inexistente a possibilidade de instauração da ação penal, muito menos, possível a condenação pelo delito imputado*." (fls. 77)

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 144, §8º[1], conferiu à Guarda Municipal a função precípua de proteção dos bens, serviços e instalações do município, conforme disposto em lei.

Posteriormente, a Lei n. 13.022/2014, que instituiu o Estatuto Geral das Guardas Municipais, conferiu aos seus membros, além da proteção do patrimônio municipal, as funções de:

> "Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:
>
> (...)
>
> IV - **colaborar**, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;
>
> V - **colaborar** com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;
>
> (...)
>
> XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;
>
> XIV - **encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração**, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;
>
> (...)
>
> Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá **colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos** e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal , deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento."

Conforme se infere da Constituição Federal e do Estatuto Geral das Guardas Municipais, os agentes municipais de vigilância não possuem atribuição para realização, de forma isolada e autônoma, de funções de Polícia Judiciária.

Acesso ao Sumário

1 § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Ao reverso, o Estatuto Geral das Guardas Municipais confere aos seus membros a possibilidade de **colaborar ou atuar em conjunto** com os demais órgãos de segurança, sob pena do reconhecimento da ilegalidade de sua atuação.

In casu, os agentes municipais narraram ter recebido informação via COP de "*denúncia anônima versando sobre tráfico de entorpecentes pelo local dos fatos*". Assim, dirigiram-se para o endereço indicado e, em poder das características do indivíduo, visualizaram o recorrido, que tentou empreender fuga ao avistar a viatura se desfazendo de uma sacola que tinha drogas em seu interior (fls. 03/04).

Nota-se, portanto, que os guardas civis municipais não se depararam de forma fortuita com o recorrido praticando eventual delito, o que justificaria a prisão em flagrante nos termos do artigo 301, do Código de Processo Penal.

Pelo contrário, eles deixaram de repassar a informação anônima recebida para a Polícia Civil ou a Polícia Militar e se dirigiram ao local dos fatos, exercendo, de forma ilegal, concomitantemente, as funções típicas de Polícia Judiciária e de policiamento ostensivo.

Nesse sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. **Inexiste óbice à prisão em situação de flagrância, efetivada por guardas municipais ou qualquer outra pessoa, não havendo falar, em tais casos, em ilicitude das provas daí decorrentes.**

2. **Na hipótese, entretanto, após denúncia anônima, guardas municipais abordaram o réu e, com ele não encontrando entorpecentes, seguiram até terreno localizado nas proximidades, onde foram apreendidos, além de maconha, 10 reais, um filme plástico utilizado para embalar a droga e documento relativo à execução criminal do réu.**

3. **Desempenhada atividade de investigação, deflagrada mediante denúncia anônima, que desborda da situação de flagrância, deve ser mantido o reconhecimento da invalidade das provas dela decorrentes.**

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1854065/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020).

Assim também já se posicionou esta 16ª Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Insurgência contra a r. sentença que reconheceu a prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Preliminar. Prova ilícita. Prisão levada a efeito por agentes da Guarda Civil Metropolitana. Nulidade. Matéria que se confunde com o mérito sendo oportunamente examinada. Irresignação acolhi-

Acesso ao Sumário

da**. Autos que revelam a atuação de agentes da Guarda Municipal a partir de delação anônima, deflagrando a diligência com o auxilio de cão farejador no imóvel localizado nas adjacências onde os corréus foram presos na posse de significativa quantidade de drogas e acessórios comumente utilizados para o preparo do entorpecente antes de sua inserção no comércio espúrio. Hipótese de atividade investigativa estranha às atribuições da Guarda Municipal, que desborda da situação de flagrância.** Orientação do C. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. Reconhecimento da ilegalidade das provas que torna o conjunto probatório insuficiente para o juízo de procedência da pretensão punitiva. Absolvição que se impõe. Artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Sentença reformada. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSOS PROVIDOS. (TJSP; Apelação Criminal 1501661-59.2020.8.26.0544; Relator: Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiaí - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/06/2021; Data de Registro: 18/06/2021, V.U.).

Em suma, evidenciada a ilicitude da conduta dos guardas municipais, impõe-se o reconhecimento da invalidade das provas produzidas contra o recorrido, ensejando a rejeição da denúncia por falta de justa causa, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso ministerial, subsistindo a r. decisão que rejeitou a denúncia com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1500484-04.2019.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido JOSÉ VINÍCIUS DE CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.862)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente) e BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 8 de novembro de 2021.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Injúria e ameaça – Rejeição da denúncia por falta de justa causa (artigo 395, I, II e III, do CPP) – Impossibilidade – Prova suficiente para atestar a materialidade e autoria – Recebimento da denúncia – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. decisão de fls. 81/83, cujo relatório se adota, que rejeitou a denúncia contra **JOSÉ VINICIUS DE CAMPOS**, com fulcro no artigo 395, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal.

Pretende-se, com o presente recurso (fls. 87/92), a reforma da r. sentença recorrida, para cassar a decisão proferida pelo Juízo *a quo*, recebendo, assim, a denúncia oferecida pelo órgão ministerial.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões a fls. 108/113, e mantida a decisão pelo Juízo *a quo* (fls. 117), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do recurso ministerial (fls. 122/124).

É o relatório.

O recurso em sentido estrito merece provimento.

O recorrido foi denunciado como incurso no artigo 140, § 3º e 147, ambos do Código Penal, pois, em tese, no dia 26 de novembro de 2018, em horário incerto, na rua Marechal Hermes, nº 529, apt. (...), injuriou Jorge Americo Cannalonga (idoso nascido em 07/05/1947), ofendendo-lhe a dignidade, utilizando-se de elementos referentes a condição de pessoa idosa.

Consta, ainda, nas mesmas circunstâncias de tempo e local supracitados, o recorrido ameaçou Jorge Americo Cannalonga e sua esposa Maria das Graças Cannalonga, de causar-lhes mal injusto e grave.

Segundo apurado, os ofendidos alugaram um apartamento na cidade de São Paulo para a filha do recorrido, a qual deixou de efetuar o pagamento do aluguel, ensejando em uma ação de despejo.

No dia dos fatos, após tomar conhecimento de que a parente fora expulsa do imóvel, o recorrido telefonou para os ofendidos para lhes insultar. Xingou Maria de "vaca" e "vagabunda", dentre outros impropérios, assim como xingou Jorge Americo de "velho nojento", "velho bosta" e "velho mentiroso" (cf. auto de degravação às fls. 56 e 57).

Em seguida, novamente ligou para eles e, agora, proferiu ameaças de morte em face de ambos, inclusive dizendo a Maria que "... *Você vai ver que*

Acesso ao Sumário

desgraça que vai cair na tua vida depois que você fez hoje para minha filha" (cf. auto de degravação às fls. 55).

Assim, as vítimas compareceram na delegacia de polícia para registrar a ocorrência, oportunidade na qual representaram contra o autor dos fatos (cf. fls. 06/07).

Com efeito, após ter sido ofertada a inicial contra o recorrido, o MM. Juiz de Direito rejeitou a denúncia em face do recorrido, por entender que

> *"Como se sabe, o crime de ameaça apresenta, como circunstâncias elementares do tipo penal, que o mal prometido deve ser injusto e grave, ou seja, a ameaça deve ser séria e efetiva de causar mal futuro, injusto e grave e, assim, idônea e hábil a impedir a resistência da vítima, considerada como indivíduo normal, colocando-a em posição de plena passividade (JUTACRIM 72/326; RT 631/341; RT 446/418; JUTACRIM 59/342; RJD 12/50), razão pela qual indispensável a descrição do mal prometido.*
>
> *Assim, deve ser reconhecida a inépcia da denúncia em relação à aludida imputação, pois deve ser considerada inepta a "peça que não descreve o fato delituoso "com todas as suas circunstâncias", dificultando sobremodo a defesa do acusado" (STF - RT 562/427) e, assim, "deve ser rejeitada, por inepta, a denúncia escassa de especificação ou descrição do fato criminoso irrogado ao acusado" (TJ/SP - Recurso em Sentido Estrito n.º 148.238-3 - Relator: Devienne Ferraz j. 21.11.94).*
>
> *Ante o exposto, no tocante ao aludido crime, REJEITO a denúncia oferecida, nos termos do art. 395, I e III, do CPP.*
>
> *Em relação à suposta prática de crime de injúria, qualificada pela utilização de elementos referentes à condição de pessoa idosa, consoante se extrai da denúncia o acusado telefonou para a vítima e, enquanto discutiam, ofendeu-a, chamando-a de "velho nojento", "velho bosta" e "velho mentiroso".*
>
> *Assim, verifica-se que a descrição fática contida na exordial não se amolda ao tipo penal contido no art. 140, § 3º, do CP, mas, sim, naquele encartado no caput do mesmo dispositivo legal, pois ausente o elemento subjetivo especial do tipo, consistente no animus de injuriar alguém em razão da sua condição pessoal, no caso, de sua condição de pessoa idosa.*
>
> É cediço que para a caracterização do crime de injúria qualificada, faz-se necessária a verificação do dolo do agente aliado ao fim especial de agir constituído pela vontade de discriminar em virtude de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. (*..)*
>
> *No caso* sub iudice*, verifica-se que a suposta ofensa proferida em desfavor da vítima não foi dirigida a ela em razão da sua condição de idosa, eis que extraído tal elemento da injúria, o sentido do impropério permanece inalterado no contexto da contenda ocorrida, tudo, pois, a caracterizar*

Acesso ao Sumário

a ausência de elemento subjetivo específico do tipo relativo à condição pessoal da ofendida; ou, em claras palavras, a intenção do denunciado não foi a de ofender a vítima em razão de sua idade, ou seja, a palavra "velho" foi utilizado no contexto da ofensa como substantivo e não como adjetivo depreciativo.

Assim, considerando que para a configuração da injúria qualificada não basta que o agente profira as expressões com conteúdo discriminatório, ou seja, não basta o dolo (elemento subjetivo geral do tipo), sendo necessário o especial fim de agir consistente na vontade de discriminar a ofendida em decorrência de sua idade, cor, raça, religião, origem, etc., o que não se verifica no caso sub iudice *– por se tratar de ofensa feita em razão de briga decorrente de descumprimento de contrato celebrado entre as vítimas e a filha do acusado –, subsiste apenas o eventual crime de injúria simples (art. 140,* caput*, do CP)." (cf. fls. 81/82).*

Em que pese o entendimento do d. Magistrado, entendo que é caso de receber a denúncia para ambos os crimes.

Quanto ao crime de ameaça, a exordial acusatória expôs a situação fática que ensejou o evento criminoso, com todas as circunstâncias que o envolveram, inclusive foi juntado o auto de degravação de fls. 55/57.

De igual modo, em relação ao crime de injúria qualificada, verifica-se que a conduta do recorrido, a princípio, ultrapassou o mero desrespeito. Diferentemente do sustentado pelo d. magistrado de primeiro grau, entendo que foi praticada com o dolo específico de menosprezar a vítima em virtude da sua condição de idoso, pois ao realizar os xingamentos fez questão de se valer do termo "velho" em todas as oportunidades, cite-se "seu velho nojento, seu velho de bosta, velho mentiroso, sonegador".

Ademais, na atual etapa processual não cabe o aprofundamento da análise do mérito da acusação, mas tão somente a sua viabilidade diante do contexto fático-probatório amealhado aos autos.

Nesse sentido:

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TRÁFICO DE DROGAS – REJEIÇÃO DE DENÚNCIA – RECURSO MINISTERIAL VISANDO O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E PROSSEGUIMENTO DO FEITO – PROVIMENTO. A existência de prova da materialidade e a presença de indícios da prática do delito pelos acusados são suficientes para o recebimento da denúncia. Recurso provido, para cassar a decisão de primeiro grau e receber a denúncia, retornando-se os autos à origem para regular prosseguimento do feito" (Recurso em Sentido Estrito nº 0001656-04.2013.8.26.0271, 13ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Juiz Luís Augusto de Sampaio Arruda, j. em 08/02/2018).

Como é sabido, se fosse exigida prova concreta acerca da responsabilidade criminal do acusado para o recebimento da denúncia, seria despiciendo o

Acesso ao Sumário

processo e a instrução penal, cuja finalidade é exatamente a verificação da verdade e a confrontação dos elementos amealhados aos autos até então, bem como a produção de novas provas.

A materialidade do delito está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 01/02 e 03/04 e há, ainda, indícios de autoria.

Percebe-se, assim, haver indícios de crime, e nesse contexto, não se mostra oportuno abortar a ação penal em seu nascedouro, devendo-se assegurar ao órgão ministerial a oportunidade de provar os fatos alegados em juízo, durante regular instrução, ao término da qual, caso não conformado um juízo de certeza quando à autoria delitiva e materialidade, será de rigor a absolvição do acusado.

Outrossim, nessa fase processual ocorre a inversão da regra do *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*. Portanto, para que se rejeite a denúncia contra o acusado, exige-se que a prova a esse respeito deva vir comprovada estreme de dúvidas, o que não se verifica no caso em tela.

Desse modo, contendo a inicial a descrição do fato criminoso e a tipificação do delito, como preceituado no artigo 41 do Código de Processo Penal, mister se faz o seu recebimento.

Assim sendo, dá-se provimento ao recurso em sentido estrito e recebe-se a denúncia, determinando-se o prosseguimento dos autos em seus ulteriores termos, na origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1500477-36.2018.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é recorrente EDUARDO CELESTINO, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.030)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 11 de novembro de 2021.

MAURICIO VALALA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Suspensão condicional do processo – Extinção da punibilidade – Impossibilidade – Pandemia – Prorrogação do período de prova adequadamente determinada.

Recurso defensivo improvido.

VOTO

Eduardo Celestino, qualificado nos autos, foi denunciado por infração ao artigo 306 do CTB.

A denúncia foi recebida. Citado, pessoalmente, o réu compareceu e aceitou o benefício da suspensão condicional do processo.

Decorrido o período de suspensão, foi indeferido pedido de extinção a punibilidade do recorrido.

Inconformada, a D. Defesa do apenado recorreu, argumentando com o cumprimento das obrigações fixadas, pois, em verdade, a suspensão dos comparecimentos pessoais em decorrência da Pandemia da Covid 19 não pode ser interpretado em desfavor do acusado.

Oferecidas contrarrazões recursais, a r. decisão foi mantida.

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Improcede o recurso.

Indeferiu, o d. magistrado, em 05.04.2021, pedido de extinção da punibilidade do recorrente, cf. decisão de fls. 77/78: "Em que pese o zelo da defesa, entendo que o pedido não merece acolhimento, prevalecendo os argumentos do Ministério Público, os quais adoto como razão para decidir e INDEFIRO O PEDIDO FORMULADO, devendo o período de prova ser prorrogado por tantos meses quantos foram os de impossibilidade de comparecimento em razão do COVID-19".

Agiu com acerto o d. magistrado.

Relatório de acompanhamento de fls. 98 dá conta de que Eduardo não completou o número de apresentações à Justiça, conforme condições que lhe foram fixadas.

O acusado efetuou 05 comparecimentos, quando, então, o comparecimento pessoal foi suspenso em razão da Pandemia.

Na linha, pois, da manifestação da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, que se acolhe como razão de decidir, de rigor a manutenção da r. decisão de indeferimento da extinção da punibilidade:

"Tratando-se de questão meramente de direito, nos termos do permissivo

Acesso ao Sumário

contido no §3º, do artigo 17, da Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público, de nº 57, de 5 de julho de 20171, peço vênia para reiterar as elaboradas contrarrazões ministeriais, subscritas pela i. Promotora de Justiça, Dra. Carolina Lima Anson (fls. 102/104). De fato, não nos parece razoável que o recorrente tenha extinta a punibilidade sem efetivamente cumprir as condições fixadas, devendo ser aplicada a teoria da imprevisão, como sugerido pelo Parquet de Primeiro Grau: "A pandemia foi um fato não previsto por qualquer das partes no momento do oferecimento do benefício. Uma situação que não foi provocada pelo Ministério Público, e que foge ao controle dos envolvidos. Assim, é de ser aplicado ao caso a Teoria da Imprevisão, ensejando revisão do contrato anteriormente celebrado, observando-se os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do postulado da justiça" (fl. 103) e nos termos do aresto trazido à colação. Razoável, portanto, a prorrogação do período de prova, como determinado na r. decisão guerreada" (fls. 119/120).

Não é caso de reforma da r. decisão guerreada.

Já decidiu, em relação ao prazo de prorrogação, o C. STJ, que:

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO. **PRORROGAÇÃO**. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO APÓS CONSTATAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL INICIADO EM MOMENTO ANTERIOR À PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte, interpretando o art. 89, §4º, da Lei n.º 9.099/95, firmou o entendimento de que, tratando- se de suspensão condicional do processo, o descumprimento de imposição estabelecida é causa de revogação do benefício, que pode ser declarada, inclusive, após expirado o período de prova, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. Precedentes do STJ e do STF. Na hipótese, o recorrente foi beneficiado com o sursis processual, em 12.7.2007, tendo sido o benefício prorrogado, em 1°.10.2009, diante do descumprimento de condições. Todavia, em razão de processo penal instaurado em desfavor do recorrente, em 30.7.2007, a suspensão foi revogada, em 20.10.2009. Tal providência é plenamente cabível, tendo em vista o entendimento mencionado, **BEM COMO A COMPREENSÃO DE QUE O PERÍODO DE PROVA REFERE-SE AO LAPSO TEMPORAL RELATIVO AO INÍCIO DO BENEFÍCIO ATÉ O SEU TÉRMINO, QUE PODE PERDURAR POR NO MÁXIMO QUATRO ANOS**. Portanto, ainda que tenha havido prorrogação da medida despenalizadora, é possível a sua posterior revogação, mesmo que seja por fato preexistente à prorrogação, desde que ocorrida durante o período de prova. 2. Recurso ordinário em habeas corpus não provido" (RHC 29.052/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEX-

Acesso ao Sumário

TA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013).

"In casu", não cumpriu integralmente, Eduardo, as condições impostas.

Por fim, registre-se: o benefício não poderia ser revogado durante o imperativo de saúde pública, nem tampouco computado período a ensejar a extinção da punibilidade; os comparecimentos pessoais estavam suspensos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, ficando mantida, por seus fundamentos, a r. decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1502609-98.2020.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ANDERSON DA SILVA REBOUÇAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.077)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente sem voto), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 16 de novembro de 2021.

BUENO DE CAMARGO, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito: rejeição da denúncia (art. 33, *caput*, Lei 11.343/2006), por "ausência de justa causa".

Prisão em flagrante: Guarda Civil Metropolitana, sem atos de investigação. Legalidade: art. 301, Cód. Proc. Penal.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto da r. sentença, da MM. Juíza **Juliana Nobrega Feitosa**, que rejeitou a denúncia, por ausência de justa causa, tendo em vista que a investigação e prisão em flagrante foi efetuada por Guardas Municipais. (fls 94/98).

Acesso ao Sumário

Inconformado, objeta o Ministério Público, em síntese, que (***i***) a prisão poderia ter sido efetuada por qualquer pessoa do povo, (***ii***) não tem cunho investigatório, não ocorrendo, dessa forma, ilegalidade de atuação.

Diante disso, requerer o recebimento da denúncia, com o regular processamento da ação penal (fls 107/121).

Com o recebimento e manutenção da r. decisão (fls 146) e constando, entrementes, a resposta de fls 136/145, a Douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou o parecer de fls 155/159, pelo provimento.

Por fim, não constam objeções ao julgamento virtual.

É o relatório

O Recorrido foi denunciado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, porquanto consta que, no local, dia e hora descritos na inicial, foi flagrado trazendo consigo, para fins de entrega a terceiros, diversas drogas (fls 92/93).

Todavia, a denúncia foi rejeitada por entender o MM. Juízo *a quo* que:

> [...] de rigor sua rejeição, por ausência de justa causa à instauração da persecução penal por crime de tráfico de drogas, ante à ilegalidade do ato, uma vez que inválida a apreensão dos entorpecentes.
>
> [...]
>
> Compulsando os autos e após análise dos fatos narrados na denúncia, percebe-se que os guardas municipais, **após delação anônima**, puseram-se a efetuar trabalho de polícia investigativa, contrariando mandamento constitucional e legislação infraconstitucional (fls 95).

Mas, *d.m.v.*, o libelo não descreve investigação alguma, sendo restrito a informar que os Srs Policiais, alertados "dos fatos [...] se dirigiram ao local", flagrando o Recorrido (fls 92).

Ademais, com todo o respeito, a prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, a despeito de não estar inserida no rol das suas atribuições constitucionais, constituiu ato legal.

Com efeito, "qualquer do povo" **pode**, "as autoridades policiais e seus agentes" **devem** (art. 310, Cód. Proc. Penal).

Nesse sentido:

> Não obstante a tarefa precípua da guarda municipal seja a proteção do patrimônio do município, tal limitação não exclui ou retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a fazer cessar, prática criminosa.
>
> Assim, perfeitamente respaldada a atuação dos guardas municipais que, apesar de excluídos da função repressiva do crime, nem por isto ficam impedidos de prender quem se encontre em flagrante delito, ainda que, transitoriamente, exerça as atribuições de autoridade policial,

como de resto facultado a qualquer um do povo pela norma do art. 301 do Código de Processo Penal: "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

- TJSP: AP 0009834-76.2016.8.26.0451, 7ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Fernando Simão, j. 23.8.2017 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Em consequência, o libelo, como exposto, reúne condições de admissibilidade:

Recurso em sentido estrito *– Denúncia – Preenchimento dos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal – Materialidade demonstrada e suficientes indícios de autoria – Apreensão das drogas efetuadas por guardas municipais – Legitimidade da ação – Rejeição da inicial – Não cabimento – Recurso provido.*

- TJSP: 0000765-88.2021.8.26.0695, 11ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Alexandre Almeida, j. 20.9.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

RESE – recebimento de denúncia. Rejeitada por ter sido a prisão efetuada por integrantes da Guarda Municipal local. Art. 301, do CPP, que determina que qualquer do povo poderá efetuar prisão vigente. Ademais, sendo a discussão não quanto a posse ou finalidade da droga, mas de competência, atribuição da Guarda Municipal, já apresentado o dispositivo legal autorizador, dever a questão ser levada a discussão. Risco de extensão da inatividade da Guarda Municipal para outras condutas, tais como feminicídio, roubo, se persistir tal entendimento. DADO PROVIMENTO AO RECURSO.

- TJSP: RSE 1500108-40.2021.8.26.0544, 3ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Leme Cavalheiro, j. 23.9.2021 (Endereço eletrônico constante no texto original).

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso para recebimento do libelo.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2207543-07.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é peticionário F.A.B.J.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: JULGARAM IMPROCEDENTE A REVISÃO CRIMINAL, COM DETERMINAÇÃO. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.332)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, FRANCISCO BRUNO, NUEVO CAMPOS, SÉRGIO COELHO, GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 4 de novembro de 2021.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Crime de estupro no âmbito de violência doméstica – Pretensão à absolvição – Juntada de escritura pública de declaração da vítima, negando a ocorrência do crime de estupro – Retratação sem valor probatório, pois produzida de forma unilateral e extrajudicial – Artigo 16 da Lei Maria da Penha que admite a retratação apenas perante o Juiz e o representante do Ministério Público, a garantir que seja livre de coação por parte do agressor – Documento produzido após a condenação do acusado, muito após o limite temporal admitido pela Lei n. 11.340/2006 – Absoluta inexistência de valor probatório – Amplamente comprovado o cenário de grave violência doméstica – Condenação mantida – Cumpra-se o mandado de prisão já expedido – Revisão Criminal improcedente, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Revisão Criminal interposta por F.A.B.J., visando rescindir o v. Acórdão proferido pela Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso da acusação para condenar o requerente também pelo crime previsto no artigo 213, combinado com o artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 12 anos de reclusão, em regime prisional fechado, em concurso material com as condenações impostas em primeiro grau – 03 meses de detenção, em regime prisional aberto, por infração ao artigo 129, § 9º, do Código Penal, 01 mês e 22 dias de detenção, em regime prisional aberto, por infração ao artigo 147, combinado com o artigo 61, inciso

II, 'f', do Código Penal, e 15 dias de prisão simples por infração ao artigo 21 da Lei de Contravenções Penais.

A decisão transitou em julgado para as partes em 04 de fevereiro de 2020.

Agora, em suas razões, a Defesa pretende a rescisão do julgado no que diz respeito ao delito de estupro, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, juntando aos autos uma escritura pública de declaração da vítima J.S.S.M.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo não conhecimento da ação.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O requerente foi condenado em primeira instância por ilícitos praticados no âmbito de violência doméstica, consistente nos crimes de lesão corporal e de ameaça, bem como na contravenção penal de vias de fato, e foi absolvido quanto ao crime de estupro, contudo, foi dado provimento ao recurso de apelação do representante do Ministério Público para condená-lo também pelo delito contra a dignidade sexual.

Em seguida, a vítima J.S.S.M. lavrou escritura pública de declaração, subscrita em 13 de agosto de 2019, na qual afirma não ter sido vítima do estupro. A Defesa então interpôs recurso especial, cujo seguimento foi negado. Transitada em julgado a decisão, foi expedido mandado de prisão em 24 de agosto de 2021.

Agora, o requerente busca a absolvição quanto ao crime de estupro, com fundamento em suposta prova nova, porém, sem razão.

Segundo os relatos da vítima colhidos na fase administrativa da investigação, durante o período de união estável com o acusado, ela foi submetida a toda sorte de violência física, psicológica e sexual, como espancamentos, ameaças de morte, perseguição, constrangimento à prática de relação sexual não consentida, dentre outros. Relatou que por diversas vezes o acusado pressionou uma faca contra o seu pescoço, dizendo que a mataria, e que já a agrediu com socos e com golpes de madeira. Relembrou episódios de perseguição na via pública, em que ele rasgou a sua roupa e a enforcou.

Ouvida em Juízo, a ofendida se retratou parcialmente, negando qualquer constrangimento por parte do acusado para a prática de relações sexuais.

Não obstante a clara tentativa da vítima em minimizar as acusações que

Acesso ao Sumário

recaíram sobre o réu, as testemunhas E.C.S. e J.C.M. confirmaram em Juízo os relatos a respeito do longo período em que a vítima foi submetida a violências de toda sorte pelo seu companheiro, como graves agressões físicas e coação para a prática de relações sexuais, bem como informaram que o acusado rondava armado as residências dos familiares da ofendida, ameaçando de morte a todos.

A testemunha M.S. informou ainda que certa feita acompanhou a vítima à unidade básica de saúde após ela ser agredida pelo réu, ocasião em que ele ameaçou pessoalmente o depoente e chegou a quebrar o retrovisor de seu carro. Disse ainda que foi ameaçado por outros indivíduos por ordem do réu.

Neste cenário, o conjunto probatório não deixa dúvidas a respeito da materialidade e autoria dos crimes pelos quais o acusado fora condenado – lesão corporal, ameaça e estupro, além da contravenção penal de vias de fato.

A escritura pública de declaração juntada aos autos, produzida de forma extrajudicial e sem o crivo do contraditório, não possui o condão de afastar o valor das provas produzidas em juízo, sobretudo porque nos casos de violência doméstica, somente se admite a retratação da vítima em audiência específica realizada em Juízo, a teor do artigo 16 da Lei Maria da Penha.

Esta previsão legal assegura que o Juiz e o representante do Ministério Público, acostumados ao trato da violência em âmbito doméstico, poderão se certificar se de fato a retratação é a vontade livre e consciente da vítima ou se a ofendida sofre algum tipo de pressão por parte do acusado, já que sua decisão deve ser voluntária e espontânea.

Como é notório, infelizmente, muitas vítimas de violência doméstica retratam a representação oferecida contra o agressor a fim de preservar a harmonia familiar ou mesmo diante de grave ameaça por parte do agressor.

Não bastasse isso, a suposta retratação da vítima ocorreu após a condenação judicial do acusado, vale dizer, quando não mais se admitiria tal ato.

Salta aos olhos o cenário de violência doméstica ao qual a vítima ainda se encontra submetida, mesmo diante da condenação penal definitiva do acusado, a não deixar dúvidas de que tal retratação fora produzida de maneira unilateral e mediante ameaça por parte do requerente, pessoa violenta e perigosa, que para além de submeter a sua então companheira a uma rotina de sério espancamento e de violência psicológica, ainda ameaçava as pessoas de sua convivência e chegou a intimidar a testemunha M.S.

Chega a ser desarrazoável imaginar que no contexto de grave violência doméstica, machismo, possessão e objetificação da sua então companheira, o acusado respeitava a liberdade sexual dela, conforme declarado no referido documento, sublinhe-se, de nenhum valor.

Enfim, as provas obtidas no decurso da instrução processual efetivamente comprometeram o revisionando, e por isso a pretensão da Defesa está destituída

Acesso ao Sumário

de qualquer embasamento fático ou jurídico.

Tratando-se de condenação penal transitada em julgado, cumpra-se o mandado de prisão expedido em 24 de agosto de 2021.

ASSIM, PELO MEU VOTO, JULGO IMPROCEDENTE A REVISÃO CRIMINAL, COM DETERMINAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2136852-65.2021.8.26.0000, da Comarca de Itararé, em que é peticionário L.F.Q.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram o pedido revisional para absolver L.F.Q., com base no artigo 626 e no artigo 386, inciso VII, ambos do Código de Processo Penal, da prática, por diversas vezes, do delito tipificado no artigo 217-A, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.205)**

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 e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 18 de novembro de 2021.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. Estupro de vulnerável, por diversas vezes. Continuidade delitiva. Condenação. Recurso. Apelação parcialmente provida para reduzir a pena. Defesa sustenta a existência de prova nova, apta a ensejar a absolvição de L. Com razão. Vítima foi novamente ouvida, em processo de justificação criminal, e retratou-se integralmente, afirmando que acusou o ora revisionando falsamente, pois estava com raiva dele. Genitora da ofendida confirmou as declarações. Tais fatos constituem prova nova capaz de fragilizar a versão acusatória e lançar dúvida relevante sobre a real dinâmica dos fatos. Melhor a aplicação do princípio "in dubio pro reo". Pe-

Acesso ao Sumário

dido revisional deferido.

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada pela Douta Defesa de L.F.Q., que foi condenado, em 30/07/2019, pelo MM. Juízo da 1ª Vara Judicial da comarca de Itararé à pena de 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso no artigo 217-A, *caput*, c.c. o artigo 226, II, por várias vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal (fls. 208/2020 dos autos de origem processo nº (...)).

Irresignada com a condenação, a Defesa interpôs recurso de Apelação, pretendendo absolvição por insuficiência probatória (fls. 229/236 dos autos de origem).

Em sessão permanente e virtual, com acórdão liberado nos autos em 24/09/2020, a C. 15ª Câmara de Direito Criminal desta Corte de Justiça, por maioria, em voto de relatoria da Exma. Desembargadora Gilda Alves Barbosa Diodatti, deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena imposta ao acusado para 20 (vinte) anos de reclusão, mantendo, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 271/287 dos autos de origem).

Com o trânsito em julgado, após a realização do processo de Justificação Criminal nº (...), a Defesa ajuizou a presente revisão, com base no artigo 621, inciso III, do Código de Processo penal. Argumenta que a vítima prestou novas declarações em juízo, ocasião na qual afirmou que acusou L. falsamente. Assim, requer a absolvição do revisionando, por atipicidade da conduta, e a concessão de alvará de soltura (fls. 01/11).

Regularmente processado o pedido, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se **pela procedência da presente revisão criminal** (fls. 90/94).

É o relatório, passo a decidir.

A pretensão merece ser acolhida.

De início, cumpre ressaltar que, em sede de revisão criminal, não basta que se alegue fragilidade da prova para fins de desconstituir o julgado.

O instituto ora guerreado é cabível somente quando existente uma das hipóteses previstas na lei processual penal*, in verbis*:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena".

Acesso ao Sumário

Trata-se, portanto, de rol taxativo.

No caso dos autos, a Defesa fundamenta o pedido no inciso III, do artigo 621, do Código de Processo Penal, sustentando a existência de prova nova, devidamente constituída, em primeiro grau, no âmbito do processo de Justificação Criminal nº (...).

Pois bem.

Com a devida vênia, e, ressalvado o digno entendimento da Colenda 15ª Colenda Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, entendo que as novas provas colhidas são capazes de lançar sérias dúvidas sobre a ocorrência do crime, motivo pelo qual se impõe a absolvição, pelo princípio do *in dubio pro reo.*

Senão, vejamos.

Conforme narra a denúncia, por várias vezes, em datas incertas, no período compreendido entre (...) e (...), na residência situada na Rua (...), nº (...), (...), na cidade de Itararé, L.F.Q. teve conjunção carnal com sua enteada A.C.G.C., nascida em (...), pessoa menor de quatorze anos de idade.

Segundo a inicial acusatória, o acusado era padrasto da vítima, pois, na época dos fatos, convivia em união estável com a genitora da adolescente, residindo todos no mesmo imóvel. Valendo-se dessa proximidade, aproveitando-se de momentos de ausência da genitora da adolescente, L., por várias vezes, teve conjunção carnal com a adolescente, penetrando seu pênis na vagina dela.

Consta que tais abusos sexuais se iniciaram quando a vítima tinha aproximadamente 12 (doze) anos e se estenderam por vários anos, mesmo após a adolescente ter completado 14 (quatorze) anos, em (...). A vítima, então, passou a apresentar problemas comportamentais e contou sobre os abusos para sua genitora, a qual levou o ocorrido ao conhecimento da autoridade policial ao registrar um boletim de ocorrência.

Em virtude destes fatos, L. foi denunciado como incurso no artigo 217-A, *caput*, combinado com o art. 226, inciso II, por várias vezes, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal.

Após regular instrução processual, restou condenado, nos termos da denúncia.

A Defesa interpôs recurso de apelação e a C. 15ª Câmara de Direito Criminal desta Corte de Justiça, deu parcial provimento ao apelo, para afastar a agravante do artigo 61, II, "f", do Código Penal e diminuir as penas do acusado, mantendo, no mais, a r. sentença.

Irresignada, a Defesa ajuíza a presente Revisão Criminal, objetivando a alteração do *decisum*.

E o faz com razão.

Acesso ao Sumário

Isso porque, após o trânsito em julgado da condenação originária, a vítima A.C.G.C. foi novamente ouvida em juízo, no âmbito do processo de colheita de provas nº (...), ocasião na qual afirmou, peremptoriamente, que L. não praticou os fatos descritos na denúncia, explicando que somente o acusou porque estava com raiva.

Inicialmente, nos autos do processo-crime nº (...), conforme consta na r. sentença, A. prestou as seguintes declarações: "*Com meus 7 anos ele já começou, toda vez que eu pedia para sair ele falava, vamos primeiro e daí eu deixo você sair, até que eu nunca queria, as vezes que eu colocava shortinho perto dele, ele começava a querer passar a mão na minha perna e a tocar em outras partes, íntimas, até que um dia eu fui com ele para poder sair para rua, mas toda vez que eu ia sair ele queria aquilo. Com ele praticamente que eu perdi a virgindade, quando eu fiz isso eu tinha 11 para 12 anos, acho que foram mais de dez vezes, ele era meu padrasto, com 12 anos que aconteceu mesmo, só que começou com 7, só que eu nunca quis, daí com 12 que foi feito isso, passei por psicólogo, me sinto um pouco traumatizada. Eu até vou na casa dos dois, mas é difícil conversar com ele, só ontem que ele pediu para falar comigo e eu fui lá falar com ele. Comecei a namorar com 14 para 15 anos, com 12 eu não namorava, comecei a namorar mesmo com 15, tenho até provas, eu já cheguei a fugir para ir atrás do namorado, só que ficar fora de casa não, acho que uma vez só, mas ela sabia que eu estava pousando na minha amiga, eu estava nesse ginásio que você está falando, mas acho que eu estava com 15 anos já, só que a pessoa acho que tinha 17, 18 anos ainda. Eu tinha muito ciúmes da minha mãe, não, eu fui dar banho nela mesmo, mas acabou acontecendo isso. Eu com ele fomos fazer sexo, na hora que ele penetrou, começou a sair sangue, até ele achou estranho, ele falou, vá e tome banho, só que eu não sabia que ele ia esconder a calcinha cheia de sangue em baixo da cama, ele falou que se eu contasse alguma coisa, ele ia fazer alguma coisa para quem eu mais amava, que era ela, por isso que eu não contei nada para ela, quando eu contava ela não acreditava, até que no outro dia ela achou a calcinha em baixo da cama e me perguntou o que era isso, eu falei não é nada, só desceu (...). Uma vez só que eu desmenti, por medo dele fazer alguma coisa para ela, só tinha eu e ele na casa, ela ia para escola e ele já começava, ele parou de fazer isso quando eu comecei a namorar. Por duas vezes a iniciativa foi minha, eu queria ir para rua, eu pedia para ele por ser meu padrasto, mas antes ele queria isso para daí eu sair, aí eu fazia isso com ele e daí que eu podia sair, eu comecei a chorar para ela, aí que fomos para delegacia e fizemos o B.O*" (fls. 209/210).

Também nos autos do processo-crime nº (...), a genitora da vítima, L.J.G. assim afirmou: "***Não presenciei, quando ela começou a falar isso, essas histórias, foi com 12 anos mais ou menos, ela falou para mim que o F. tinha abusado dela lá, só que daí eu falei, já que aconteceu isso, vamos lá na delegacia e***

Acesso ao Sumário

fazer o B.O., eu com o F. trouxemos ela até a delegacia ali e ela não quis, falou que tinha ficado brava com ele e ela voltava sempre atrás e isso foi até os 14 anos mais ou menos*. Não me preocupei muito porque a* ***A. toda vida sempre foi muito problemática, mentia o tempo todo para mim****, eu deixava ela no portão da escola e ela fugia, ainda convivo com o L.F. Com 12 anos ela já começou a fugir de casa e já tinha os namoradinhos dela, até que durante esse tempo que ela começou a fugir, pouco do ódio dela era isso, eu pegava o F. e a gente ia atrás procurar ela e isso era terrível para ela, todas as vezes que ela fugia, ela estava com alguém, ela sempre arrumava um ficante* lá e dormia na casa dele, acho que chegou a ficar até 5 dias, daí não ligava, não se comunicava, eu até fiz um boletim de ocorrência do desaparecimento dela, ela sumia, desaparecia, depois eu achava ela, os rapazes que ela saia tinham mais idade, uns 20 anos, o mais novo que ela ficou eu acho que tinha uns 16, 17 anos, cada um em um tempo, mas teve vários, ela tinha ciúmes, eu não podia fazer carinho em outra criança, ela até chegou a matar uma cachorrinha minha de ciúmes, diz ela que foi dar banho na cachorrinha, eu dei falta da cadela e fui procurar pela rua, ela ajudava a procurar junto, daí depois de uns 3 dias eu achei a cadela morta atrás de casa, achei que era meu vizinho que tinha matado e ela ficou quieta, aí foi passando o tempo e um dia ela falou para mim que tinha tentado dar banho na cadela e tinha matado a cadela. Ela nunca *gostou dele, quando fui morar com ele ela tinha 3 anos, não podia chegar perto dele que ela gritava, ela não aceitava.* ***Ela falava com 7 anos que ele tentava tocar nela, tentava beijar, esse tipo de coisa, cheguei a achar uma calcinha dela em baixo da minha cama com sinal de sangue, daí ela falou que o F. que tinha feito aquilo, daí eu falei, vamos na delegacia, daí quando cheguei ali ela disse que era mentira, que ficou com raiva dele, que ela tinha feito aquilo com um gloss que ela tinha, já achei ela várias vezes com pano de baixo da perna, ela tinha essas manias****. Eu estudava à noite, a A. ficava com ele, ela aceitou a ir lá comigo fazer o B.O. só depois que ela começou a fugir e ter outros namorados, por isso eu achei que era mentira, ela começou a enfrentar ele e a falar que tinha sido abusada, ele deixou a casa por um tempo, aí eu voltei com ele e ela já tinha casado*" (fls. 210/211).

Já nos autos do processo de Justificação Criminal nº (...), **A. disse que L.F. é inocente e está preso por crimes de não cometeu. Explicou que somente o acusou de ter praticado os estupros porque tinha raiva dele e não queria que ele mantivesse relacionamento com sua mãe.** Relatou que mentiu, pois imaginou que o peticionário fosse apenas sofrer um processo e acabar "*pagando cesta básica*". Jamais imaginou que ele iria "*pegar cadeia*". **Disse que tinha raiva de L.F. porque ele não a deixava namorar ou sair com suas amigas e, além disso, agredia sua mãe. Por isso, o acusou falsamente tanto na Delegacia quanto em juízo**. Questionada, A. respondeu que criou a falsa versão sem ajuda de terceiros. Afirmou, ainda, que **L. nunca tocou em seu corpo com**

Acesso ao Sumário

intuito sexual (mídia).

Também nos autos da Justificação Criminal, L., **mãe de A., relatou que não acreditava em sua filha**, pois ela sempre mentia e fugia de casa. Além disso, **A. nunca aceitou o fato de L.F. manter relacionamento com a declarante e possuía muito ciúmes da relação de ambos.** Ela sempre afirmava que iria acabar com a vida de sua mãe e do acusado e que iria se vingar de ambos. **L. explicou que, quando sua filha soube que o ora peticionário havia sido preso, ficou muito triste e disse que havia mentido por raiva, aduzindo que o acusado era inocente** (mídia).

Já L.F. negou a prática delitiva, em todas as oportunidades nas quais foi ouvido.

Pois bem.

Como se percebe, as novas provas colhidas em audiência, após o trânsito em julgado da condenação, lançam dúvidas – e sérias – a respeito da ocorrência dos crimes descritos na denúncia.

Ora, a própria vítima retratou-se, afirmando que acusou L. injustamente, pois estava com raiva.

Da mesma maneira, sua genitora afirmou que sempre duvidou dos relatos de A., pois ela costumava mentir e fugir de casa. Explicou que somente acreditou nas acusações, após muita insistência de sua filha, ocasião na qual ambas foram até a delegacia de polícia.

Portanto, diante deste cenário, não é totalmente despropositada a versão suscitada pela vítima na audiência de Justificação Criminal, no sentido de que acusou L. injustamente.

Desde o início, havia dúvidas sobre a veracidade de seus relatos, conforme pontuou sua mãe.

Portanto, diante deste cenário, respeitadas as doutas opiniões em sentido contrário, impõe-se a conclusão de que o acusado merece ser absolvido, pois não há demonstração segura de que realizou a conduta a ele atribuída na denúncia.

Acesso ao Sumário

No entanto, não se mostra possível a absolvição por atipicidade da conduta, uma vez que, após detida análise de todas as provas produzidas, o máximo a que se chega é um juízo de probabilidade, não de certeza, em relação aos crimes.

E, como se sabe, meras conjecturas conduzem à absolvição por insuficiência de provas, que é a solução mais prudente e adequada ao caso em análise.

Meros indícios são incompatíveis com a condenação, a qual deve basear-se em provas claras e seguras, em respeito aos princípios da busca da verdade e do *in dubio pro reo.*

No campo penal, assume-se a possibilidade de absolvição de um possível culpado, face ao interesse maior de evitar a condenação de um provável inocen-

te.

Por isso, apenas a prova contundente pode basear o decreto condenatório.

Diante da fragilidade probatória do caso em tela, estando ausente a demonstração concreta de que J.C. cometeu o delito tipificado no artigo 217-A, do Código Penal, mais prudente é a absolvição.

Sendo assim, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, reformo o v. acórdão, para absolver o peticionário do crime já mencionado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **defiro o pedido revisional** para absolver L.F.Q., com base no artigo 626 e no artigo 386, inciso VII, ambos do Código de Processo Penal, da prática, por diversas vezes, do delito tipificado no artigo 217-A, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida.

Expeça-se, oportunamente, alvará de soltura clausulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0001849-12.2020.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é peticionário LUCIVAL DA SILVA OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram a revisão criminal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.731)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, LUIZ FERNANDO VAGGIONE e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 30 de novembro de 2021.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: Tráfico de drogas. Pedido de absolvição por ausência de provas. Atitude furtiva do peticionário e apreensão de 12 tijolos contendo 7,46 kg de maconha em seu poder. Divergências nos depoimentos policiais incapazes de macular a prova. Pena-base majorada em 1/6 por conta da quantidade, seguindo aumento

Acesso ao Sumário

de 1/6 pela comprovada reincidência. Vedada a aplicação do redutor. Regime fechado adequado. Indeferimento do pedido revisional.

VOTO

O peticionário, Lucival da Silva Oliveira, foi absolvido da acusação de tráfico de drogas e associação para este delito, perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Osasco. Inconformado, apelou o Ministério Público, tendo a 6ª Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dado provimento ao recurso do promotor de justiça para condená-lo a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, no regime fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 33-44).

O V. Acórdão transitou em julgado em 14 de agosto de 2018 (fl. 72).

Agora, através do presente pedido, pleiteia a revisão do processo, requerendo a tutela antecipada, com expedição de alvará de soltura, até final decisão da presente revisão. Pleiteia, no mérito, a absolvição, alegando haver dúvidas quanto a materialidade e autoria, argumentando, ademais, com as divergências entre os depoimentos policiais. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso, em face da fragilidade do conjunto probatório (fls. 2-20).

A liminar foi indeferida (fls. 130-131), seguindo-se manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do pedido (fls. 134-154).

É o relatório.

Infere-se dos autos que policiais militares receberam notícia da ocorrência de disparos de arma de fogo. Assim, dirigiram-se ao local indicado e visualizaram quatro indivíduos juntos e parados e, ao perceberem a presença policial, empreenderam fuga. Durante a perseguição, os milicianos perceberam que dois indivíduos que se evadiram efetuaram disparos de arma de fogo. Durante a perseguição, o réu Reginaldo Santos Domingos da Silva dispensou ao solo uma sacola contendo cocaína, sendo alcançado e preso pelo policial militar José Fernandes de Lima. O ora peticionário, Lucival, foi perseguido pelo policial militar Ricardo William Benigno da Silva, sendo apreendido em seu poder expressiva quantidade de maconha, separada em 12 tijolos, acondicionadas em uma mochila.

Segundo aduziu no inquérito, o peticionário estava na favela para adquirir 2 porções de cocaína e possuía a quantia de R$ 10,00 (fls. 56-57). Sob o crivo do contraditório, o peticionário alegou que nem droga nem dinheiro foi apreendido em seu poder. Após a abordagem policial, foi jogado no chão ao lado de Reginaldo. Não viu a apreensão das drogas e afirmou não conhecer nenhum policial (fls. 194-195).

Acesso ao Sumário

O policial militar José Fernandes, o qual participou da diligência que culminou na prisão dos réus, informou que na data dos fatos, foram acionados para averiguarem ocorrência de disparos de arma de fogo. No local, se depararam com 4 indivíduos, os quais empreenderam fuga ao notarem a aproximação policial. Os suspeitos se separaram para despistar os agentes, sendo que 2 indivíduos se evadiram, no entanto, conseguiu capturar um deles, identificado como Reginaldo Santos Domingos Silva. Durante a perseguição, o acusado dispensou uma sacola plástica transparente, que foi recolhida. No interior da sacola, havia substância branca, semelhante a cocaína, fracionada em 148 ampolas plásticas. O soldado Benigno, conseguiu capturar o outro acusado, identificado como Lucival da Silva Oliveira. Em revista pessoal, dentro da mochila que o indivíduo trazia, foram encontrados 12 tijolos de maconha (fls. 51-52).

Em juízo, o policial José afirmou que avistou Reginaldo contando papelotes e entregando a 3 ou 4 usuários. Quando avistou os policiais, Reginaldo empreendeu fuga com uma pochete. Em seguida, alcançou o acusado e o agarrou pela camisa, sendo que ambos começaram a rolar no chão. No interior da pochete havia papelotes de cocaína. Reginaldo confessou estivesse traficando. Lucival foi abordado por outro policial, bem como soube que com ele foi apreendida cocaína e maconha (fls. 221-222).

Segundo descrição do policial William Benigno, após a perseguição e captura do acusado Reginaldo, abordou Lucival, o qual não resistiu à prisão, bem como em revista pessoal, foram encontrados 12 tijolos de maconha, no interior da mochila que trazia consigo (fls. 54-55). Em juízo, reafirmou que abordou o acusado Lucival, empreendendo fuga Reginaldo, que estava com ele, sendo perseguido pelo seu parceiro José Fernandes. Com Lucival houve a apreensão de drogas e dinheiro, que estavam dentro de uma pochete. Declarou não ter visto Lucival vendendo drogas para outras pessoas, bem como ao lado dos acusados havia outras pessoas paradas e transitando. Não viu o momento em que seu parceiro conseguiu deter Reginaldo, pois estavam dentro da Comunidade. Declarou que segundo José, Reginaldo resistiu e entraram em luta corporal, sendo apreendido drogas no interior de uma mochila que o acusado trazia consigo. Afirmou não se lembrar que tipo de droga fora apreendida em poder de Lucival (fls. 223-224).

O exame químico-toxicológico registrou a natureza e quantidade das drogas apreendidas: 12 tijolos contendo 7,46 kg de maconha e 148 invólucros plásticos contendo 75,77g de cocaína (fls. 116-117).

Na primeira instância, em contato direto com as partes, a magistrada singular concluiu pela absolvição dos acusados, com o seguinte fundamento: "*Em relação ao tráfico de entorpecentes e associação para fins de tráfico, as dúvidas comprometem toda a prova. Não há provas seguras, pois, de traficância do entorpecente apreendido pelos acusados, sendo totalmente contraditórias as*

Acesso ao Sumário

versões do início da abordagem.".

Todavia, a 6ª Câmara Extraordinária deste Tribunal, ao julgar o recurso de apelação manejado pelo Ministério Público, assim fundamentou a condenação:

"*O cotidiano dos policiais militares é marcado pela realização de inúmeras prisões em flagrante. Daí porque não se exige que as palavras tenham estrita retidão para dar lastro ao édito condenatório.*

A posse das drogas apreendidas pelos recorridos é fato indubitável. Vê-se que cada um dos milicianos foi responsável pela prisão de cada dos um dos corréus, justificando eventual lapso na menção aos detalhes e pormenores da ação policial."

Observou-se, ainda:

"*Por outro lado, os interrogatórios dos apelados apresentam graves contradições, inaceitáveis para que se aquilatasse a inocência.*

(...)

Enquanto um interrogando tentou atribuir a autoria do delito de tráfico de entorpecentes aos dois indivíduos não identificados, o outro permaneceu silente a respeito. O primeiro disse que apenas conheceu o codenunciado na viatura policial, enquanto o segundo disse que o avistou deitado num beco.

O desmaio de Reginaldo e a utilização de spray de pimenta constam apenas do interrogatório de Lucival, constituindo fatos relevantes que não poderiam ter sidos negligenciados, sem que o elemento cognitivo perdesse a sua força probatória.

Das filmagens mencionadas tampouco se tem real notícia.

(...)

Assim, no embate entre os relatos policiais e a negativa dos apelados, há que se prevalecer, in casu, a versão acusatória."

E arremata:

"*Nada há nos autos que identifique eventual animosidade específica dos policiais militares contra os acusados que os levasse a imputar falsa incriminação por delito grave a agentes inocentes, de modo que nada conduz à trivial tese de defesa que defende a falta de lisura de tais testemunhos, largamente rechaçada pela jurisprudência*."

Ademais, compreensível a existência de pequenas divergências entre os relatos prestados no inquérito e aqueles feitos em juízo, sendo certo que, passados alguns meses da data dos fatos, detalhes podem se perder na memória, porque os policiais trabalharam em dezenas de ocorrências nesse interregno. Todavia, por não comprometer a essência dos depoimentos, em especial acerca da apreensão das drogas, são dignos de credibilidade. A descrição dos objetos que acondicionavam as drogas apreendidas, não constitui ponto primordial acerca

Acesso ao Sumário

da materialidade do delito e, por isso, não tem o condão de macular a prova.

Depois, não parece convincente que os policiais agissem com a intenção de incriminar pessoas falsamente, sem que isso resultasse em qualquer proveito pessoal ou funcional. Como não se atina para explicação de tão desarrazoado comportamento, e porque não foi demonstrada qualquer razão para suspeita de conduta censurável dos policiais militares, é de se admitir seus testemunhos como verdadeiros.

Destarte, ao contrário do sustentado pela defesa, as circunstâncias da prisão e a quantidade de apreensão: 12 tijolos contendo 7,46 kg de maconha e 148 invólucros plásticos contendo 75,77g de cocaína, evidenciam, com segurança, o destino comercial, sendo irrelevante que o peticionário fosse, também, dependente químico.

Desse modo, não se pode concluir que a condenação se tivesse realizado contra a evidência dos autos. Havia todo um quadro de provas evidenciando a culpabilidade e este foi acolhido como supedâneo da coisa julgada. Assim, somente através de provas novas, que afastassem com absoluta segurança a autoria do crime imputada ao ora requerente, se poderia desconstituir aquela condenação.

Entretanto, tais provas não foram feitas para amparo do pedido revisional e, desse modo, pela simples releitura da prova colhida, impossível deferir-se o pedido absolutório, em revisão do processo.

Portanto, nos termos do artigo 239, do CPP, havia elementos suficientes à condenação.

O cálculo da pena está correto, pois a base foi elevada em 1/6 por conta da grande quantidade de drogas apreendidas, seguindo-se o aumento em face da comprovada reincidência (fl. 718), restando definitiva em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 680 dias-multa, no piso.

Depois, em face dessas circunstâncias e da quantidade de drogas apreendidas, o regime inicial fechado mostrou-se o recomendável, não se podendo aplicar o redutor do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006, porque somente admissível ao traficante eventual, preso com pequena quantidade de material psicoativo, o que evidencia para este a não dedicação às atividades criminosas, com aspecto de habitualidade.

Portanto, o processo revidendo não comporta reparos e, ante tais motivos, indefere-se o pedido de revisão criminal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2089231-72.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CONCHAL e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CONCHAL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.125)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, 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 e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Município de Conchal – Omissão legislativa para estabelecimento de prazos e procedimentos para a prática de atos administrativos no âmbito da Administração municipal de ambos os poderes, segundo o artigo 113 da Constituição Bandeirante, de observância obrigatória – Projetos de lei em tramitação que não foram convolados em norma vigente e eficaz no ordenamento jurídico municipal – Inércia que implica na ineficácia de preceito constitucional – Precedente deste Órgão Especial – Fixa-

ção de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que seja suprida a omissão, sob pena de aplicação da Lei Estadual nº 10.177/1998 ("Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual") para disciplinar a matéria até que a purgação da mora – Ação procedente, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de ação ajuizada pelo douto Procurador Geral do Estado de São Paulo a pretender a declaração de inconstitucionalidade, por omissão, dos Poderes do Município de Conchal, pela não edição de lei específica que estabeleça prazos para a prática de atos administrativos, recursos adequados para sua revisão, efeitos e forma de processamento, como estabelecido pelo artigo 113 da Constituição do Estado de São Paulo e em similaridade com aquela de mesma finalidade nos âmbitos federal e regional (Leis 9.784/99 e 10.177/98, respectivamente).

Não houve pedido de tutela em caráter cautelar.

Após regular citação (fls. 93), a Procuradoria Geral do Estado não se manifestou nos autos (fls. 95).

Devidamente notificada, a Câmara Municipal de Conchal, por seu Presidente, ofertou as informações de fls. 99/106, nas quais assevera que existem dois projetos de lei (nºs 07 e 29/2021) com o condão de suprir a omissão apontada na inicial, demonstrando que não há inércia legislativa da sua parte. Diz que há outras leis esparsas que tratam do tema, pedindo, subsidiariamente, em caso de procedência da ação, sua modulação para um prazo de 180 dias para estudo, discussão e aprovação da matéria.

O Prefeito Municipal também se manifestou (fls. 197/200), aduzindo, em síntese, que os projetos de leis citados nos informes da Câmara Municipal estão em regular tramitação e em fase de análise de sanção, afastando a conotação de mora legislativa.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 204 /212, ratifica, em síntese, os mesmos argumentos despendidos na inicial.

Intimado o Prefeito para esclarecer se houve sanção, ou não, dos citados projetos de lei nºs 07 e 29/2021, sobreveio informação do veto integral ao último, não derrubado pela Casa Legislativa, estando em prazo de análise o primeiro, iniciado em 22/09/2021 (fls. 217).

É o relatório.

2.1 – DO OBJETO DA AÇÃO

O Procurador Geral de Justiça propôs a presente ação direta de inconsti-

Acesso ao Sumário

tucionalidade 'por omissão' em razão da mora legislativa no Município de Conchal para estabelecer, por lei específica, prazos e procedimentos para a prática de atos administrativos, seguindo o parâmetro remissivo federal (Lei 9.784/99) e estadual (Lei 10.177/98), para a padronização e perfeito acompanhamento dos serviços públicos e da atividade da Administração municipal.

Pois bem. A chamada 'ADO' foi estabelecida pelo constituinte derivado de 1988 no § 2º do artigo 103 da Carta Política com o propósito de criar mecanismo para tornar efetiva norma constitucional, a partir de ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Obviamente que as normas constitucionais que permitem o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo, e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.

Portanto, é inerente a esse sistema normativo constitucional a preexistência de lacunas que necessitam de complementação por leis, atos normativos ou comandos administrativos. O que se pretende, assim, é preencher as lacunas inconstitucionais, para que as normas constitucionais obtenham eficácia plena. É o que destaca o Supremo Tribunal Federal:

> ***"Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental"*** (RTJ 162/877 , Rel. Min. Celso de Mello)

Noutro aspecto, em que pese a autonomia dos Municípios para se auto-organizar e 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, em razão do princípio da simetria e das normas contidas, aqui no que interessa, nos artigos 29 da Carta da República e 144 da Constituição Paulista:

Constituição Federal

Artigo 29 – O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos.

Constituição Estadual

Artigo 113 – A lei deverá fixar prazos para a prática dos atos administrativos e estabelecer recursos adequados a sua revisão, indicando seus efeitos e forma de processamento.

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.

Em suma: a ação direta de inconstitucionalidade 'por omissão' busca, primordialmente, ser um remédio constitucional para uma certa 'síndrome de inefetividade' legislativa que acaba por tornar inaplicável preceitos que o constituinte elencou como estruturantes, ou na seara dos direitos individuais, para a consolidação de um Estado pleno de direito.

Portanto, absolutamente pertinente a ação para o objeto de produção legislativa em mora em discussão, eis que o artigo 113 da Carta Bandeirante determina a edição de lei para regular o processo administrativo, em caráter geral, no âmbito municipal.

2.2 – DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO MUNICIPAL

Não obstante a União detenha competência privativa para legislar sobre direito processual (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), o legislador constituinte estatuiu a competência legislativa concorrente para dispor sobre procedimentos em matéria processual (artigo 24, inciso XI, da CF), incumbindo à primeira a edição de normas gerais (artigo 24, § 1º, da CF) e aos Estados e Distrito Federal suplementar a legislação federal.

Dentro desse escopo, a Carta Federal estabeleceu a competência dos Municípios (por seus poderes locais) legislar sobre assuntos de interesse local, suplementando a legislação federal e estadual no que couber (artigo 30, incisos I e II).

Conjugando tal diretriz com aquela do artigo 113 da Constituição Bandeirante, reproduzido no tópico anterior, não resta dúvida que no Estado de São Paulo há obrigação constitucional dirigida aos Municípios para que fixem, por meio de lei, prazos e procedimentos para a prática de atos administrativos em todos os órgãos da Administração municipal, e não isoladamente para essa ou aquela finalidade. Há compulsoriedade nessa obrigação de produção legislativa, e não espaço para conveniência e oportunidade dos poderes constituídos.

Acesso ao Sumário

Além disso, inadmissível que um Município não tenha organizado legalmente a forma como seus agentes e os munícipes devem atuar no âmbito de processos e procedimentos administrativos, com direito de petição, recurso e revisão, fiscalizável a todo tempo em relação aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência (artigo 111 da CE/89).

Maria Sylvia Zanella di Pietro[1], aliás, pondera que o processo administrativo está hoje disciplinado, no âmbito federal, pela Lei nº 9.784, de 29/01/1999, alterada pelas Leis nºs 11.917, de 19/12/2006 e 12.008, de 29/07/2009, estabelecendo normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal Direta e Indireta, visando a '*proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*'. No Estado de São Paulo, essa matéria está disciplinada pela Lei nº 10.177, de 30/12/1998, como bem descrito na inicial.

E, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão com tema idêntico, mas afeta ao Município de Leme, este subscritor aderiu ao voto condutor do Des. Renato Sartorelli, cujo acórdão resultou de decisão unânime do colegiado:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUE ESTABELEÇA PRAZOS PARA A PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS E RECURSOS ADEQUADOS PARA SUA REVISÃO, EFEITOS E FORMA DE PROCESSAMENTO, NO ÂMBITO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO DO MUNICÍPIO DE LEME – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 113 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – NORMA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELO MUNICÍPIO, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA E DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 144 DA CARTA BANDEIRANTE –*** AÇÃO PROCEDENTE ***– CONCESSÃO DE PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO REGULAMENTANDO A MATÉRIA, SOB PENA DE APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 10.177, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1.998, EM CASO DE PERSISTÊNCIA DA OMISSÃO."*** (ADO 2080724-93.2019.8.26.0000, j. 07/08/2019)

Acesso ao Sumário

Dito isso, como o Prefeito Municipal informou que o PL 29/2021, que disciplinaria as '*normas básicas para a simplificação e desburocratização em relação aos atos e procedimentos administrativos da Administração Pública de Conchal*' foi objeto do seu veto integral, que restou mantido pela Câmara Municipal, restando pendente de sanção apenas o PL 07/2021, que trata apenas de '*procedimento administrativo de ressarcimento pela Fazenda Pública Municipal*' (fls. 217), realmente não há tramitação legislativa que dê plena **satisfatividade** ao contido no artigo 113 da Carta Bandeirante. Pondere-se: a simples proposição de projetos e sua tramitação não afastam a mora da existência de

1 Direito Administrativo, Editora Forense, 29ª edição, p.770

norma válida e eficaz no plano do ordenamento jurídico municipal.

Desse modo, na esteira do precedente da ADO 2080724-93.2019.8.26.0000 acima citada, dá-se o prazo de **180 (cento e oitenta) dias** para o suprimento da mora legislativa.

E, superado esse prazo sem edição da lei, fica estabelecida a observância da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, no que couber, no âmbito dos processos e procedimentos administrativos do Município de Conchal.

3 – ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., pelo meu voto: **a-) julgo procedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade 'por omissão' para declarar a omissão legislativa para a regulamentação de prazos e procedimentos para a prática de atos administrativos, incluindo recursos para sua revisão, na forma do artigo 113 da Constituição Bandeirante, no âmbito da Administração do Município de Conchal; **b-) fixo** o prazo de **180 (cento e oitenta) dias** para suprimento da mora legislativa, sob pena da aplicação da Lei Estadual nº 10.177/1998 (***"Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual"***), no que couber, até a sua purgação.

4 – Destarte, nos termos acima especificados, **julga-se procedente a ação, com determinação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2074874-87.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SALTO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALTO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM AS PRELIMINARES E JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.577)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO,

Acesso ao Sumário

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, 27 de outubro de 2021.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 8.846/21 DO MUNICÍPIO DE SALTO – TORNA OBRIGATÓRIA A PUBLICAÇÃO DE LISTA ATUALIZADA DE VACINADOS NO MUNICÍPIO – OBRIGATORIEDADE DE INFORMAR O CPF DO MUNÍCIPE – INCONSTITUCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA.

Ação ajuizada pelo Prefeito de Salto. Lei municipal, de iniciativa parlamentar, que obriga o Executivo a publicar a lista de munícipes vacinados contra a COVID-19. Preliminares de legitimidade da Mesa da Câmara Municipal e não cabimento da ADI rejeitadas. Prevalência do princípio da publicidade e da transparência de dados diante da necessidade de combate preventivo à grave pandemia atual. Ausência de iniciativa reservada do Poder Executivo na mera disciplina à publicidade dos atos da Administração Pública. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito da Estância Turística de Salto contra a Câmara Municipal da cidade, em face da Lei Municipal nº 8.846, de 17.3.2021, publicada no dia 06.4.2021, que torna obrigatória a veiculação da lista de vacinados saltenses contra a COVID-19; insurge-se especificamente contra a obrigação de se informar o número do CPF da pessoa vacinada (artigo 3º, I), e contra a vigência imediata da lei (artigo 7º). Pede liminar para suspensão da eficácia desses artigos, até final julgamento da ação.

Concedida a liminar, a fls. 60, a Câmara Municipal de Salto ofereceu informações a fls. 65/76, defendendo a legitimidade da Mesa da Câmara, o não cabimento da ADI e a legalidade da norma questionada. Já o Ministério Público apresenta parecer pela improcedência da inicial, a fls. 92/103, citando precedentes deste Colegiado.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Rejeitam-se as preliminares arguidas pela Câmara Municipal, contra quem corretamente ajuizada a demanda, sem que se vislumbre à Mesa da Câmara a necessidade de atuar como litisconsorte; inúmeras as demandas ajuizadas diretamente contra a Câmara Municipal, enquanto representante legítima do Poder Legislativo Municipal. Por outro lado, o não cabimento da ADI levantado refere-se na verdade ao próprio mérito da causa, que se passa a examinar.

É o seguinte o teor da Lei Municipal de Salto nº 8.846, de 17.03.2021 (fls. 02):

> "Art. 1º. Fica definido que o Poder Executivo publicará lista de todos os vacinados no Município de Salto.
>
> Art. 2º. A lista de todos os vacinados no Município de Salto deverá ser atualizada diariamente até às 22h00 (horário de Brasília).
>
> Art. 3º – A lista deverá informar:
>
> I – CPF da pessoa vacinada, com identificação de apenas os três primeiros e os dois últimos dígitos do CPF, devendo ser colocado asterisco nos demais dígitos;
>
> II – Data da vacinação;
>
> III – Idade da pessoa vacinada;
>
> IV – Grupo prioritário, definido pela Prefeitura, que essa pessoa pertence;
>
> V – Local onde foi feita a imunização;
>
> VI – Cargo ou função exercido pela pessoa vacinada;
>
> VII – Lote da vacina que foi aplicada.
>
> Art. 4º. A lista deverá ser disponibilizada pelo meio de comunicação da prefeitura.
>
> Art. 5º. As despesas decorrentes com execução da presente lei correrão por dotação orçamentária prévia.
>
> Art. 6º. O Poder Executivo regulamentará aquilo que couber;
>
> Art. 7º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação."

Meritoriamente, e embora a medida liminar tenha sido inicialmente concedida, diante de situação que envolve questões novas e respeitantes a direitos fundamentais aparentemente antagônicos, o fato é que este Colendo Colegiado tem precedente muito recente no sentido da improcedência da ação, forte na necessidade da transparência de dados e também na ênfase às medidas preventivas de combate à atual pandemia, de gravidade notória. Confira-se a elucidativa ementa, em voto do eminente Des. Costabile e Solimene (fls. 102):

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º, I da lei municipal nº 3.381, de 23.2.2021, que dispõe sobre a identificação diária dos vacinados contra o Covid-19 no sítio eletrônico da Prefeitura de Nova Odessa. Improcedência. Dever fundamental da Administração em adotar o quanto necessário para prevenção de doenças. Ausência de vilipêndio à inti-

Acesso ao Sumário

midade ou vida privada dos cidadãos. Transparência. Valor constitucional. Arts. 37 da CF e 111 da Const. de S. Paulo. Lei que não demanda iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo porque não trata de criação, estruturação e atribuições dos órgãos que lhe são vinculados. Diploma que se limita a prever a divulgação das listagens sem, contudo, interferir na gestão administrativa do Poder Executivo. A não adoção de tais providências comprometeriam o decidido na Suprema Corte, acerca da constitucionalidade acerca da obrigatoriedade não forçada da vacinação. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Ação improcedente" (ADI 2047923-56.2021.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, 07-07-2021).

Por outro lado, resta claro que também a necessidade de dar cumprimento à decisão do STF, segundo a qual é constitucional que se obrigue à vacinação não forçada, conduz à higidez da lei municipal questionada e consequente improcedência da ação.

Anote-se ainda, e por fim, que no caso concreto a privacidade do munícipe está garantida suficientemente, na medida em que não há previsão de que seu nome seja publicado, com isso evitando-se a individualização, propriamente, dos vacinados.

Por essas razões, rejeitam-se as preliminares e julga-se improcedente a ação, revogada a liminar.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR, com observações.

(Voto nº 45.125-a)

1. Relatório já nos autos.

2. Acompanho o I. Relator para julgar improcedente a ação, com observação, assim como para julgar prejudicado o agravo regimental.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Salto tendo por objeto o item I, do art. 3º, da **Lei Municipal nº 3.846**, de **17.03.21**, de iniciativa parlamentar, tornando obrigatória a disponibilização no site da Prefeitura a lista dos munícipes vacinados contra a COVID19.

Assim dispõe a lei impugnada:

"Art. 1º. Fica definido que o Poder Executivo publicará lista de todos os vacinados no Município de Salto.

Art. 2º. A lista de todos os vacinados no Município de Salto deverá ser atualizada diariamente até às 22h00 (horário de Brasília).

Art. 3º – A lista deverá informar:

I – CPF da pessoa vacinada, com identificação de apenas os três primeiros e os dois últimos dígitos do CPF, devendo ser colocado aste-

Acesso ao Sumário

risco nos demais dígitos;

II – Data da vacinação;

III – Idade da pessoa vacinada;

IV – Grupo prioritário, definido pela Prefeitura, que essa pessoa pertence;

V – Local onde foi feita a imunização;

VI – Cargo ou função exercido pela pessoa vacinada;

VII – Lote da vacina que foi aplicada.

Art. 4º. A lista deverá ser disponibilizada pelo meio de comunicação da prefeitura.

Art. 5º. As despesas decorrentes com execução da presente lei correrão por dotação orçamentária prévia.

Art. 6º. O Poder Executivo regulamentará aquilo que couber;

Art. 7º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação." (fl. 20).

Alegou o autor, em síntese, a inviabilidade de disponibilizar dados pessoais, principalmente o CPF. Sustentou também ocorrer vício de iniciativa, porque, além de se dar interpretação extremamente elástica ao **art. 219, parágrafo único, 3, da CE**, o **inciso I do art. 3º** da norma impugnada é inexequível, ao exigir dados pessoais sensíveis – contrariando a lei de acesso à informação.

Ora, o Prefeito Municipal **limitou** o pedido declaratório de inconstitucionalidade ao **inciso I do art. 3º da Lei Municipal nº 3.846**, de **17.03.21** (fs. 15 – item II da petição inicial). Em ação direta de inconstitucionalidade apenas a ***causa petendi*** é aberta. Nessas circunstâncias, **impossível** ampliar o objeto da ação para enfrentar eventuais vícios dessa natureza quanto a **outros** dispositivos.

Em face dessa restrição **intransponível**, observa-se que **não** se está pleiteando ver reconhecida inconstitucional a publicidade a ser dada pelo Executivo à lista dos vacinados (contra o COVID-19) no Município de Salto. Consequentemente, a viabilidade desse proceder, com todos os óbices a ele impostos, que não são poucos (como decorre exatamente do resultado, por pequena maioria de votos, do precedente invocado – 12 x 10), **não** são **objeto** da presente demanda. **Limita-se ele**, repita-se, única e exclusivamente, à inclusão, na referida lista, do CPF dos vacinados, ainda que identificados com apenas 5 números (**item I, do art. 3º**).

Descabidas, portanto, considerações sobre a *"... necessidade de dar cumprimento à decisão do STF, segundo a qual é Constitucional que se obrigue à vacinação não forçada ..."* por se tratar, **repita-se**, de matéria estranha ao objeto da demanda como acima apontado.

Acesso ao Sumário

Quanto ao dispositivo questionado (item I do art. 3º), **acompanho** o i. Relator por afastar qualquer vício na medida em que a **anonimização** dos vacinados, no ponto, está sendo preservada por ser limitada a 5 números a indicação do CPF.

O i. Relator entendeu ausente vício de inconstitucionalidade e propôs o desacolhimento da ação.

Diante dessas peculiaridades, acompanho o I. Relator, inclusive quanto à solução adotada no ARg nº 2.074.874-87.2021.8.26.0000/50000.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo improcedente a demanda, com observações. Rejeito o agravo regimental.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2157024-62.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente AIPESP – ASSOCIAÇÃO DOS INVESTIGADORES DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são requeridos GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U. O ADV. DR. EVANDRO FABIANI CAPANO, AO SER CHAMADO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL, NÃO ATENDEU AO PREGÃO. A ADV. DRA. LIETE BADARÓ ACCIOLI PICCAZIO DESISTIU DE SUSTENTAR ORALMENTE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), 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, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 27 de outubro de 2021.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSOCIAÇÃO DOS INVESTIGADORES DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (AIPESP) – ILEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' – ENTIDADE ASSOCIATIVA QUE NÃO OSTENTA REPRESENTATIVIDADE SOBRE A INTEGRALIDADE DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS POLICIAIS CIVIS DO ESTADO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA RECONHECER SUA LEGITIMAÇÃO ESPECIAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 90, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, NA LINHA DE PRECEDENTES DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA DO C. ÓRGÃO ESPECIAL – EXTINÇÃO ORDENADA.

VOTO

Trata-se de contencioso de inconstitucionalidade instaurado entidade representativa de categoria profissional de servidores públicos do Estado, objetivando sindicância dos seguintes dispositivos normativos: a) artigo 9º, § 2º, da Lei Complementar 1.012, de 5 de julho de 2007, com redação dada pelo artigo 31 da Lei Complementar Estadual 1.354, de 6 de março de 2020; b) Decreto do Estado de São Paulo 65.021, de 19 de junho de 2020, por arrastamento; e c) artigo 126, § 21, da Constituição do Estado de São Paulo, com a redação fornecida pelo artigo 1º da Emenda Constitucional 49, de 6 de março de 2020.

Delineada ***causa petendi*** repousa, preponderantemente, em alegada inconstitucionalidade na ampliação do desconto previdenciário sobre os proventos de aposentados e pensionistas representados pela promovente, a abalar adágio do direito adquirido, ostentar efeito confiscatório e não possuir estudo atuarial que fundamente a medida, malferindo preceitos elementares de índole constitucional (artigos 5º, XXXVI, 40, 150, incisos II e IV, bem como 201 da CR). Reclamou a concessão de medida cautelar para imediata suspensão da eficácia dos atos normativos impugnados.

O pedido liminar restou indeferido pelo ***decisum*** de fls. 163/166.

A Douta Procuradora-Geral do Estado ofereceu manifestação a fls. 182/225, ratificadas pelas informações prestadas pelo Governador do Estado de São Paulo a fls. 340/341, pela improcedência do pedido.

A fls. 373/377 indeferiu-se pleito de intervenção da Fazenda do Estado de São Paulo na condição de ***amicus curiae***.

Acesso ao Sumário

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo prestou informações (fls. 385/419). Em preliminar, apontou a ilegitimidade ativa ***ad causam*** da associação requerente e suscitou a necessidade de sobrestamento da ação em razão da existência de ações diretas de inconstitucionalidade com objetos análogos, em trâmite no STF (ADI 6361 e 6367). No mais, sustentou a constitucionalidade dos atos normativos impugnados, com base na mesma fundamentação lançada pela Procuradora-Geral do Estado e pelo Governador do Estado.

Por fim, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado a fls. 580/595, opinou pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa e, se superado o óbice, pela suspensão do processo a fim de se aguardar a decisão do C. Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.361 e 6.367.

É o Relatório do essencial.

A hipótese, todavia, é de imediata extinção processual.

A legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual vem prevista no rol ***numerus clausus*** delineado pelo artigo 90 da Constituição Bandeirante, destacada no inciso V a pertinência subjetiva das entidades sindicais ou de classe:

> *"Artigo 90 – São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:*
>
> *(...)*
>
> *V – as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso."*

Cediço não ostentarem tais entidades a prerrogativa de legitimação universal, mas sim especial, devendo se amoldar à existência de certos requisitos, como a pertinência temática em relação à sindicância constitucional a ser dirimida, bem ainda o amplo grau de representatividade da categoria. A propósito:

> *"1. A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, reforçando a jurisdição constitucional por meio da democratização das suas vias de acesso. No caso de entidades de classe de âmbito nacional, a legitimidade deve observar três condicionantes procedimentais: a) homogeneidade entre os membros integrantes da entidade (ADI 108-QI, Rel. Min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002); b)* ***representatividade da categoria em sua totalidade*** *e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996; e c) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma*

Acesso ao Sumário

objeto da impugnação (ADI 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003)"

(STF, ADI 5.419-AgR-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 22-03-2019, m.v., DJe 03-04-2019) – destacado.

Por esse mesmo motivo, a jurisprudência da C. Suprema Corte converge na vedação da instauração do controle constitucionalidade em processo objetivo por entidade associativa que represente apenas parte de determinada categoria profissional. Confira-se:

"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 18.573/2015 DO ESTADO DO PARANÁ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO DOS FABRICANTES DE REFRIGERANTES DO BRASIL – AFREBRAS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA. REPRESENTAÇÃO DE PARTE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais em ações de controle concentrado, a existência de correlação direta entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação. 2. No caso, não há pertinência temática entre a norma que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza no Paraná, e os objetivos institucionais perseguidos pela Requerente (AFREBRAS), voltados, genericamente, à proteção dos interesses do setor de refrigerantes nacional. O liame mediato, indireto, não satisfaz o requisito da pertinência temática. Precedentes: ADI 5.023-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Pleno, DJe 6/11/2014; ADI 4.722, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 14/2/2017. 3. Também não poderá a Agravante questionar a fonte de financiamento do referido Fundo por percentual de ICMS aplicável não apenas para o setor de refrigerantes, mas para contribuintes de outros produtos, alguns deles inclusive do segmento de bebidas, o qual não é integralmente representado pela Agravante. É jurisprudência consolidada desta CORTE o não reconhecimento da legitimidade ativa à associação que representa somente uma fração de categoria profissional (ADI 5.448, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, ***DJe de 1/3/2017; ADI 5320, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 7/12/2015; ADI 4.600, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno, DJe de 26/3/2015; ADI 4.358 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 8/9/2014; ADPF 254 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 18/5/2016).*** *4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, a que se nega provimento."*

(STF – ADI 5589 ED, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 23-04-2018 PUBLIC 24-04-2018) – destacado.

"AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 13.869/2019. CRIMES DE ABUSO DE AUTO-

Acesso ao Sumário

RIDADE. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DE TRIBUTOS DOS MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL (ANAFISCO). ILEGITIMIDADE ATIVA. REPRESENTAÇÃO DE PARTE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. ***A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, que a entidade represente toda a respectiva categoria, e não apenas fração dela.*** *2. Sob esse enfoque, a Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal – ANAFISCO carece de legitimidade para a propositura da presente ação direta, na medida em que constitui entidade representativa de apenas parte de categoria profissional, já que não abrange os auditores fiscais federais e estaduais. 3. Agravo Regimental conhecido e desprovido."*

(STF – ADI 6234 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 11-05-2020 PUBLIC 12-05-2020) – destacado.

In casu, como bem pontuado nas informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado e referendado no parecer ofertado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, os investigadores de polícia representam apenas parte da categoria profissional dos servidores públicos da Polícia Civil do Estado de São Paulo, à vista do que dispõe o artigo 12 da Lei Complementar Estadual nº 207, de 05 de janeiro de 1979 (fls. 420/449) e dos documentos estatutários reproduzidos a fls. 450/494, sendo certo que aludida classe de servidores é composta, também, por outros cargos (***v.g.*** delegado de polícia, escrivão de polícia, perito criminal etc.).

Nesse contexto, afere-se que a ASSOCIAÇÃO DOS INVESTIGADORES DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – AIPESP carece de legitimidade ativa ***ad causam*** para instauração do controle de constitucionalidade pretendido, notadamente porquanto os atos normativos impugnados têm o potencial de atingir, indistintamente, a integralidade da categoria profissional dos policiais civis do Estado, e não apenas seus investigadores de polícia.

Acesso ao Sumário

Em abono a esse entendimento, o C. Órgão Especial já se posicionou nos seguintes precedentes, um deles, inclusive, envolvendo a própria ASSOCIAÇÃO DOS INVESTIGADORES DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – AIPESP:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM Autora que não representa a totalidade da categoria atingida pela norma impugnada – Jurisprudência específica deste c. Órgão Especial. Ao representar apenas fração das categorias profissionais afetadas pela norma questionada, carece a autora o ângulo subjetivo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido de que não detém legitimidade ativa ad causam para o controle concen-

trado de constitucionalidade a associação (ou sindicato) que represente apenas parcela da categoria profissional sobre a qual repercute o ato normativo impugnado. Neste sentido, recente julgado deste Colendo Órgão Especial: 'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA PELO SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO (APEOESP) – ENTIDADE QUE CONGREGA MERA FRAÇÃO OU PARCELA DA CATEGORIA ATINGIDA PELA LEI QUESTIONADA – DIPLOMA NORMATIVO CUJA REPERCUSSÃO NÃO SE RESTRINGE À ESFERA JURÍDICA DOS ASSOCIADOS DA REQUERENTE – *ILEGITIMIDADE AD CAUSAM ATIVA – RECONHECIMENTO – PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC'. 'Sindicato que congrega mera fração ou parcela de categoria profissional não ostenta legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade que atinge o interesse de outras classes não representadas pela entidade requerente'. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2164077-94.2020.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 05/08/2020; Data de Registro: 10/08/2020) Feito extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil."*

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2053396-57.2020.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/03/2021; Data de Registro: 26/03/2021)

"'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR OMISSÃO, AJUIZADA PELA ASSOCIAÇÃO DOS INVESTIGADORES DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (AIPESP) – ENTIDADE QUE CONGREGA MERA FRAÇÃO OU PARCELA DA CATEGORIA PROFISSIONAL DE POLICIAIS CIVIS – SUPOSTA MORA LEGISLATIVA RELACIONADA A DIREITO CUJA REPERCUSSÃO NÃO SE RESTRINGE À ESFERA JURÍDICA DOS ASSOCIADOS DA REQUERENTE – ILEGITIMIDADE AD CAUSAM ATIVA – RECONHECIMENTO – PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC'. 'Associação que congrega mera fração ou parcela de categoria profissional não ostenta legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade relacionada à suposta mora legislativa de interesse de outras carreiras policiais'."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2177057-10.2019.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/12/2019; Data de Registro: 16/12/2019)

Ante o exposto, julgo extinta a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2112146-18.2021.8.26.0000, 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 PROCEDENTE EM PARTE, NA PARTE CONHECIDA. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. CAMPOS MELLO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.208)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FRANCISCO CASCONI, 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, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 27 de outubro de 2021.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE

Incompatibilidade entre a norma impugnada e dispositivos da Lei Orgânica Municipal e Lei Federal nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Inadmissibilidade. Aplicação dos artigos 125, § 2º, da CF, e 74, VI, da CE. Precedentes.

Não conheço da ação quanto aos parâmetros apontados – LOM e LGPD.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei Municipal nº 2.372, de 29.04.21, do Município de Santa Cruz das Palmeiras, dispondo sobre a publicação da lista dos vacinados contra a Covid-19.

Vício de iniciativa. Inocorrência. Iniciativa legislativa comum. Recente orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Acesso ao Sumário

Violação à intimidade. Inobstante recente decisão deste Eg. Órgão Especial em caso idêntico, afastando, por apertada maioria, alegação de ofensa à intimidade dos munícipes, mantenho entendimento de ocorrência de afronta ao art. 5º, X da CF. Presença de vício quanto à expressão "contendo o nome completo e número do RG da pessoa vacinada", do art. 2º, da Lei Municipal nº 2.372/21.

Organização administrativa. Cabe ao Executivo a gestão administrativa. Desrespeito aos princípios constitucionais da 'reserva de administração' e da separação dos poderes. Previsão de atualização semanal (art. 3º) e critérios de grupos prioritários (art. 4º) invadem inequivocamente, seara privativa do Executivo. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, inciso XIV, e 144 da Constituição Estadual).

Ação procedente, em parte, na parte conhecida.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Santa Cruz das Palmeiras tendo por objeto a **Lei nº 2.372**, de **29.04.21** (fl. 17), do Município de Santa Cruz das Palmeiras, que determina a publicação da lista de vacinação contra a COVID-19.

Sustentou, em resumo, violação à Lei Federal nº 13.709/18, Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais. Lista dos vacinados deve ser sigilosa, exigindo a anuência do munícipe. Haverá exposição de existência de comorbidades em munícipes, atual fase de vacinação. Ministério da Saúde tem controle sobre os vacinados com acesso restrito. Em emenda à inicial, indicou vício de iniciativa. Violação aos arts. 24, 47 e 144, da Constituição Estadual de São Paulo. Invasão ao princípio da Separação dos Poderes. Daí a liminar e reconhecimento da inconstitucionalidade (fls. 01/14 e emenda à inicial – fls. 54/75).

Determinou-se a indicação do dispositivo constitucional violado (fl. 51), emendou-se a inicial (fls. 54/75). Deferida a liminar (fl. 77). Vieram informações (fls. 83/95). A d. Procuradora-Geral do Estado não se manifestou (fl. 122). Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência (fls. 125/137).

É o relatório.

2. Procedente a ação, em parte, na parte conhecida.

a) Quanto aos parâmetros de inconstitucionalidade.

Descabido conhecer da pretensão no tocante ao controle da norma em face da **Lei Orgânica Municipal** e da Lei Federal nº 13.709/18 – Lei Geral de

Acesso ao Sumário

Proteção de Dados.

O **controle de constitucionalidade** opera-se **apenas** e **tão somente** em relação à **Constituição do Estado**. Esta **o único e exclusivo parâmetro de controle** *("... paradigma constitucional sob o qual se realiza o controle"* – **DALTON SANTOS MORAIS** – "Controle de Constitucionalidade" – Ed. Podivm – 2010 – p. 57) de validamente considerado para o exame da constitucionalidade.

Leitura diversa implicaria em violação ao **art. 125, § 2º, da Constituição Federal** e aos **arts. 74, inciso VI e 90 da Constituição Estadual**.

Eventual afronta à LOM ou à LGPD **não** configura inconstitucionalidade, mas mera **ilegalidade**.

Firme o entendimento, quanto ao ponto, deste **C. Órgão Especial**: ADIn nº 2.227.174-05.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 04.06.20 – Rel. Des. **ELCIO TRUJILLO**; ADIn nº 2.222.120-58.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 17.06.20 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**; ADIn nº 2.287.944-61.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 24.06.20 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**, dentre inúmeros outros.

Tão somente à luz da **Constituição do Estado** comporta exame a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Não conheço do pedido quanto aos demais parâmetros apontados – Lei Orgânica Municipal e LGPD.

b) Quanto ao mérito.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Santa Cruz das Palmeiras tendo por objeto a **Lei nº 2.372**, de **29.04.21** (fl. 17), do Município de Santa Cruz das Palmeiras, que determina a publicação da lista de vacinação contra a COVID-19.

Assim dispõe a lei impugnada:

*"**Art. 1º** – Torna pública a lista de vacinação contra Covid-19 no município de Santa Cruz das Palmeiras"*

*"**Art. 2º** – A lista deverá ser disponibilizada no Portal da Prefeitura Municipal, contendo o nome completo e número do RG da pessoa vacinada"*

*"**Art. 3º** – A atualização deverá obedecer uma atualização semanal."*

"Parágrafo único. O número de pessoas vacinadas deverá obrigatoriamente ser compatível com as doses enviadas para o município.

*"**Art. 4º** – Os critérios e prioridades de vacinação devem ser estabelecidos de acordo com os grupos prioritários."*

*"**Art. 5º** – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."* (fl. 17).

Alegou o autor, em síntese, ofensa à privacidade, afronta ao princípio da

Acesso ao Sumário

separação dos poderes e vício de iniciativa, em razão da indevida ingerência nas atribuições do Poder Executivo.

b.1) Vício de iniciativa.

Não se constata essa falha quanto à questionada **Lei Municipal nº 2.372/21**, como aliás, já decidi em situação semelhante, no julgamento da ADIn nº 2.203.546-50.2020.8.26.0000 – p.m. de v. de 28.04.21 – de que fui Relator designado referido pelo i. Relator.

Norma cuida, em princípio, da publicação, no Portal da Prefeitura, das listas dos vacinados contra a Covid-19.

Não se encontra no rol de matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, aquelas que envolvem **(a) servidores públicos**; **(b) estrutura administrativa**; **(c) leis orçamentárias**; **geração de despesas**; e, **(d) leis tributárias benéficas** **(GIOVANI DA SILVA CORRALO** – "O Poder Legislativo Municipal" – Ed. Malheiros – 2008 – p. 82/87).

Dispõe a **Constituição Bandeirante**, ao tratar de **iniciativa privativa** do **Governador do Estado**, em seu art. 24, § 2º:

"§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:"

"1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;"

"2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;"

"3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;"

"4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;"

"5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;"

"6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."

Observe-se, ademais, recente orientação do **Colendo Supremo Tribunal Federal** no julgamento da **Repercussão Geral** (**Tema nº 917**) atrelada ao **RE nº 878.911**:

*"**Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual**. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Com-*

Acesso ao Sumário

*petência privativa do Poder Executivo municipal. **Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos**. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. **Recurso extraordinário provido**." "Decisão: O Tribunal, **por unanimidade**, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber."* (RE nº 878.911, Tema nº 917 – v.u. j. de 30.09.16 – DJ-e de 11.10.16 – Relator Ministro **GILMAR MENDES**).

Em suma, a matéria disciplinada pela lei local – publicação, no Portal da Prefeitura, da lista de vacinados contra a Covid-19 –, **não** se encontra no restrito rol de matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, a denotar a **inexistência** de **vício formal** no processo legislativo.

Ausente laivo de inconstitucionalidade nesse sentido.

b.2) Violação à intimidade.

No que tange à divulgação do nome completo e número de documento de identidade do vacinado, de acordo com o art. 2º, da Lei Municipal nº 2.372/21, **entendo** configurar violação do direito à privacidade (art. 5º, X da CF) dos munícipes.

Não se ignora recente manifestação deste **Eg. Órgão Especial** em caso idêntico, julgada improcedente, em apertada maioria:

*"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º, I da lei municipal nº 3.381, de 23.2.2021, que dispõe sobre a **identificação diária dos vacinados contra o Covid-19 no sítio eletrônico da Prefeitura de Nova Odessa**. Improcedência. Dever fundamental da Administração em adotar o quanto necessário para prevenção de doenças. **Ausência de vilipêndio à intimidade ou vida privada dos cidadãos. Transparência. Valor constitucional**. Arts. 37 da CF e 111 da Const. de S. Paulo. Lei que não demanda iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo porque não trata de criação, estruturação e atribuições dos órgãos que lhe são vinculados. Diploma que se limita a prever a divulgação das listagens sem, contudo, interferir na gestão administrativa do Poder Executivo. A não adoção de tais providências comprometeriam o decidido na Suprema Corte, acerca da constitucionalidade acerca da obrigatoriedade não forçada da vacinação. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Ação improcedente."* (grifei – ADIn nº 2.047.923-56.2021.8.26.0000 – p.m.v. j. de 07.07.21 –

Acesso ao Sumário

Des. Rel. **COSTABILE E SOLIMENE**)

Consignado pelo I. Des. **TORRES DE CARVALHO**, em voto divergente:

*"No entanto, **assiste razão ao Prefeito ao dizer que a divulgação do 'nome completo' (art. 2º, I) dos vacinados no site da Prefeitura viola a privacidade e intimidade das pessoas nela constantes.**"*

"A Constituição Federal de 1988, no inciso X do art. 5º, dispõe que 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'. Por sua vez, a LF nº 13.709/18, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, visando à proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º, caput), enumera as estritas hipóteses em que o tratamento de dados pessoais é permitido (art. 7º), dentre elas: (i) quando há o consentimento do titular; e (ii) pela administração pública, para uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas. E, a partir de uma intepretação sistemática, é possível concluir que o tratamento de dados pessoais fora dessas hipóteses, há uma possível violação da privacidade das pessoas."

"Não se trata de utilizar a Lei Geral de Proteção de Dados, norma infraconstitucional, como parâmetro para realização do controle de constitucionalidade, o que não é possível; e sim utilizá-la como parâmetro para aferir se a divulgação do nome completo das pessoas vacinadas em lista a ser publicada no sítio oficial da Prefeitura Municipal de Nova Odessa afronta o direito fundamental à privacidade previsto no inciso X do art. 5º da CF, cuja violação é suficiente, por si só, para o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em conflito."

*"Por fim, **a divulgação da lista de vacinados apenas com uma parte do CPF (art. 2º, II), sem o nome completo, parece ser a melhor solução, uma vez que privilegia a transparência e a publicidade, sem invadir a privacidade das pessoas**"* (ADIn nº 2.047.923-56.2021.8.26.0000 – p.m.v. j. de 07.07.21 – Des. Rel. **COSTABILE E SOLIMENE**)

Há, respeitadas as doutas opiniões em contrário, no ato de publicação de dados pessoais – nome e respectivo documento de identidade – **lesão à privacidade**.

Nos comentários de **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**:

"O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter

Acesso ao Sumário

seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral."

(...)

"Em se tratando de conflito de pretensões à privacidade e à liberdade de informação concorda-se que se analise a qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a notícia constitui assunto de legítimo interesse do público." ("Curso de Direito Constitucional" – 2018 – 13ª edição – Ed. Saraiva – p. 287/291).

E, ainda, **INGO WOLFGANG SARLET**, **LUIZ GUILHERME MARINONI** e **DANIEL MITIDIERO**:

"Em causa, portanto, está o controle por parte do indivíduo sobre as informações que em princípio apenas lhe dizem respeito, por se tratar de informações a respeito de sua vida pessoal, ***de modo que se poderá mesmo dizer que se trata de um direito individual ao anonimato.****"*

(...)

"À vista do exposto, é possível acompanhar a lição de J.J. Canotilho e Vital Moreira, quando sustentam, em passagem aqui transcrita, que 'o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar analisa-se principalmente em dois direitos menores: ***(a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem.*** *(...)'."* (grifei – "Curso de Direito Constitucional – 2016 – 5ª edição – Ed. Revista dos Tribunais – p. 446)

Ora, a divulgação de nome completo e número de identidade, como dispõe o art. 2º, da Lei Municipal nº 2.372/21, **ofende** o direito à privacidade (art. 5º, X da CF) dos interessados, considerando que essa exposição, à luz do disposto na norma, prescinde de autorização.

Vale destacar que a norma, inclusive, poderá desestimular a vacinação em plena situação de crise sanitária, por questões íntimas, políticas ou mesmo receio de utilização indevida de dados por terceiros.

Acesso ao Sumário

Daí o vício quanto à expressão *"contendo o nome completo e número do RG da pessoa vacinada"* do **art. 2º**, da Lei Municipal nº 2.372/21, do Município de Santa Cruz das Palmeiras.

b.3) Separação dos poderes.

A **Lei Municipal nº 2.372/21**, além do mais, fere a **independência** e **separação dos poderes** ("***Artigo 5º*** *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*"), configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva, a exemplo do ocorrido no julgamento da ADIn nº 2.203.546-50.2020.8.26.0000 – p.m. de v. de

28.04.21 e ADIn nº 2.197.732-57.2020.8.26.0000 – p.m. de v. de 11.08.21 – de que fui Relator designado, ambas tratando de divulgação de listagens, em que constados vícios similares quanto a determinados preceitos.

No âmbito local, observa com a síntese dos doutos, **HELY LOPES MEIRELLES**:

> *"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora* leis*, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta a sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê* in genere*, o Executivo* in specie*: a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí* ***não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo****, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em* ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, **realizações materiais da Administração** e **tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental**." (grifei – "Direito Municipal Brasileiro" – Ed. JusPodivm e Malheiros Editores – 19ª edição – 2021 – XI 1.2. – p. 498).

No caso em questão, a lei objurgada interfere na **organização administrativa**, ao tratar da **forma** (art. 3º – atualização semanal; art. 4º – previsão de vacinação por grupos prioritários) como deverá ser feita a publicação, no Portal da Prefeitura, das listas dos vacinados, tema peculiar à Administração.

Não se volta, repita-se, contra a publicidade, em si, da lista de vacinados, mas, como reiteradamente sustentado, contra a **forma**, o *modus operandi* – atos de gestão e organização – pela qual ela deverá ser efetivada, matéria, inequivocamente, peculiar à esfera de atividade executiva, que, não respeitada, afronta a separação de poderes (primado constitucional não disponível) bem como à reserva da Administração.

Preceitos do questionado diploma legal, inequivocamente, estão, além de estabelecer a publicidade das listas, criando obrigações (atos de gestão e organização) ao Poder Executivo local, o que não se figura constitucional à luz de segura orientação esta Corte.

Norma ao impor a atualização semanal (art. 3º) e vacinação conforme grupos prioritários (art. 4º), fere o princípio da separação dos poderes.

Questões são afetas à competência administrativa inerente ao Poder Executivo, não admitindo intervenção parlamentar.

Não se ignora que a **Suprema Corte** já assentou que os entes federados possuem **competência concorrente** para adotar as providências normativas e

Acesso ao Sumário

administrativas necessárias ao combate da pandemia (ADI 6.341-MCRef/DF – Dje de 13.11.20 – Redator para o acórdão o Ministro **EDSON FACHIN**), de acordo com as respectivas realidades locais.

Contudo, o art. 4º, da Lei nº 2.372/21, ao tratar dos critérios de vacinação, invade atribuição do Poder Executivo, competente para organizar a campanha diante de diversos fatores, como doses de imunizantes recebidas, perfil dos munícipes e orientações do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.

Recente julgado deste **Eg. Órgão Especial**, por maioria de votos, reputou-se **inconstitucional** interferência – exatamente dessa natureza – do Poder Legislativo no âmbito administrativo:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.695, DE 25 DE JUNHO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA, QUE ***DETERMINA A DIVULGAÇÃO DA LISTAGEM DE PACIENTES QUE AGUARDAM CONSULTAS, EXAMES OU CIRURGIAS NA REDE PÚBLICA – NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR – VÍCIO DE CONSTITUCIONALIDADE – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA AFETA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL PARA DISPOR SOBRE PLANEJAMENTO, ORGANIZAÇÃO, DIREÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – AÇÃO PROCEDENTE*** *PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 5.695/2019 DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA."* (grifei – ADIn nº 2.251.036-05.2019.8.26.0000 – p.m.v. j. de 04.06.20 – Rel. Des. **FERRAZ DE ARRUDA**).

Nesse sentido aqui se tem julgado em casos semelhantes:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Matão. Lei Municipal nº 5.110, de 05 de outubro de 2017, dispondo sobre a* ***divulgação das listagens dos pacientes que aguardam por consultas com médicos especialistas, exames de média e alta complexidade, procedimentos fisioterapêuticos e cirurgias na rede pública do município****. 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). Vício configurado. Ação procedente."* (grifei – ADIn nº 2.195.699-31.2019.8.26.0000 – p.m. v. – jul. de 06.05.20 – de que fui Relator Designado e vencidos os I. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS** e **CARLOS BUENO**).

> *"Em verdade, o diploma legal impugnado cria obrigações ao Poder Executivo local, situação apta a ferir princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, pois evidente o chamado vício de ini-*

Acesso ao Sumário

ciativa, por não ser possível dispor sobre ***atos de gestão e organização da Administração por lei de iniciativa parlamentar, sob risco, aqui concreto, de se romper o princípio da separação e harmonia entre os Poderes****."*

(...)

"Não se deslembre, ainda, competir privativamente ao Chefe do Poder Executivo, com auxílio dos Secretários, ***exercer a direção superior da administração, além de ser ato da exclusiva alçada praticar os demais atos de disposição sobre organização e funcionamento da administração*** *(art. 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a' da Constituição Estadual)."* (grifei – ADIn nº 2.165.849-97.2018.8.2017.8.26.0000 – p.m.v. de 29.11.17 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**).

"Extrai-se do texto da norma impugnada que ao Poder Executivo foi determinada a divulgação, por meio eletrônico, bem como nas unidades de saúde do município, das relações de pacientes que aguardam por consultas com especialistas, exames e cirurgias na rede pública de saúde de Santa Bárbara d'Oeste, revelando-se apenas o número do Cartão Nacional de Saúde CNS, para garantir o direito à privacidade dos pacientes."

"Deveras, ***as medidas previstas na lei combatida demandarão novas e cumulativas atribuições a servidores públicos, presumidamente da Secretaria de Saúde, vinculada ao Executivo****. Não resta dúvida,* ***nessas condições, que a norma acarretou encargos e obrigações a órgãos e agentes da Administração, representando nítida invasão na competência do Poder Executivo****, por dispor sobre ato de controle, planejamento e organização de serviço prestado pela Municipalidade na área da saúde, atividade cujo exercício é inerente ao Executivo Municipal, portanto, insere-se no âmbito de seu poder normativo, o qual descabe interferência do Poder Legislativo."*

(...)

"Ademais, evidenciado está no artigo 47, II, XIV, XIX 'a', da Constituição Estadual, ser de competência do Chefe do Executivo dispor sobre planejamento, organização, direção e execução de políticas e de serviços públicos."

"Assim, para a execução dessa lei do município de Santa Bárbara D'Oeste, clara está a interferência na administração dos serviços públicos."

"Ora, como é cediço, a Câmara Municipal não tem a função de criar atribuições para os órgãos públicos ou determinar seu modo de execução, sob pena de se configurar imprópria ingerência na adminis-

Acesso ao Sumário

tração do Município, cuja competência é reservada ao chefe do Poder Executivo."

"Destarte, é certo que a lei combatida padece de evidente inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, e evidencia a invasão, pelo Poder Legislativo, de atribuições cabíveis exclusivamente ao Poder Executivo. É nítida a violação da reserva de administração, corolário da Separação dos Poderes*."*

"A lei impugnada evidentemente cria obrigações à administração pública local, em matéria relacionada à organização e funcionamento de serviço público, cuja competência para regulamentação é de iniciativa privativa do Chefe do Executivo." (grifei – ADIn nº 2.189.274-56.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 06.06.18 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**).

Haveria, em outros termos, ofensa ao **princípio constitucional da 'reserva de administração'**. Ele, segundo o **Pretório Excelso**, *"... impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas* à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo*."* (RE nº 427.574-ED – j. de 13.12.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJE de 13.02.12 e ADI nº 3.343 – j. de 01.09.11 – Plenário – Rel. p/ o Ac. Min. **LUIZ FUX** – DJE de 22.11.11).

Diante do aludido vício de inconstitucionalidade, impõe-se a invalidação da expressão *"contendo o nome completo e número do RG da pessoa vacinada"* do **art. 2º**, e do **art. 3º e 4º**, todos da **Lei Municipal nº 2.372**, de **29.04.21**, do Município de **Santa Cruz das Palmeiras**, por afronta ao **art. 5º**, **X**, da **Constituição Federal**, e **arts. 5º, 47, inciso XIV, 117 e 144 da Constituição Estadual**.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente, em parte, a ação, na parte conhecida.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 79640)

Meu voto acompanha o do eminente Relator sorteado, mas não no concernente ao reconhecimento de ofensa ao art. 5º, X, da Constituição Federal. Entendo não haver maltrato ao dispositivo em questão. A Lei Maior protege a intimidade e a vida privada. Proclama que ambas são invioláveis. Malgrado certa imprecisão técnica, visto que parte da doutrina entende que a intimidade constitui em realidade atributo da vida privada do indivíduo, e, como tal, já abarcada na proteção desta última, o que é certo é que deve ser tutelado o "direito à privacidade", genericamente considerado, *"... de modo a abarcar todas*

as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade" (José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", Ed. Malheiros, 7ª ed., 2010, p. 102).

Porém, a eventual possibilidade de identificação de quem tenha sido vacinado não viola o direito à privacidade do indivíduo incluído em listagem. O ato de aplicação de vacina é público. Quem vai ser vacinado entra em uma fila e é visto por todos que estão no recinto. Seu nome é inserido em uma ficha, a qual é preenchida por um agente público. Não se trata de algo sigiloso e eventual inserção de algum dado pessoal em listagem acessível aos interessados em nada afronta a privacidade do cidadão.

Ao contrário, diante de época de pandemia pela qual estamos passando, foi instituída a vacinação compulsória, embora não forçada, por meio de lei considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 6.586 e 6.587), o que desvenda a realidade de que deve ser proclamado que o interesse público na preservação da saúde da coletividade é o que deve preponderar, máxime quando se ressalta que é também princípio constitucional aquele que consagra a publicidade dos atos administrativos. Os administrados têm o direito de saber o que os administradores estão fazendo (ob. cit., p. 341), principalmente, como já dito, em época excepcional ditada pela pandemia.

Relembre-se que o direito à intimidade, como qualquer outro, não é absoluto. Confira-se a boa doutrina: *"O direito à intimidade pode, em vista das circunstâncias do caso, ceder a um outro direito ou liberdade ou mesmo em face da saúde ou segurança públicas, da punibilidade ou de outro bem coletivo"* (José Adércio Leite Sampaio, comentário ao art. 5º, X, da Constituição Federal, in "Comentários à Constituição do Brasil", obra coletiva, coord. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, Ed. Saraiva e Almedina, 1ª ed. 6ª tiragem, 2014, p. 282).

Então, a conclusão que se impõe é no sentido de que não há violação da intimidade do indivíduo que terá sido vacinado. Mas, mesmo se houvesse algum arranhão a esse princípio, o que se admite por epítrope, ele seria justificado pela prevalência do princípio que privilegia o direito coletivo à saúde, o que implica a adoção de políticas sociais que visem à redução dos riscos de doença (art. 196 da Constituição Federal). A difusão da atividade pública de vacinação deve ser considerada a concretização desse princípio.

No restante, acompanho o voto condutor, pois entendo não haver na espécie vício de iniciativa, mas ofensa aos princípios constitucionais da 'reserva de administração' e da separação dos poderes.

Julgo a ação procedente em parte, embora em menor extensão.

É como voto, sempre tributado o devido respeito ao entendimento divergente.

Acesso ao Sumário

Campos Mello, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2074863-58.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MONTE AZUL PAULISTA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MONTE AZUL PAULISTA.

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 34.157)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, 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, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 27 de outubro de 2021.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS I, II, III, IV, V E VIII E PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI N. 2.276, DE 31 DE MARÇO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE MONTE AZUL PAULISTA. Lei municipal que flexibiliza as regras para o funcionamento de atividades econômicas durante a quarentena para enfrentamento à pandemia de covid-19 no município.

INOBSERVÂNCIA DA COMPETÊNCIA ESTADUAL DAS NORMAS EXISTENTES. Entendimento consolidado no sentido de que as medidas de enfrentamento à pandemia devem ser concertadas em nível estadual, com embasamento técnico-científico. Ausência de omissão estadual na regulamentação da

Acesso ao Sumário

questão e, por consequência, de espaço para atividade legislativa municipal suplementar. Ofensa aos artigos 24, inciso XII, e 30, incisos I e II, da Constituição Federal e 144 da Constituição Estadual.

Inconstitucionalidade configurada. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face dos incisos I, II, III, IV, V e VIII e parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 2.276, de 31 de março de 2021, do Município de Monte Azul Paulista.

Transcreve os dispositivos legais impugnados, que alega ofenderem os artigos 111, 144, 219, parágrafo único, 1, e 222, inciso III, da Constituição Estadual e os artigos 24, inciso XII, 37, caput, 196 e 198 da Constituição Federal. Aponta que os dispositivos legais analisados reconhecem como essenciais diversas atividades que não o foram pela legislação estadual em vigor, ressaltando que o Município de Monte Azul Paulista está atualmente na fase vermelha do Plano São Paulo. Discorre sobre o princípio federativo e sobre a repartição constitucional de competências de proteção à saúde. Discorre sobre as competências constitucionais em matéria de saúde e sobre a rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde, concluindo que falece ao Município interesse local que justifique o tratamento diferenciado dado ao tema. Explica que, com base em critérios técnicos, o Estado de São Paulo, no uso de sua competência constitucionalmente definida, traçou um plano de reabertura econômica em quatro fases, com a retomada gradual de atividades de acordo com a gravidade da condição sanitária de cada região. Argumenta que este Colendo Órgão Especial firmou o entendimento de que os Municípios devem se adequar à regulamentação mais restritiva editada pelo Estado de São Paulo, citando julgados. Conclui que há inconstitucionalidade orgânica da lei municipal, que deixou de atender as diretrizes trazidas pela legislação estadual ao admitir o atendimento presencial em atividades como academias e salões de beleza. Acrescenta que há violação ao princípio da motivação, pois a legislação estadual não aponta os critérios técnicos e científicos que a embasam. Transcreve a decisão do E. Supremo Tribunal Federal que apreciou pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória n. 966/20. Analisa os direitos à vida e à saúde e os princípios da prevenção e da precaução. Destaca que nada recomenda que as medidas de contenção da propagação do vírus sejam flexibilizadas da maneira como efetivada, ao menos neste momento, sem uma atuação integrada e coordenada no âmbito estadual. Invoca, ainda, o princípio da razoabilidade, dizendo

Acesso ao Sumário

que, no cenário atual, não é razoável que a legislação municipal contrarie a estratégia adotada em nível estadual com embasamento científico. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/46).

A liminar foi concedida (fls. 57/59).

Foram prestadas informações (fls. 64/67 e 75/83).

A Procuradoria Geral do Estado e a Procuradoria Geral de Justiça manifestaram-se pela procedência da ação (fls.90/105 e 108/125).

É o relatório.

Pretende o Procurador Geral do Estado de São Paulo obter a procedência do pedido "para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III, IV, V e VIII e parágrafo único do art. 1º da Lei nº 2.276, de 31 de março de 2021, do Município de Monte Azul Paulista" (fls. 45).

A ação é procedente.

A Lei n. 2.276, de 31 de março de 2021, do Município de Monte Azul Paulista, que "dispõe reconhece como essenciais para a população de Monte Azul Paulista – SP, as atividades desenvolvidas por academias, comércio varejista, bares e restaurantes, salões de beleza, escolas, feiras livres, praças de alimentação e templos religiosos e dá outras providências", assim prevê, no que interessa:

> ***Art. 1º – Ficam reconhecidas como essenciais para a população as seguintes atividades realizadas no âmbito do Município de Monte Azul Paulista – SP:***
>
> ***I – Academias;***
>
> ***II – Comércio Varejista;***
>
> ***III – Bares e Restaurantes;***
>
> ***IV – Salões de Beleza;***
>
> ***V – Praças de Alimentação;***
>
> *VI – Escolas;*
>
> *VII – Feiras livres;*
>
> ***VIII – Templos Religiosos.***
>
> ***Parágrafo Único – Os locais públicos e estabelecimentos públicos que se enquadram ao disposto nesta Lei deverão seguir normas sanitárias e protocolos de saúde vigentes.***

O autor da ação invocou os seguintes dispositivos constitucionais, aplicáveis à Municipalidade por força do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual[1]:

Acesso ao Sumário

1 **Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Constituição Estadual

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Artigo 219 – A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único – Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

1 – políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos;

[...]

Artigo 222 – 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:

[...]

III – integração das ações e serviços com base na regionalização e hierarquização do atendimento individual e coletivo, adequado às diversas realidades epidemiológicas;

[...]

Constituição Federal

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

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:

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

Acesso ao Sumário

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º;

I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União;

IV – (revogado)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. *169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias*

Acesso ao Sumário

poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Verifica-se mesmo a inconstitucionalidade da lei impugnada.

Os dispositivos impugnados flexibilizam as medidas adotadas pelo Estado de São Paulo para o manejo da atual pandemia de Covid-19, considerando essenciais excluindo das limitações ao funcionamento atividades que não o foram pela legislação estadual.

Como é cediço, em 28 de maio de 2020, editou-se o Decreto Estadual n. 64.994, de 28 de maio de 2020, que instituiu o Plano São Paulo. Esse plano volta-se à reabertura da atividade econômica, com o retorno de algumas atividades presenciais, desde que observados critérios técnicos para a verificação do risco em cada região do Estado e para a redução dos fatores de contágio.

O decreto estadual classifica as regiões do Estado de acordo com critérios que refletem o risco à saúde à população local, tais como número de infectados e número de leitos hospitalares destinados ao tratamento da Covid-19. Alteradas essas condições, os Municípios inseridos nessas regiões podem alterar sua classificação – que varia entre as fases vermelha e verde –, com impactos na permissão ou proibição à reabertura das atividades econômicas.

Por essa razão, em alguns Municípios do Estado, que apresentam melhor situação no controle da pandemia, lojas e serviços podem permanecer abertos, enquanto, em outros, o alto risco de contágio e o maior número de vítimas graves ou fatais da doença recomendam a adoção de medidas mais restritivas.

Os dispositivos ora analisados permitem a reabertura, independentemente da fase em que se classificar o Município de Monte Azul Paulista, de diversas atividades econômicas, quais sejam: academias, comércio Varejista, bares e restaurantes, salões de beleza, praças de alimentação e templos religiosos.

O decreto municipal, ao disciplinar a matéria, estipulando para a reabertura dessas atividades, inclusive, condições diversas daquelas previstas no decreto estadual, deixa de observar as medidas impostas pelo Governo do Estado, invadindo, assim, competência material estadual.

De fato, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (artigos 198 da Constituição Federal e artigo 222 da Constituição Estadual) que se rege por diversos princípios, dentre os quais o da descentralização, com direção única em cada esfera de governo (inciso I do artigo 198 da Constituição Federal).

A própria Lei do SUS (Lei 8.080/90), ao definir as competências materiais de cada ente federativo, atribui aos Estados a atividade de "coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços: a) de vigilância epidemiológica" (artigo 17, inciso IV, a) e aos Municípios a de "executar serviços: a) de vigilância epidemiológica" (artigo 18, inciso IV, a). Essa atribuição, dentre

outras também previstas na lei, indicam a estratégia adotada no desenho institucional do SUS, no qual cabe aos Estados, em regra, definir e coordenar ações e aos Municípios executá-las.

Assim, atendidas as diretrizes constitucionais e legais que regem o Sistema Único de Saúde e considerada a gravidade da atual pandemia, cabe mesmo ao Estado atuar para coordenar as medidas a serem tomadas regionalmente, a fim de tentar minorar, inclusive, a propagação do vírus, devendo os Municípios executar as ações definidas pelo ente estadual.

Ademais, o Exmo. Presidente deste E. Tribunal, ao deferir o pedido de suspensão dos efeitos de medidas liminares (Autos n. 2054679-18.2020.8.26.0000) proferidas em autos de ações civis públicas ajuizadas nas Comarcas de Caraguatatuba, Itanhaém e Ubatuba que determinaram o bloqueio de trechos de rodovias a fim de evitar a aglomeração de pessoas nos municípios de Ubatuba, São Sebastião, Ilhabela, Bertioga, Caraguatatuba, Itanhaém, Peruíbe e Pedro de Toledo durante o período de quarentena imposta pela legislação estadual, firmou o entendimento de que as ações implementadas pelo Poder Executivo para enfrentamento da atual pandemia de Covid-19 dependem de amplo trabalho de coordenação, baseado em critérios técnicos, e que cabe ao **Estado-membro** realizar.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "a legislação federal e estadual sobre a matéria expressamente autoriza os Municípios a legislarem sobre o tema, vale dizer, estabelecer medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus visando dar maior proteção à saúde, inclusive ampliando restrições, não admitindo, entretanto, que estas sejam desarrazoadas, como ocorreu na hipótese" (fls. 115/116).

O abrandamento de medidas de distanciamento social, como determinado pela norma municipal aqui examinada, em descompasso com as orientações da comunidade científica e com a regulamentação estadual, coloca em risco os direitos fundamentais de proteção à vida e à saúde, além de não atender aos princípios da prevenção e precaução.

Acesso ao Sumário

Aliás, eventual alteração do decreto municipal que mantenha a discrepância com a normativa estadual não acarreta a perda do objeto da presente ação, pois deve ser reconhecida, no caso, a usurpação de competência material da esfera estadual.

Ante o exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III, IV, V e VIII e parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 2.276, de 31 de março de 2021, do Município de Monte Azul Paulista.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2018259-77.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAUÁ.

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 33.426)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 5º a 7º da Lei municipal nº 5.295/2017, com a redação dada pela Lei nº 5.346/2018, do Município de Mauá, que dispõe sobre a "Taxa de Coleta, Remoção, Transporte, Destinação e Disposição ambientalmente adequada de Resíduos Sólidos TCRDS" – Não há inconstitucionalidade na cobrança de taxa de coleta de lixo domiciliar, desde que nos moldes estabelecidos pela jurisprudência do STF na Súmula Vinculante 19 ("a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal"), e na Súmula Vinculante 29 ("é constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja in-

Acesso ao Sumário

tegral identidade entre uma base e outra") – Embora constitucional a possibilidade de cobrança da taxa em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, bem como a possibilidade de adoção de um ou mais elementos na composição da sua base de cálculo, certo é que essa (base de cálculo) deve estar relacionada com o custo da atividade estatal e não pode ter elemento estranho ao custo dos serviços relacionados – Hipótese em que a taxa do Município de Mauá está atrelada ao consumo dos serviços de água e esgoto, elemento estranho ao custo dos serviços relacionados à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos, violando o disposto ao art. 160, II, da CE – Ademais, o valor da taxa, baseado no potencial volume de geração de resíduos sólidos urbanos, não tem relação com o custo do serviço prestado ao contribuinte (custo da atividade estatal), violando o princípio da isonomia tributária (art. 163, II, da CE) Parcial procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do artigo 5º e dos artigos 6º e 7º, da Lei nº 5.295/2017, do Município de Mauá.

Ação julgada parcialmente procedente.

VOTO

O libelo inaugural veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade dos *"artigos 5º a 7º da Lei municipal nº 5.295, de 21 de dezembro de 2017, com a redação dada pela Lei nº 5.346, de 04 de julho de 2018, editada pelo Município de Mauá, que dispõe sobre a Taxa de Coleta, Remoção, Transporte, Destinação e Disposição ambientalmente adequada de Resíduos Sólidos – TCRDS"*.

Afirma o proponente: **a)** a jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que (i) é legítima a cobrança da taxa destinada a custear os serviços públicos de coleta, remoção, tratamento e destinação de lixo e outros resíduos sólidos, além de ter reconhecido (ii) a constitucionalidade da adoção, para mensuração da base de cálculo da taxa, e um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto (como, por exemplo, a área do imóvel), desde que não haja identidade entre ambas; **b)** em razão da possibilidade dessa cobrança, por meio da lei municipal 5.295/17, o Município de Mauá instituiu a chamada taxa de coleta, remoção, transporte, destinação e disposição ambientalmente adequada de resíduos sólidos (TCRDS); **c)** a base de cálculo dessa taxa

Acesso ao Sumário

é tratada pelos seus arts. 5º a 7º; essa base, entretanto, não foi dimensionada em função do custo dos serviços relacionados à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos, sendo influenciada por fatores que lhe são estranhos, como a distribuição de água e coleta de esgoto, razão pela qual imprescindível o reconhecimento de sua inconstitucionalidade à preservação da supremacia da CE; **d)** a CF estabelece que a União, os Estados, o DF e os Municípios podem criar taxas pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis (art. 145, II, § 2º), disposição replicada pela CE (art. 160, II, § 2º), ficando claro que a base de cálculo da taxa, apesar da disposição aparentemente correta do art. 5º, não foi dimensionada em função do custo dos serviços relacionados, mas é decisivamente influenciada por fatores que lhe são estranhos, como a distribuição de água e coleta de esgoto; **e)** a dissociação da base de cálculo e do custo dos serviços, em consequência da consideração de "elementos referenciais" que lhe são estranhos (economia e consumo de água), parece evidenciar irregularidade na sua cobrança; **f)** além das normas da CF e CE, o CTN, diploma normativo com "*status*" de lei complementar tributária, disciplinou o tema (arts. 77 e 79); **g)** a menção a serviços públicos "específicos e divisíveis", "prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição", demonstra o caráter retributivo e contraprestacional dessa espécie tributária, parâmetros que exigem correspondência, senão exata, ao menos aproximada, proporcional, coerente, plausível, entre o valor dos serviços prestados pela Municipalidade tributante e o "*quantum*" cobrado dos respectivos contribuintes; **h)** a propósito, o julgamento do STF (Questão de Ordem em MC na ADI 2.551-MG); **i)** a "razoável equivalência entre o valor da taxa e o custo do serviço" pode ser aferida por métodos plausíveis, indicativos, proporcionais, razoáveis, conforme registrou o STF no julgamento do RE 23293; **j)** o que não parece razoável, ante tais parâmetros teóricos, é que o valor da chamada "taxa de lixo", devida em função da coleta, remoção, transporte e destinação de resíduos sólidos, seja mensurado mediante critérios que dizem respeito ao consumo e à economia de água, elementos que, embora qualificados pelo legislador como "referenciais", rigorosamente não têm qualquer vínculo com o serviço subjacente ao tributo em apreço; **k)** a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados já foi reconhecida pela 14ª Câmara de Direito Público do TJSP; **l)** à luz dos fatos considerados e dos requisitos constitucionais e legais que devem ser observados para a regular cobrança das taxas, é inconstitucional a base de cálculo referida, por incorporar elementos completamente estranhos aos serviços que justificam a cobrança do tributo.

Requer a concessão de *"medida cautelar para suspender a execução da lei impugnada"*. Ressalta que *"a plausibilidade do quanto alegado ... permite afirmar que se está diante de uma* ***inconstitucionalidade*** *manifesta, eis que a afronta aos dispositivos constitucionais estaduais indicados é de tal maneira*

Acesso ao Sumário

clara que pode ser reconhecida de plano". Acrescenta que *"a subsistência no ordenamento jurídico da norma atacada, mesmo que apenas pelo tempo indispensável ao julgamento da presente demanda, tem o potencial de provocar* ***danos de difícil reparação****, já que acarretará um prejuízo ao Erário e aos contribuintes do Município de Mauá, que em 2021 terão a redução do subsídio previsto no artigo 5º, § 2º, da Lei n. 5.295, de 21 de dezembro de 2017"*.

Indeferi o pedido de liminar (fls. 36/40).

A douta Procuradoria Geral do Estado manifestou-se (fls. 47/53). Afirma: **a)** as normas impugnadas, veiculadas pelos arts. 5º a 7º da Lei 5.295/2017, do Município de Mauá, definem a base de cálculo da TCRDS; **b)** como bem demonstrado na petição inicial, a base de cálculo da taxa em questão não foi dimensionada em função do custo dos serviços relacionados à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos, sendo influenciada por fatores que lhe são completamente estranhos, como a distribuição de água e coleta de esgoto; **c)** os incisos do art. 6º dispõem que o valor a ser cobrado dos usuários deverá *"observar" a "quantidade de economias objeto de cobrança dos serviços de distribuição de água e coleta de esgotos" e as "categorias de uso das economias por faixa de consumo"*, a evidenciar que a base imponível será influenciada pelas *"economias relacionadas à distribuição de água e coleta de esgoto"* e pelo *"consumo"* de água dos usuários; **d)** depois, o art. 7º define, em concreto, como será efetivamente calculado o valor da taxa devida por cada usuário, mediante fórmula que explicitamente contempla os ditos elementos referenciais, evidenciando, dessa forma, a dissociação entre base de cálculo e custo do serviço; **e)** portanto, os artigos transcritos padecem de inconstitucionalidade material por incompatibilidade com o art. 160 da CE, adotado por simetria ao art. 145 da CF; **f)** nesse sentido, o STF (Questão de Ordem em Medida Cautelar na ADI 2.551-MG, Rel. Min. Celso de Mello) fixou o entendimento pela necessária relação de razoável equivalência entre o valor da taxa e o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte; **g)** portanto, ao eleger critérios estranhos à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos para definição da base de cálculo da taxa em questão, desvirtuando-se assim do caráter sinalagmático dessa espécie tributária, os dispositivos impugnados desrespeitam flagrantemente o art. 160 da CE, adotado por simetria ao art. 145 da CF; **h)** demonstrada a incompatibilidade dos arts. 5º a 7º da Lei 5.295/2017, do Município de Mauá, com a CE, conclui-se pela inviabilidade da sua defesa.

Acesso ao Sumário

O Prefeito do Município de Mauá prestou informações (fls. 56/63). Afirma: **a)** o assunto tratado nesta ADI causou certa polêmica tempos atrás, pois havia dúvidas sobre a constitucionalidade da nova modalidade de taxa instituída; **b)** em um primeiro momento, o STF reconheceu a constitucionalidade do tributo e, em razão da importância do tema, editou a Súmula Vinculante 19 ("*a taxa cobrada exclusivamente em razão os serviços públicos de coleta, re-*

moção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, III, da Constituição Federal"); **c)** na sequência, dada a importância do tema, a Súmula 29, que repete a terceira tese instituída na Súmula 19 ("é constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra"; **d)** analisando o teor desta ação, em contraste com as referidas Súmulas e demais normas constitucionais tributárias, verifica-se a adequação dos artigos impugnados ao texto constitucional; **e)** há nos textos atacados exposição clara e minuciosa da individualização e da progressividade da cobrança da TCRDRS, de acordo com a capacidade contributiva de cada munícipe; **f)** dentre outros elementos que compõem a base de cálculo há o real custo da prestação dos serviços, previsto, especificamente no art. 5º, sendo, portanto, dimensionada de acordo com o custo do serviço de coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos; **g)** a escolha do legislador por um critério referencial de consumo e economia de água, em nada afronta a Constituição, embora se reconheça a dificuldade de intelecção e compreensão da fórmula de cobrança da base de cálculo, que adota outros critérios e variantes; **h)** ao considerarmos o teor da Súmula Vinculante 29 que reconheceu a constitucionalidade da utilização das características próprias do imóvel, como base de cálculo do IPTU, o mesmo deve ser reconhecido em relação à base de cálculo do TCRDRS, que elegeu como critério do cálculo os dispêndios suportados pelo Município nos 12 meses anteriores ao exercício do lançamento do tributo; **i)** e mais, a escolha de referencial de consumo de água e serviço de esgotamento teve por fim atender ao princípio da capacidade contributiva do munícipe, elegendo um critério que mais se aproximasse da produção e descarte de resíduos efetivos; **j)** conforme reconhecido pelo STF, não há como exigir do legislador a perfeita consonância entre o valor cobrado do munícipe e o valor gasto pelo Município em razão de diverso fatores, vezes imprevisíveis, vinculados ao custeio de tais serviços; **k)** por tais razões, entende-se que os dispositivos legais atacados não afrontam a Constituição e estão de acordo com as teses estabelecidas nas Súmulas Vinculantes do STF, 19 e 29.

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 68/72). Afirma: **a)** o projeto que deu origem à norma impugnada foi apresentado pelo Poder Executivo Municipal; **b)** as Comissões de Justiça e Redação, e Finanças e Orçamento, Obras, Serviços Públicos, Defesa do Consumidor e Desenvolvimento Econômico opinaram favoravelmente; **c)** aprovado pelo Plenário da Câmara, o Chefe do Poder Executivo o sancionou; **d)** não consta no processo parecer da Procuradoria Legislativa da Câmara.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência parcial do pedido (fls. 75/85), em parecer assim ementado:

Acesso ao Sumário

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 6º E 7º DA LEI Nº 5.295, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2017, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 5.346, DE 04 DE JULHO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE MAUÁ. TAXA DE RESÍDUOS SÓLIDOS. BASE DE CÁLCULO. ELEMENTOS ESTRANHOS AO CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

1. As taxas comprometem-se tão somente com o custo do serviço específico e divisível que os motiva, ou com a atividade de polícia desenvolvida.

2. O estabelecimento de critérios na base de cálculo da taxa de resíduos sólidos sem relação com o custo da atividade estatal relacionado à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos, violam os arts. 144, 160, II e 163, II da Constituição Bandeirante.

3. Procedência parcial do pedido."

É o relatório.

1. A **Lei nº 5.295, de 21 de dezembro de 2017, do Município de Mauá**, instituiu "*e disciplina, no âmbito do Município de Mauá, a Taxa de Coleta Remoção, Transporte, Destinação e Disposição Final ambientalmente adequada de Resíduos Sólidos Urbanos, e dá outras providências*", nos **artigos 5º a 7º** (com a redação dada pela Lei nº 5.346, de 04 de julho de 2018), disposições aqui impugnadas (fls. 13/16 e 17/19):

"Art. 5º. A base de cálculo da TCRDRS consistirá no total dos dispêndios incorridos pela Municipalidade, nos 12 (doze) meses anteriores ao exercício de referência do lançamento do tributo, para a prestação, direta ou indireta, dos serviços de coleta, remoção, transporte, destinação e disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos, considerado o período de novembro de um ano a outubro do ano imediatamente posterior.

"§ 1º. Competirá ao Poder Executivo Municipal, anteriormente ao lançamento da TCRDRS, a definição, por meio de decreto, dos dispêndios apurados para fins de aplicação do disposto no *caput* deste artigo.

"§ 2º. Sobre o valor encontrado na Taxa Anual por Economia – TAE, prevista no art. 7º desta Lei, será concedido na categoria de consumo residencial, subsídio de 20% para o consumo de até 20m³, durante o período de 2018 a 2020.

"§ 3º. Excepcionalmente para o exercício de 2018, a partir de 1º de julho até 31 de dezembro de 2018, sobre o valor encontrado na Taxa Anual por Economia – TAE, prevista no art. 7º desta Lei, além do previsto

Acesso ao Sumário

no § 2º deste artigo, serão concedidos os seguintes subsídios por categoria de consumo: (§ 3º e incisos acrescidos pela Lei 5.346/2018)

"I – faixa de consumo de até 10m³ na categoria residencial: 7,65% (sete vírgula sessenta e cinco por cento);

II – faixa de consumo acima de 10m³ até 20m³ na categoria residencial: 7,62% (sete vírgula sessenta e dois por cento);

III – faixa de consumo acima de 20m³ até 50m³ na categoria residencial: 32% (trinta e dois por cento);

IV – faixa de consumo acima de 50m³ até 400 m³ na categoria residencial: 52% (cinquenta e dois por cento);

V – faixa de consumo acima de 400m³ na categoria residencial: 7,62% (sete vírgula sessenta e dois por cento);

VI – faixa de consumo de até 10m³ na categoria públicos/assistenciais: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

VII – faixa de consumo acima de 10m³ até 20m³ na categoria públicos/assistenciais: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

VIII – faixa de consumo acima de 20m³ até 50m³ na categoria públicos/assistenciais: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

IX – faixa de consumo acima de 50m³ até 400m³ na categoria públicos/assistenciais: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

X – faixa de consumo acima de 400m³ na categoria públicos/assistenciais: 50% (cinquenta por cento);

XI – faixa de consumo de até 10m³ na categoria comercial: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XII – faixa de consumo acima de 10m³ até 20m³ na categoria comercial: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XIII – faixa de consumo acima de 20m³ até 50m³ na categoria comercial 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XIV – faixa de consumo acima de 50m³ até 400m³ na categoria comercial: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XV – faixa de consumo acima de 400m³ na categoria comercial: 50,00% (cinquenta por cento);

XVI – faixa de consumo de até 10m³ na categoria industrial/grandes consumidores: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XVII – faixa de consumo acima de 10m³ até 20m³ na categoria industrial/grandes consumidores: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XVIII – faixa de consumo acima de 20m³ até 50m³ na categoria in-

Acesso ao Sumário

dustrial/grandes consumidores: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XIX – faixa de consumo acima de 50m³ até 400m³ na categoria industrial/grandes consumidores: 9,51% (nove vírgula cinquenta e um por cento);

XX – faixa de consumo acima de 400m³ na categoria industrial/grandes consumidores: 60% (sessenta por cento).” (NR) (§ 3º e incisos acrescidos pela Lei 5.346/2018)

“Art. 6º. Em observância às diretrizes constantes do art. 35 da Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, a contribuição dos usuários com a TCRDRS observará os seguintes elementos referenciais, observado regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo:

I – quantidade de economias objeto de cobrança dos serviços de distribuição de água e coleta de esgotos:

II – categorias de uso das economias por faixa de consumo.

“Parágrafo único. Considera-se economia, para efeitos do disposto neste artigo, moradias, apartamentos, unidades comerciais, salas de escritório, indústrias, órgãos públicos e similares existentes numa determinada edificação, que sejam atendidos pelos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, abrangendo também as ligações efetuadas em terrenos com construção em andamento.

“Art. 7º. A TCRDRS será calculada, em relação a cada usuário, mediante a aplicação da seguinte fórmula:

“TAE = DSC ÷ QEF x FCF, onde:

TAE: taxa anual por economia;

DSC: dispêndios com os serviços, apurados na forma do art. 5º desta Lei;

QEF: quantidade de economias por faixa de categoria de consumo: e

FCF: fator consumo por faixa.

“Parágrafo único. O “fator consumo por faixa” a que se refere o *caput* deste artigo terá como base o mês de setembro anterior ao exercício de referência do lançamento do tributo e observará à seguinte tabela:

Acesso ao Sumário

Faixa de Consumo (m³)	Categoria de Consumo			
	Residencial	Públicos/Assistenciais	Comercial	Industrial/ Grandes Consumidores
Até 10	0,378483	0,0002000	020058	0,002576
Acima de 10 e até 20	0,414251	0,000287	0,010642	0,002271
Acima de 20 e até 50	0,077085	0,001141	0,009612	0,004234
Acima de 50 e até 400	0,005972	0,014165	0,009556	0,012363
Acima de 400	0,007020	0,009361	0,001575	0,019149

2. Dispõe o art. 160, da Constituição Federal, que reproduz o art. 145 da Constituição Federal:

"**Art. 160.** Compete ao Estado instituir:

(...)

II – taxas em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte, ou postos a sua disposição;

(...)"

Ensinam ALIOMAR BALEEIRO e MISABEL DERZI, *in* "Direito Tributário Brasileiro – CTN Comentado", Editora Forense, 14ª edição/2018 (pág. 107/108), a propósito da natureza jurídica da taxa e seu fundamento constitucional:

"(...) o art. 145 da Constituição Federal somente admite duas espécies de taxas: aquelas que têm como hipótese o serviço público específico e divisível ou o exercício do poder de polícia. Assim está redigido o citado artigo:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização,

Acesso ao Sumário

efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

Como se observa, a Constituição exige que o serviço público, posto como pressuposto fático da taxa, seja, em qualquer circunstância, específico e divisível. A utilização pode ser potencial, mas a divisibilidade do serviço, mesmo nesse caso, continua sendo requisito inafastável.

"Serviço público específico é atividade que congrega meios materiais, pessoas e organização, mantida, regida e controlada pelo Estado, para satisfação de uma necessidade pública em regime de direito público (v. CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 27). No entanto, sendo específico, nem sempre será divisível.

"A divisibilidade supõe a possibilidade de identificação de cada contribuinte-usuário e a medida de sua utilização efetiva ou potencial. Por isso, os serviços podem ser:

"(a) absolutamente indivisíveis, quando a sua execução não comportar a utilização individualizada por parte de cada usuário. Os serviços prestados pelas Forças Armadas – mesmo em caso de guerra ou comoção interna – e pela Polícia Civil ou Militar são, por sua natureza, indivisíveis e não ensejam a cobrança de taxas, como forma de custeio;

"(b) relativamente indivisíveis, quando a sua divisibilidade somente se manifestar no momento de sua utilização. O serviço de distribuição da justiça, prestado pelo Poder Judiciário, é inegavelmente específico (finalidade, organização, pessoal e material próprios, ordenados e desenvolvidos em regime de direito público), mas indivisível, enquanto posto à disposição. É que a prestação jurisdicional, além de depender de provocação, não ocorrendo de ofício, só se estende às partes que integram a lide, pelo menos nos conflitos individuais.

"É no momento em que o jurisdicionado aciona a justiça, identificando-se, que se manifestam a divisibilidade e, portanto, a possibilidade da cobrança da taxa.

"Raciocínio similar se dá na hipótese dos serviços de conservação de estradas, cuja divisibilidade somente se especializa por meio do uso, razão pela qual o art. 150, V, exige a utilização como suposto para cobrança do pedágio;

"(c) divisíveis porque, sendo de utilização compulsória, mesmo no "uso potencial", o serviço é prestado, acarretando gastos equivalentes para o Estado e sendo identificáveis os usuários efetivos ou não. **Exemplos são as taxas de esgoto ou de coleta de lixo**, em que os usuários são perfeitamente individualizáveis e a não utilização eventual do serviço

Acesso ao Sumário

(por exemplo, no caso do proprietário de imóvel que não produziu detritos, porque esteve ausente por mais de ano) não afasta a exigibilidade do tributo (tampouco a redução do custo do serviço).

"Portanto, os serviços absolutamente indivisíveis não podem dar ensejo à cobrança de taxas. Os relativamente indivisíveis que, no momento de sua utilização possibilitam separadamente, a individualização e a graduação do uso por cada usuário, podem desencadear a obrigação de pagar a taxa. Não obstante, não poderão dar ensejo à cobrança de taxa independentemente do uso, estando à disposição dos contribuintes e, nessa condição, inexistindo possibilidade de identificação de usuários e sua utilização efetiva ou potencial. Finalmente, os divisíveis, de uso compulsório, são suscetíveis de gerar a obrigação tributária, quer o uso seja efetivo ou potencial, porque os usuários são sempre identificáveis, e a atuação estatal, em todo caso, não perde sua referibilidade ao obrigado (cf. GERALDO ATALIBA, *Hipótese de Incidência Tributária*, 5. Ed. Malheiros, Ed., 1992; ROQUE A. CARRAZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário* 2. Ed., São Paulo, Ed. RT, p. 242-253; SACHA CALMON, *Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário*, op. Cit., p. 68-70. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso de Direito Tributário*, 2. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992)" (**negritei**)

3. A respeito da taxa de coleta de lixo domiciliar, especificamente, o C. Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 576.321/SP RG-QO (Tribunal Pleno, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 04.12.2008, DJe 12.02.2009), em sede de repercussão geral (tema 146), firmou orientação no sentido de que

"a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal" e que "é constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra".

A questão foi objeto das Súmulas Vinculantes nºs 19 e 29 do C. Supremo Tribunal Federal:

i) Súmula Vinculante 19: "A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal"; e

ii) Súmula Vinculante 29: "É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra".

Acesso ao Sumário

Vale transcrever o "Precedente Representativo" (endereço eletrônico constante do texto original), na RG-QO em RE 576.321/SP, no voto do e. Ministro Relator RICARDO LEWANDOWSKI:

> "(...) observo, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal fixou balizas quanto à interpretação dada ao art. 145, II, da CF/1988, no que concerne à cobrança de taxas pelos serviços públicos de limpeza prestados à sociedade.
>
> "Com efeito, a Corte entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros).
>
> "Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos.
>
> "(...)
>
> "Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização de base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra".

Do que se vê, não há inconstitucionalidade na cobrança de taxa de coleta de lixo domiciliar, desde que nos moldes do estabelecido pelas Súmulas Vinculantes 19 e 20.

Portanto, embora constitucional a taxa em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, bem como a possibilidade de adoção de um ou mais elementos na composição da sua base de cálculo, o certo é que essa (a de cálculo) deve estar relacionada com o custo da atividade estatal e não pode ter elemento estranho ao custo dos serviços relacionados.

Acesso ao Sumário

No caso, a taxa questionada está atrelada ao consumo dos serviços de água e esgoto, elemento estranho ao custo dos serviços relacionados à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos, violando o disposto ao art. 160, II, da Constituição Estadual.

Por outro lado, o valor da taxa, baseada no potencial volume de geração

de resíduos sólidos urbanos, não tem relação com o custo do serviço prestado ao contribuinte (custo da atividade estatal), violando o princípio da isonomia tributária (art. 163, II, da Constituição Estadual). Assim dispondo a lei, contribuintes diferentes entre si em razão da menor ou maior geração de lixo passam a ser exigidos do valor da taxa como se idênticas fossem as situações em que se encontram.

Vale incorporar a este voto trecho da manifestação do douto Subprocurador-Geral de Justiça (fls. 75/85), que conclui pela procedência parcial do pedido para ser declarada a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 5º, art. 6º e 7º da Lei nº 5.295, de 21 de dezembro de 2017, do Município de Mauá:

> "O artigo 160, II, da Constituição Bandeirante, reproduz o art. 145, inciso II, da Constituição Federal, que traça a regra matriz das taxas, estabelece:
>
> '"(...)
>
> II – taxas em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte, ou postos a sua disposição;"
>
> "Como se vê, a regra matriz constitucional das taxas fixa como hipótese de incidência desse tributo uma atuação estatal (poder de polícia ou serviço público específico e divisível) direta e imediatamente referida ao obrigado (cf. GERALDO ATALIBA, em "Hipótese de Incidência Tributária", 2ª ed., pág. 164).
>
> "A taxa de coleta domiciliar de lixo, conforme prevê a **Súmula Vinculante nº 19**, é constitucional desde que seja cobrada exclusivamente em **razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis**:
>
> (...)
>
> Referida súmula tem o seguinte precedente representativo:
>
> '"'observo, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal fixou balizas quanto à interpretação dada ao art. 145, II, da Constituição, no que concerne à cobrança de taxas pelos serviços públicos de limpeza prestados à sociedade. Com efeito, a Corte entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros).
>
> Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resí-

Acesso ao Sumário

duos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos. (...)

Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização de base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas que na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra." (RE 576.321 RG-QO, DJe 13.2.2009, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno).

"Portanto deve haver **necessariamente relação entre o custo do serviço prestado diretamente ao contribuinte e o valor a ser cobrado**. Isso porque as taxas são prestações pecuniárias compulsórias, instituídas em lei, cobradas em razão de atividade administrativa vinculada, ou seja, **estão atreladas a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte**.

"E o valor da taxa, seja de serviço, seja de polícia, deve corresponder ao custo, ainda que aproximado, da atuação estatal específica. É claro que não há necessidade de haver uma precisão milimétrica; deve, no entanto, existir correspondência o valor cobrado e o gasto que o Poder Público teve para prestar aquele serviço público ou praticar aquele ato de polícia.

"Se não houver equivalência entre o custo da atuação específica e o *quantum* da taxa, o tributo será inconstitucional, tal como ocorre *in casu*.

"O 'caput' do art. 5º da Lei 5.295/2017 estabelece que 'a base de cálculo da TCRDRS consistirá no total dos dispêndios incorridos pela Municipalidade, nos 12 (doze) meses anteriores ao exercício de referência do lançamento do tributo, para a prestação, direta ou indireta, dos serviços de coleta, remoção, transporte, destinação e disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos'. Já o § 1º do mesmo dispositivo legal dispõe que 'competirá ao Poder Executivo Municipal, anteriormente ao lançamento da TCRDRS, a definição, por meio de decreto, dos dispêndios apurados para fins de aplicação do disposto no caput deste artigo'. Portanto, aparentemente a lei estabelece correspondência entre o valor a ser cobrado e as despesas suportadas pelo Município para a prestação dos serviços.

"Contudo, o § 2º (sobre o valor encontrado na Taxa Anual por Economia – TAE, prevista no art. 7º desta Lei, será concedido na categoria de consumo residencial, subsídio de 20% para o consumo de até 20m³, durante o período de 2018 a 2020) e o § 3º do art. 5º (excepcionalmen-

Acesso ao Sumário

te para o exercício de 2018, a partir de 1º de julho até 31 de dezembro de 2018, sobre o valor encontrado na Taxa Anual por Economia – TAE, prevista no art. 7º desta Lei, além do previsto no § 2º deste artigo, serão concedidos os seguintes subsídios por categoria de consumo) apontam que a cobrança da taxa de resíduos sólidos do Município de Mauá possui a influência de **elementos estranhos à atividade estatal relativa aos serviços** relacionados à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos, visto que se relacionam à **faixa de consumo dos serviços de água e esgoto do contribuinte da referida taxa**.

"O art. 6º da lei em comento elenca 'elementos referenciais' nos incisos I (quantidade de economias objeto de cobrança dos serviços de distribuição de água e coleta de esgotos) e II (categorias de uso das economias por faixa de consumo), que evidentemente não possuem relação com o serviço público relacionado a taxa de resíduos sólidos.

"O art. 7º Lei 5.295/2017, por seu turno, cria fórmula com base no potencial volume de geração de resíduos sólidos urbanos, definindo, em concreto, como será efetivamente calculado o valor da taxa devida por cada usuário, contemplando os elementos referenciais previstos no art. 6º.

"Conforme observado, no caso em tela, foram considerados no cálculo, precipuamente na base de cálculo da taxa de resíduos sólidos, **elementos estranhos ao custo dos serviços relacionados à coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos sólidos, tal como a faixa de consumo e economia de água e coleta de esgoto do contribuinte, em afronta ao art. 160, inciso II, da Constituição Bandeirante**.

"Lado outro, evidencia-se ofensa ao **princípio da isonomia tributária**, previsto no art. 163, II, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 150, III, da Constituição Federal.

"Com efeito, a taxa em comento é calculada com base no potencial volume de geração de resíduos sólidos urbanos (artigo 7º da Lei Municipal 5.295/2017), com **critério dissociado do efetivo custo da atividade estatal** correspondente anteriormente exposto.

"Nesse ponto, valho-me da fundamentação do acórdão exarado no julgamento de mandado de segurança, cujo objeto era a cobrança da referida taxa de resíduos sólidos do Município de Mauá:

""Doutra banda, a taxa em comento é calculada com base o potencial volume de geração de resíduos sólidos urbanos (artigo 7º da Lei Municipal nº 5.295/2017). Tal critério não guarda relação com o efetivo custo da atividade estatal correspondente. Por isso que ilegítima a exação: constitui flagrante desrespeito ao princípio da igualdade perante a lei cobrar o tributo sem levar em conta o custo efetivo do serviço público realizado ou

Acesso ao Sumário

oferecido ao contribuinte.

(...)

““Não se vislumbra relação entre o custo do serviço prestado diretamente ao contribuinte e o cálculo do município de Mauá para cobrar a taxa de resíduos sólidos urbanos. **E isso implica desrespeito ao princípio da isonomia, como adiante explicitado**.

““**suponham-se dois imóveis enquadrados na mesma faixa de produção de lixo: 'acima de 10 e até 20 metros cúbicos' (parágrafo único do artigo 7º da Lei 5.297/17). Suponha-se também que o dono de um deles, em viagem ao exterior, não tenha produzido mais de dez metros cúbicos de resíduos por dia no período de um ano, enquanto o do outro, enfermo e sem poder sair de casa, produziu quase 20 metros cúbicos: de acordo com o critério de cobrança do município, ambos pagarão o mesmo valor, embora mui distintas as quantidades de lixo. Claríssima, como se percebe, a violação ao artigo 150, II, da Magna Carta.**

““**A desigualdade a que alude o anterior parágrafo decorre da circunstância de a base de cálculo estribar-se na potencial produção de resíduos, não na produção real, como seria de exigir por se tratar de taxa'** (TJSP, Remessa Necessária, MS nº 1005316-73.2018.8.26.0348, Des. Rel. Geraldo Xavier, j. 31.07.2020 – grifo nosso).

"Nesse contexto, conclui-se que **os §§ 2º e 3º do art. 5º, art. 6º e 7º da Lei nº 5.295, de 21 de dezembro de 2017, do Município de Mauá**, contrariam flagrantemente o art. 160, II, e art. 163, II, da Constituição do Estado, que reproduzem a Constituição Federal".

Essas razões, bem ponderadas, levam à compreensão de que o pleito inicial deve ser atendido para serem declarados inconstitucionais os §§ 2º e 3º do art. 5º; art. 6º e art. 7º da Lei nº 5.295/2017, do Município de Mauá.

4. Ante o exposto, para esses fins, julgo parcialmente procedente a ação.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2259407-21.2020.8.26.0000, 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 33.260)**

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, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA, RUY COPPOLA e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 3.928/2020, do Município de Mairiporã, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidades especiais e/ou idosa em Mairiporã e dá outras providências. Ausência de afronta ao art. 25 da Carta Estadual. Ausência de dotação orçamentária que não induz à inconstitucionalidade da norma. Lei guerreada que invade a seara de competência privativa do Alcaide para atos de gestão e organização da administração, em especial àqueles relacionados à saúde pública. Violação ao princípio da separação dos poderes (art. 5º) e ao art. 47, II, XIV e XIX, "a" da Carta Estadual. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade Lei Municipal nº 3.928/2020, do Município de Mairiporã, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidades especiais e/ou idosa em Mairiporã e dá outras providências.

Alega o autor que a norma combatida, de iniciativa de parlamentar local, legislou sobre matéria de competência exclusiva do Executivo, sem que fossem seguidas importantes diretrizes constitucionais estaduais e federais, bem como

Acesso ao Sumário

de legislação infraconstitucional pátria; diz que apesar de louvável, a Lei combatida ao prever obrigatoriedade de fornecimento de medicamento – obrigação esta que será cumprida pelo Executivo –, necessidade de cadastro e manutenção de banco de dados, bem como a necessidade de diversos outros gastos para armazenamento e entrega dos medicamentos, sem fonte de custeio específica, acaba por inevitavelmente violar a independência do Poder Executivo, na medida em que afeta diretamente a gestão administrativa, violando, também, a separação dos poderes; aduz que há evidente violação dos arts. 5º; 25, *caput*, 37; 47, incisos II, XI, XIV e XIX, alínea "a"; e 144, todos da Constituição do Estado, na medida em que o ato normativo impugnado ingressa nas atribuições do Poder Executivo, no exercício de direção da Administração Pública.

Processada a ação, com concessão de liminar (fls. 26/27), sobreveio informações do Presidente da Câmara Municipal de Mairiporã (fls. 33/37), batendo-se pela constitucionalidade da norma.

Sem manifestação do i. Procurador-geral do Estado (fls. 47).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 50/57) pela procedência da ação.

Noticiou-se nos autos o falecimento do autor, procedendo-se à substituição processual (fls. 43/44 e 67), com regular manifestação do i. Procurador-geral de Justiça (fls. 72).

É o relatório.

A ação procede.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade Lei Municipal nº 3.928/2020, do Município de Mairiporã, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidades especiais e/ou idosa em Mairiporã e dá outras providências.

Este é o texto do dispositivo de lei guerreado:

*"**LEI MUNICIPAL Nº 3.928, DE 28 DE JULHO DE 2020***

Dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidades especiais e/ou idosa em Mairiporã e dá outras providências.

***Art. 1º** Fica instituída a obrigatoriedade de distribuição gratuita em domicílio de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no Município de Mairiporã.*

***Art. 2º** Considera-se pessoa portadora de necessidade especial de que trata esta lei, toda aquela que, por motivo de lesão, deformidade ou enfermidade, congênita ou adquirida, seja portadora de insuficiência motora dos membros inferiores ou superiores, de caráter permanente, desde que tal deficiência, comprovadamente, dificulte:*

Acesso ao Sumário

***I** – a locomoção na via pública sem auxílio de outrem ou sem recurso a meio de compensação, tais como próteses e ortóteses, cadeiras de rodas, muletas e bengalas, ao nível dos membros inferiores; e*

***II** – o acesso ou utilização dos transportes coletivos convencionais, no caso de deficiência motora ao nível dos membros superiores.*

***Art. 3º** Considera-se idoso para efeito desta lei, a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos.*

***Art. 4º** Para receber o medicamento de uso contínuo, gratuitamente, o usuário deverá se cadastrar na Secretaria Municipal de Saúde ou em qualquer Unidade Básica de Saúde.*

§ 1º *Para proceder ao cadastramento o usuário deverá apresentar os seguintes documentos:*

***I** – formulário "Solicitação de Auxílio de Entrega Domiciliar de Uso Contínuo" devidamente preenchido;*

***II** – comprovação de que o cadastrante esteja dentro dos parâmetros estabelecidos no caput do art. 1º;*

***III** – receita médica original, em papel timbrado do médico ou do estabelecimento onde a consulta foi realizada, contendo o nome do paciente, nome e dose diária da medicação, assinatura e carimbo com o número do CRM do profissional;*

***IV** – cópia do documento de identidade do usuário do medicamento de uso contínuo; e*

***V** – cópia do comprovante de residência.*

§ 2º *Em caso de impossibilidade do usuário do medicamento comparecer a um dos pontos de cadastramento, poderá ser realizado por procurador, por instrumento particular de procuração, e no caso de incapazes, por representante legal.*

***Art. 5º** São medicamentos de uso contínuo aqueles empregados no tratamento de doenças crônicas ou degenerativas, utilizados continuamente.*

***Art. 6º** A Secretaria Municipal de Saúde poderá fornecer medicamentos genéricos em substituição ao produto de marca.*

***Art. 7º** A entrega do medicamento deverá ser realizada pela Secretaria de Saúde, através dos Agentes Comunitários de Saúde, após cada prescrição médica, dentro do prazo estipulado para término do medicamento.*

***Parágrafo único.** A validade máxima para concessão do benefício é de seis meses, podendo ser renovada por igual período com a expedição de nova prescrição médica, sendo que a entrega do medicamento não poderá ser interrompida, em hipótese alguma, sem determinação do médico.*

***Art. 8º** O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de noventa dias após sua publicação.*

***Art. 9º** As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por con-*

Acesso ao Sumário

ta das dotações orçamentárias próprias.

***Art. 10.** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."*

Alega o autor que a norma guerreada, de iniciativa parlamentar, legislou sobre matéria de competência exclusiva do Executivo violando a independência entre os poderes e, ainda, afetando diretamente a gestão administrativa; aponta evidente violação dos arts. 5º; 25, *caput*, 37; 47, incisos II, XI, XIV e XIX, alínea "a"; e 144, todos da Constituição do Estado.

Prima facie, ausente a violação ao artigo 25 da Carta Estadual ao não apontar a lei combatida a fonte de custeio para fazer frente às despesas com a consecução da lei.

Observa-se que a falta de dotação orçamentária ou sua previsão genérica não implica na inconstitucionalidade da norma, mas tão somente, na sua inexequibilidade no exercício em promulgada, posto haver a possibilidade de inserção dos recursos necessários no exercício subsequente. Neste sentido, aliás, já decidiu a Corte Suprema, ***in verbis***: *"[...] "4. Ainda que assim não fosse, a 'ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro' (ADI 3.599/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes)"*.

Mas tem razão o Autor ao apontar violação ao princípio da separação dos poderes insculpido no artigo 5º, bem assim à competência reservada ao Chefe do Executivo de que trata o artigo 47, II, XIV, XIX, "a", ambos da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da citada Carta, *verbis*:

"Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

[...]

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

[...]

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

[...]

XIX – dispor, mediante decreto, sobre:

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

Acesso ao Sumário

princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.".

Isso porque a lei vergastada, de iniciativa parlamentar, institui a obrigatoriedade de distribuição gratuita em domicílio de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no Município de Mairiporã (art. 1º), determina que o usuário deverá se cadastrar na Secretaria Municipal de Saúde ou em qualquer Unidade Básica de Saúde (art. 4º), além de dispor em seu artigo 6º que a Secretaria Municipal de Saúde poderá fornecer medicamentos genéricos em substituição ao produto de marca e que a entrega do medicamento deverá ser realizada pela Secretaria de Saúde, através dos Agentes Comunitários de Saúde, após cada prescrição médica, dentro do prazo estipulado para término do medicamento (art. 7º).

Colhe-se, portanto, que ao contrário do que afirma a Câmara Municipal de Mairiporã em sede de informações, em se tratando de organização e gerenciamento de matéria afeta à saúde pública, a competência é privativa do Alcaide, nos termos dos susos colacionados artigo 5º e 47, II, XIX e XIX, "a" da Carta Estadual e, em assim procedendo, há evidente ingerência do Parlamento, que não se pode admitir.

Neste sentido, aliás, confira-se julgados desta Corte:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 11.869, de 16.02.16. A norma 'dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no âmbito do município de São José do Rio Preto SP e dá outras providências'. Inadmissibilidade. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 25; 47, incisos II, XI, XIV e XIX e 144 da Constituição Estadual). Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 5º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Ação procedente." (ADI 2035546-29.2016.8.26.0000; Relator: Desembargador EVARISTO DOS SANTOS; j. em 27/07/2016);

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 4.333/2019, do Município de Itupeva, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre o fornecimento de vale-remédio. Evidenciada afronta à reserva da administração e, assim, aos artigos 5º, 47, II e XIV, e art. 144, todos da Constituição do Estado. Ação julgada procedente." (ADI 2166734-09.2020.8.26.0000, Relator Desembargador CLAUDIO GODOY, j. em 03/03/2021).

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº *3.928, DE 28 DE JULHO DE 2020*, do Município de Mairiporã.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2252609-44.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BAURU e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BAURU.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO, NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.173)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, 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, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN e MOACIR PERES.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação de diversas normas, expressões e disposições normativas tratando da estrutura administrativa da Câmara Municipal de Bauru.

1 – Criação, alteração e extinção de cargos e funções de confiança. 1.1. Questionamento de validade dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 3.859, de 04 de abril de 1995, referentes: (a) à criação dos cargos comissionados de Coordenador de Atividades Gerais e de Programador de CPD (artigo 1º); (b) à extinção do cargo de Arquivista I, Arquivista II e Assistente Administrativo-Financeiro (art. 1º); (c) à transformação das funções de confiança de Secretário da Presidência, Assistente Jurídico e Chefe de Serviço em cargos em comissão (art. 2º); (d) à alteração da denominação de Consultor Parlamentar para Assessor Parlamentar (§ 1º do art. 2º); (e) alteração da denominação de **Assessor Técnico**

Acesso ao Sumário

para Assessor de Apoio Legislativo (§ 2º do art. 2º); e (f) à criação da função gratificada de **Sub-Chefe de Serviço (art. 3º).**

1.2. Artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 3.548, de 25 de março de 1993, dispondo sobre (a) criação dos cargos de Assistente Parlamentar e Consultor Parlamentar (artigo 1º), (b) alteração do artigo 4º da Resolução n. 270/1992; e (c) criação de cargo comissionado de Analista de Sistema.

1.3. Lei n. 3.833, de 03 de janeiro de 1995, referente à criação o cargo comissionado de Assessor Técnico.

Atos normativos (descritos nesses itens 1.1, 1.2 e 1.3) que dispõem sobre a estrutura organizacional e administrativa da Câmara Municipal. Alegação de ofensa às disposições dos artigos 19 e 20 Constituição Estadual. Reconhecimento. Matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo. Norma interna da Câmara (Resolução) que não pode ser substituída por lei, ainda que de iniciativa parlamentar. Precedentes. Inconstitucionalidade por vício formal.

2 – Cargos de Diretor (previsto no artigo 3º da Resolução n. 334/1997), Fotógrafo (previsto no artigo 1º da Resolução n. 282/1993) e Assessor Técnico, previsto na Lei n. 3.833/1995 (e que também é questionado no item 1.3 acima por fundamento diverso). Criação sem descrição das respectivas atribuições. Inadmissibilidade. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento"[1], ou seja, é indispensável a demonstração efetiva da "adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público"[2].

3 – Chefe de Gabinete, Assessor de Cerimonial, Chefe de Serviço, Assessor Técnico de Obras e Serviços (previstos no artigo 3º da Resolução n. 334/1997) e Se-

1 AgRg no Recurso Extraordinário 752.769/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/10/2013.
2 (ADI 3.233/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10/05/2007).

Acesso ao Sumário

cretário da Presidência, função de confiança prevista no Anexo II da Resolução n. 270/1992, e transformada em cargo comissionado pela Lei n. 3.859, de 04 de abril de 1995 (que também é objeto de questionamento no item 1.1. por outro fundamento). Cargos com atribuições genéricas e sem características de direção, chefia e assessoramento. Alegação de inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 111, 115, incisos I, II e V, da Constituição do Estado. Reconhecimento. Tema 1.010 do STF. Cargos impugnados que, no presente caso, possuem atribuições técnicas e operacionais que não exigem – para seu adequado desempenho – relação de especial confiança, senão a mera obediência e lealdade às instituições públicas, como dever imposto a todo e qualquer servidor. Ou seja, não envolvem "planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas", expressão adotada pelo Procurador-Geral da República, e incorporada no voto do relator no Recurso Extraordinário 1.041.210 (Tema 1.010) para indicar o verdadeiro significado e abrangência dos cargos de direção, chefia e assessoramento.

3.1. – Extinção dos cargos de Assessor de Cerimonial e Assessor Técnico de Obras e Serviços (acima mencionados) por meio de lei. Irrelevância. Interesse processual presente. Extinção que só poderia ocorrer por meio de Resolução (artigos 19 e 20 da Constituição Estadual).

4 – Assessor de Imprensa e Consultor Administrativo-Financeiro (ambos previstos no Anexo II da Resolução n. 270/1992). Cargos impugnados por suposta ausência da descrição das respectivas atribuições. Existência, entretanto, de Resoluções prevendo expressamente as funções desses profissionais. Exame da suposta inconstitucionalidade por fundamento diverso. Possibilidade. Causa de pedir aberta. Tribunal que "não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial" (Adin n.º 2.396-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j .26/09/2001). Cargos impugnados com atribuições

Acesso ao Sumário

que nem de longe revelam plexo de direção, chefia e assessoramento superior, no sentido delimitado pelo Tema 1.010 do Supremo Tribunal Federal, pois não pressupõem "planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas" (RE 1.041.210/SP). Inconstitucionalidade reconhecida pelo mesmo fundamento indicado no item "4" acima.

5 – Analista de Sistema, criado pelo artigo 3º da Lei n. 3.548/93 (e que também é objeto de questionamento no item 1.2 por outro fundamento) e Operador de Vídeo (previsto no artigo 20 da Resolução n. 270/1992). Cargos que também foram extintos por lei, e não por Resolução, em contrariedade às disposições dos artigos 19 e 20 da Constituição Estadual. Fato que justifica a persistência de interesse processual. Mérito. Impugnação que, nessa parte, se fundamentou na natureza técnica das atribuições, previstas no artigo 5º, item 3, e no artigo 4º, item 5.1.6, ambos da Resolução n. 441/2004, quando referidos dispositivos, na verdade, referiam-se a outros cargos com denominação semelhantes, mas de natureza efetiva. Nulidade não caracterizada sob esse aspecto. Exame da constitucionalidade por fundamento diverso. Possibilidade, conforme exposição do item anterior. Nulidades dos cargos de Analista de Sistema e Operador de Vídeo que, no presente caso, é reconhecida por ausência de descrição das respectivas atribuições.

6 – Expressão Consultor Jurídico, prevista no Anexo II da Resolução 270/1992. Alegação de ausência de descrição das atribuições e de ofensa às disposições dos artigos 98, 99 e 100 da Constituição Estadual. Cargo comissionado, entretanto, que não foi criado pela Resolução n. 270/1992 (objeto da impugnação), e sim pela Resolução n. 51, de 24 de setembro de 1958, em relação à qual, entretanto, não existe nenhum pedido de declaração de inconstitucionalidade ou de não recepção pela atual ordem constitucional. Caracterização de inépcia da petição inicial. Embora no controle normativo abstrato, a causa de pedir seja aberta, possibilitando o exame da questão constitucional com

Acesso ao Sumário

base em fundamento diverso, o pedido deve ser certo e determinado, e o julgamento deve obediência ao princípio da adstrição, salvo os casos de arrastamento, que não é cabível nesse tópico, pois não se trata de evitar efeitos repristinatórios ou de incluir normas paralelas ou supervenientes editadas dentro do mesmo complexo normativo, e sim de garantir discussão sobre o objeto principal da impugnação.

7 – Subchefe de Serviço (artigo 3º da Lei n. 3.859/1995) e Coordenador Administrativo-Financeiro (artigo 4º e Anexo II da Resolução n. 270/1992). Extinção pelo artigo 2º da Resolução n. 334/97. 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"[3].

8 – Consultor Parlamentar. Previsão no artigo 1º da Lei n. 3.548/1993. Impugnação por falta de descrição de suas atribuições. Cargo que teve sua denominação alterada para Assessor Parlamentar, com fixação de atribuições por lei, e não por Resolução. Posterior descrição de atribuições por meio de Resolução. Irrelevância. Cargo que já apresentava vício de constitucionalidade desde o início, por ter sido criado por lei, em contraposição à regra dos artigos 19 e 20 da Constituição Estadual.

9 – INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. Reconhecida a procedência da ação, em relação aos dispositivos impugnados (considerados em vigor), declara-se, ainda, por arrastamento, conforme tem admitido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[4], a inconstitucionalidade das expressões (já revogadas) "Assistente Administrativo-Financeiro", "Assistente Jurídico" e "Chefe de Serviço" previstas na redação original do artigo 4º da Resolução 270, de maio de 1992, da Câmara Municipal de Bauru. É que em face declaração de inconstitucionalidade da Lei

3 "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro", São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137/138.
4 ADI nº 1.144-RS, Rel. Min. Eros Grau, DJU 08/09/2006.

Acesso ao Sumário

n. 3.859/1995, (fl. 617/618) e em decorrência do efeito repristinatório, tais expressões, previstas na antiga redação do artigo 4º da Resolução 270/1992, retomariam validade (indesejada), com os mesmos vícios (indicados no item "a" acima), ou seja, falta de descrição das respectivas atribuições. Também deve ser declarada a inconstitucionalidade por arrastamento das Leis 5.236/2005 (fls. 622) e 5.237/2005 (fl. 623), bem como do artigo 2º da Lei 3.936/1995 (fl. 619), porque esses atos normativos, em afronta aos artigos 19 e 20, III, da Constituição Estadual, extinguiram, respectivamente, os cargos comissionados de Assessor Técnico de Obras e Serviços (Lei 5.236/2005), Assessor de Cerimonial (Lei n. 5.237/2005) e Analista de Sistema, Operador de Vídeo e Fotógrafo (Lei 3.936/1995). Da mesma forma, e pelo mesmo fundamento, devem ser declaradas inconstitucionais, por arrastamento (i) a Lei n. 7.366/2020, que, em desacordo com os artigos 19 e 20, III, da Constituição Estadual, fixou atribuições para os cargos de Assessor de Apoio Legislativo, Assessor de Imprensa, Assistente Parlamentar e Assessor Parlamentar; e (ii) o artigo 2º da Resolução n. 573/2020, que atribui funções técnicas ao Secretário da Presidência. Supremo Tribunal Federal que, em situações dessa natureza, permite "incluir normas que fazem parte do mesmo complexo normativo em que estão inseridas as normas objeto do pedido inicial, desde que lhes seja comum o fundamento jurídico invocado" (ADIN/AgReg. nº 5.267/MG. Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23/08/2019), exatamente como ocorre no presente caso.

10 – Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, tendo por objeto as seguintes leis, expressões, disposições normativas e Resoluções do Município de Bauru:

a – expressões: "**Chefe de Gabinete**", "**Diretor**", "**Assessor de Cerimo-**

nial", "**Chefe de Serviço**" e "**Assessor Técnico de Obras e Serviços**", previstas no artigo 3º da Resolução nº 334, de 26 de fevereiro de 1997.

b – artigos 4º e 20 e do Anexo II da Resolução nº 270, de 28 de maio de 1992 (com alterações promovidas pelas Resoluções nº 276/93, 282/93, 334/97 e pelas Leis Municipais 3.548/93 e 3.859/95).

c – artigo 1º da Resolução nº 282, de 10 de maio de 1993;

d – artigo 3º, "2", artigo 4º, "5.1.6", e artigo 5º, 3, da Resolução nº 441, de 08 de junho de 2004;

e – artigos 1º, 2º e 3º da Lei Municipal nº 3.548, de 25 de março de 1993;

f – Lei Municipal nº 3.833, de 3 de janeiro de 1995;

g – artigos 1º, 2º e 3º, caput, da Lei Municipal nº 3.859, de 4 de abril de 1995;

h – por arrastamento, as expressões "**Assistente Administrativo-Financeiro**", "**Assistente Jurídico**" e "**Chefe de Serviço**", previstas na redação original do art. 4º da Resolução 270, de maio de 1992 (**sem descrição das respectivas atribuições**).

Com relação ao item "a", a alegação é de que o cargo de **Diretor** é inconstitucional, por **falta da descrição das respectivas atribuições** (cf. penúltimo parágrafo de fl. 43), ao passo que os cargos de **Chefe de Gabinete**, **Assessor de Cerimonial**, **Chefe de Serviço** e **Assessor Técnico de Obras** (criados pelo artigo 3º da Resolução 334/1997) são nulos porque as respectivas atribuições foram descritas de forma suscinta no artigo 3º da Resolução 334/1997, e **não correspondem a funções de assessoramento, chefia e direção** (cf. item 3 de fl. 46) para justificar a dispensa de concurso público.

No que se refere ao item "b", alega-se que os dispositivos indicados (artigos 4º e 20 e o Anexo II da Resolução nº 270, de 28 de maio de 1992, com alterações promovidas pelas Resoluções nº 276/93, 282/93, 334/97 e pelas Leis 3.548/93 e 3.859/95) preveem os cargos de **Coordenador-Administrativo Financeiro** (art. 4º, caput), **Consultor Jurídico** (Anexo II), **Assessor de Imprensa** (Anexo II), **Consultor Administrativo Financeiro** (Anexo II), **sem descrição das respectivas atribuições** (cf. penúltimo parágrafo de fl. 43), bem como o cargo comissionado de **Operador de Vídeo** (artigo 20), com descrição suscinta das atribuições, e que não correspondem a funções de assessoramento, chefia e direção (cf. item 3 de fl. 46).

Acesso ao Sumário

Quanto ao item "c", alega-se que o artigo 1º da Resolução n. 282/1993 transformou em comissionado o cargo de **fotógrafo**, sem descrição das respectivas atribuições (cf. penúltimo parágrafo de fl. 43).

No que diz respeito ao item "d", a alegação é de que (i) o artigo 3º, 2, da Resolução 441/2004 prevê a função de confiança de "**Secretário da Presi-**

dência", **com atribuições ordinárias e administrativas** (cf. último parágrafo de fl. 47); (ii) o artigo 4º, 5.1.6 também estabelece atribuições essencialmente técnicas ao **Operador de Vídeo** (cf. item 3 de fl. 46 e fl. 32); e (iii) o artigo 5º, 3, da mesma Resolução prevê o cargo de "**Analista de Sistemas**" (fl. 33), com atribuições indicando o mesmo vício (2º e 3º parágrafos de fl. 48).

Com relação aos itens "e", "f" e "g" a alegação é de que os atos normativos cuidam de matérias relativas à estruturação administrativa da Câmara Municipal de Bauru, e que o instrumento hábil para disciplinar tal matéria (de competência exclusiva do Poder Legislativo) é a Resolução, e não a Lei, daí a inconstitucionalidade dos dispositivos por ofensa às disposições dos artigos 19 e 20, III, da Constituição Estadual (fl. 41).

Além disso, alega-se (i) que o artigo 1º da Lei n. 3.548, de 25 de março de 1993 (item "e") prevê o cargo em comissão de **Consultor Parlamentar**; (ii) que a Lei 3.833, de 03 de janeiro de 1995 (item "f") prevê o cargo em comissão de "**Assessor Técnico**"; e (iii) que o artigo 3º da Lei n. 3.859, de 04 de abril de 1995, prevê o cargo comissionado de "**Sub-Chefe de Serviço**", todos **sem descrição das respectivas atribuições** (cf. último parágrafo de fl. 43).

No que se refere ao item "h", o autor alega que o fato de ter sido o art. 4º da Resolução 270/92 **revogado pela Lei nº 3.859, de 4 de abril de 1995**, não constitui óbice à obtenção de declaração da sua invalidade por esta via; ao revés, torna premente a necessidade de declaração da inconstitucionalidade também do dispositivo revogado, cujos efeitos serão reestabelecidos caso se confirme a invalidade do dispositivo da norma revogadora. Ou seja, sustenta (a) que uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da Lei nº 3.859, de 4 de abril de 1995, por vício formal, como se pretende nesta via, os dispositivos por eles revogados, quais sejam, a redação original do art. 4º da Resolução 270, de 28 de maio de 1992, tornará a ter vigência; e (b) que pretende-se impedir, com a utilização da técnica do arrastamento, que as funções de "**Assistente Administrativo-Financeiro**", "**Assistente Jurídico**" e "**Chefe de Serviço**", previstas no art. 4º da Resolução 270/1992 e desprovidas de atribuições, tornem ao ordenamento jurídico; e (c) que, dessa forma, pede que "a declaração de inconstitucionalidade alcance, por arrastamento, as funções de confiança de '**Assistente Administrativo-Financeiro'**, '**Assistente Jurídico**' e '**Chefe de Serviço**', previstas na redação original do art. 4º da Resolução 270/1992, para se evitar o efeito repristinatório indesejado.

Não consta pedido de liminar.

O Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Bauru foram notificados e prestaram informações a fls. 587/612 e 726/733.

A ilustre Procuradoria-Geral do Estado foi citada (fl. 585), mas não se manifestou nos autos (fl. 718).

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria-Geral do Estado, com as considerações de fls. 740/765, reiterou o pedido de procedência da ação.

É o relatório.

A ação direta de inconstitucionalidade, no presente caso, está apoiada em três fundamentos distintos, referentes (1) à **estruturação administrativa da Câmara Municipal mediante lei** (quando o correto seria mediante Resolução); (2) à **criação de cargos comissionados sem descrição das respectivas atribuições**; e (3) à criação de **cargos comissionados e funções de confiança sem características de assessoramento, chefia e direção**.

Esses três tópicos serão analisados separadamente, conforme segue, obedecendo a mesma ordem acima referida:

1 – ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL. ARTIGOS 19 E 20 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

Sob esse aspecto, a ação tem por objeto os seguintes atos normativos envolvendo a **estrutura administrativa da Câmara Municipal** do Município de Bauru:

Artigos 1º e 2º da Lei n. 3.859, de 04 de abril de 1995 (fls. 617/618)	Dispõe sobre (a) a criação dos cargos de **Coordenador de Atividades Gerais e de Programador de CPD**; (b) a extinção do cargo de **Arquivista I**, **Arquivista II** e **Assistente Administrativo-Financeiro** (art. 1º); (c) a transformação das funções de confiança de **Secretário da Presidência**, **Assistente Jurídico** e **Chefe de Serviço** em cargos em comissão (art. 2º); (d) a alteração da denominação de **Consultor Parlamentar** para **Assessor Parlamentar** (§ 1º do art. 2º); (e) alteração da denominação de **Assessor Técnico** para **Assessor de Apoio Legislativo** (§ 2º do art. 2º).	

Acesso ao Sumário

Artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 3.548, de 25 de março de 1993	Dispõe sobre (a) a criação de 21 cargos em comissão de **Assistente Parlamentar** e um cargo em comissão de **Consultor Parlamentar** (art. 1º); (b) a alteração do art. 4º da Resolução 270/1992 que dispõe sobre os cargos em comissão de **Diretor Geral**, **Subdiretor** e **Coordenador Administrativo-Financeiro** (art. 2º); e (c) a criação de um cargo em comissão de Analista de Sistema	
Lei n. 3.833, de 03 de janeiro de 1995	Dispõe sobre o cargo de "Assessor Técnico	

O autor alega que as normas impugnadas são incompatíveis com as disposições dos artigos 19 e 20 da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma legal:

> Artigo 19 – Compete à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20, e especialmente sobre:
>
> .....
>
> III – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o artigo 47, XIX, "b";
>
> Artigo 20 – Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa:
>
> ...
>
> III – dispor sobre a organização de sua Secretaria, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

E nesse ponto a **ação é procedente**.

Com exceção da **fixação da remuneração**, que se submete ao princípio da **reserva legal**, diante da disposição da parte final do artigo 20, III, da Constituição Estadual, de resto toda matéria (**envolvendo a organização e estrutura administrativa da Câmara Municipal**) só pode ser disciplinada por **norma interna** da Casa Legislativa (Resolução), e não por lei (com participação do Prefeito), **ainda que a norma seja de iniciativa parlamentar**, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade das normas por vício formal (artigos 19 e 20 da Constituição Paulista).

Acesso ao Sumário

Não se trata de apego demasiado à forma, pois o artigo 5º, § 1º, da Constituição Estadual dispõe expressamente que "é vedado a qualquer dos Poderes **delegar atribuições**", ou seja, as competências outorgadas pela Constituição são irrenunciáveis, incomunicáveis e indelegáveis (§ 1º do art. 5º), de forma que nem a aquiescência da Câmara à participação do chefe do Executivo, na edição dos diplomas impugnados, afasta a inconstitucionalidade existente.

No mesmo sentido já decidiu este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 1.338, de 02 de junho de 2017, que altera a Lei Complementar nº 1.156, de 25 de novembro de 2011, que 'Dispõe sobre a Reestruturação Administrativa Organizacional e Administrativa de Pessoal da Câmara Municipal de Mogi Guaçu, e dá outras providências'. Vício de forma. Temas afetos à estrutura administrativa do Legislativo que devem ser feitos através de Resolução. Inteligência do artigo 20, III, da Carta Paulista. Inconstitucionalidade..." (ADIN nº 2243604-03.2017.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 25.01.2018).
>
> "A organização dos servidores da Câmara Municipal deve ser feita, nos termos do artigo 20, inciso III, da Constituição Estadual, aqui aplicada por simetria, nos termos do artigo 144, da Constituição Bandeirante, mediante edição de Resolução, sob pena de afronta ao princípio da Separação dos Poderes. Reserva-se à Lei em sentido estrito, no entanto, a questão relativa à remuneração ou outras vantagens remuneratórias desses servidores (ADI 2183808-81.2017.8.26.0000, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 07/02/2018).
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 3.723, de 18 de fevereiro de 2015, do município de Mirassol, que altera dispositivos da Lei nº 3.233, de 31 de março de 2009. Alteração de diploma referente ao quadro de servidores da Câmara Municipal. Competência exclusiva do Poder Legislativo através de Resolução. Participação do Chefe do Executivo no processo legislativo que caracteriza invasão da competência privativa do Poder Legislativo. Violação do princípio da separação e independência dos poderes. Ação procedente" (ADIN nº 2121246-07.2015.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. 23/09/2015).

2 – CRIAÇÃO DE CARGOS SEM DESCRIÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES.

Nos termos do art. 115, inciso II, da Constituição Paulista, "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração".

Essa ressalva, no que diz respeito à livre nomeação para os cargos em comissão, refere-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramen-

Acesso ao Sumário

to. Essa é a lição de Hely Lopes Meirelles, para quem, cargo em comissão "é o que só admite provimento em caráter provisório, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito a continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico, daí a livre nomeação e exoneração" ('Direito Administrativo Brasileiro', Malheiros Editores/SP, 30ª ed., pág. 405).

No caso destes autos, o autor alega que o artigo 3º da Resolução n. 334/1997; o artigo 4º da Resolução n. 270/1992; o Anexo II da Resolução n. 270/1992 (com alterações promovidas pelas Resoluções nº 276/93, 282/93, 334/97 e pelas Leis 3.548/93 e 3.859/95); o artigo 1º da Resolução n. 282/1993; o artigo 1º da Lei n. 3.548/1993; a Lei n. 3.833/1995 e o artigo 3º da Lei n. 3.859/1995 (fls. 617/618), criaram os cargos de provimento em comissão, abaixo indicados, **sem, entretanto, descrever as respectivas atribuições**, daí a necessidade, **no seu entendimento**, de reconhecimento de inconstitucionalidade das normas impugnadas, sob esse aspecto, pela **impossibilidade de exame de compatibilidade entre os cargos criados e as hipóteses permissivas de dispensa do concurso**:

Acesso ao Sumário

	Cargos/função	**Dispositivo legal**	**Folhas**	**Observações do relator**
01	Diretor	Art. 3º da Resolução 334/1997	Fls. 679/693	Não constam atribuições específicas
02	Coordenador Administrativo-Financeiro	Art. 4º da Resolução 270/1992	Fls. 635/640	Cargo extinto pelo artigo 2º da Resolução n. 334/97 (fl. 679).
03	Consultor Jurídico	Anexo II da Resolução 270/1992	Fl. 642	Atribuições que já constavam do artigo 5º, II, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "g", da Resolução n. 334/1997 (fl. 682), atualizadas pela Resolução 573/2020 (fl. 715). A questão referente à validade, ou não, das atribuições será objeto de exame no tópico seguinte.

Acesso ao Sumário

04	Assessor de Imprensa	Anexo II da Resolução 270/1992	Fl. 642	Atribuições que já constavam do artigo 5º, IV, alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "f", da Resolução 334/1997 (fls. 683/684), atualizada pela Lei 7.366/2020. A questão referente à validade, ou não, das atribuições será objeto de exame no tópico seguinte
05	Consultor Administrativo-Financeiro	Anexo II da Resolução 270/1992		Atribuições que já constavam do artigo 5º, III, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f", "g", "h" e "i", da Resolução 334/1997 (fl. 683), atualizadas pela Resolução 573/2020 (fls. 713/715). A questão referente à validade, ou não, das atribuições será objeto de exame no tópico seguinte

Acesso ao Sumário

06	Fotógrafo (extinto pela Lei 3.936/1995) – fl. 619.	Art. 1º da Resolução 282/1993	Fls. 653/654	Cargo extinto pelo artigo 2º da Lei n. 3.936/1995 (fl. 619), ou seja, extinto por lei, e não por Resolução. Não constam atribuições.
07	Consultor Parlamentar	Art. 1º da Lei n. 3.548/1993	Fls. 613/614	Não constam atribuições. Cargo, ademais, criado por lei, e não por Resolução. Posteriormente, a denominação desse cargo foi alterada para Assessor Parlamentar, com atribuições fixadas por Lei (art. 2º, § 1º, da Lei n. 3.859/95), e não por Resolução. Posteriormente, a Resolução 334/1997 (artigo 5º, inciso V) fixou atribuições, mas o cargo já apresentava vício de constitucionalidade desde o início, por ter sido criado por lei.

Acesso ao Sumário

08	Assessor Técnico	Lei 3.833/1995	Fls. 615/616	Não constam atribuições. Cargo, ademais, criado por lei, e não por Resolução.
09	Sub-Chefe de Serviço	Art. 3º da Lei 3.859/1995 (fls. 617/618)	Fls. 617/618	Função de confiança extinta pelo artigo 2º da Resolução n. 334/1997

Sob esse aspecto, a **ação é procedente** (por tal fundamento) em relação ao **Diretor** (item 1), **Fotógrafo** (item 6) e **Assessor Técnico** (item 8)[5], pois, realmente, esses cargos não possuem descrição das respectivas atribuições.

E conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "**para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento**" (AgRg no Recurso Extraordinário 752.769/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08/10/2013), ou seja, é indispensável a demonstração efetiva da "adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público" (ADI 3.233/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10/05/2007).

Na lição de Marçal Justen Filho, "a criação e disciplina do cargo público fazem-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e das condições de exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que 'fica criado o cargo de servidor público'. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica" (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 581).

2.1. PARTICULARIDADES DESSES CARGOS (IMPUGNADOS POR FALTA DE DESCRIÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES).

2.1.1. Em relação ao **Diretor**, previsto no artigo 3º da Resolução 334/1997,

5 Lembrando que esses dois últimos cargos (**Consultor Parlamentar** e **Assessor Técnico**) também estão sendo declarados inconstitucionais pelo fundamento do tópico anterior (violação dos artigos 19 e 20 da Constituição Estadual).

o Prefeito Municipal alega que as atribuições foram descritas na própria Resolução 334/1997, e posteriormente reordenadas na Resolução n. 441/2004. O que se nota, entretanto, que é as atribuições a que se refere o alcaide, na verdade, são relativas à **Diretoria de Apoio Legislativo**, **Diretoria Administrativa**, **Diretoria Financeira** e **Diretoria de Recursos Humanos**, ou seja, abrangem atividades de órgãos diferentes entre si, e com competências próprias, o que impede o aproveitamento (ou unificação) das descrições (atribuídas àqueles órgãos) para definir as atividades do **cargo comissionado de Diretor**.

De qualquer forma, mesmo que fossem consideradas as alegações do Prefeito Municipal, **ainda assim o cargo de Diretor seria inconstitucional**, pelo fundamento exposto no item seguinte, já que as atribuições mencionadas nas Resoluções 334/1997 e 441/2004 (referentes à Diretoria de Apoio Legislativo, Diretoria Administrativa, Diretoria Financeira e Diretoria de Recursos Humanos) **são técnicas e burocráticas**, típicas da rotina administrativa, daí porque **não justificariam a dispensa do concurso público**.

2.1.2. No que diz respeito ao **Coordenador-Administrativo Financeiro** (item 2), previsto no artigo. 4º da Resolução 270/1992 (fls. 635/640), anoto que tal cargo **foi extinto** pelo artigo 2º da Resolução n. 334/97 (fl. 679), daí o reconhecimento de falta de interesse processual (no referido tópico).

2.1.3. No que diz respeito ao **Consultor Jurídico**, previsto no Anexo II da Resolução 270/1992 (fl. 642), a impugnação se fundamentou na **ausência de descrição das atribuições**[6] e na violação dos artigos 98, 99 e 100 da Constituição Estadual.

É importante considerar, todavia, que referido cargo não foi criado pela Resolução n. 270/1992 (objeto da impugnação), e sim **pela Resolução n. 51, de 24 de setembro de 1958**, em relação à qual não existe **nenhum pedido de declaração de inconstitucionalidade** ou de **não recepção pela atual ordem constitucional,** daí o reconhecimento de inépcia da petição inicial, nesse ponto específico, o que não impede a propositura de nova ação.

Embora no controle normativo abstrato, a causa de pedir seja aberta, possibilitando o exame da questão constitucional com base em fundamento diverso, **o pedido deve ser certo e determinado**, e o julgamento deve obediência ao **princípio da adstrição**, salvo os casos de arrastamento, que **não é cabível nesse tópico**, pois não se trata de evitar efeitos repristinatórios ou de incluir normas paralelas ou supervenientes editadas dentro do mesmo complexo normativo, e sim de garantir discussão sobre o **objeto principal** da impugnação.

Acesso ao Sumário

2.1.4. Em relação ao **Assessor de Imprensa** a declaração de inconstitucionalidade **não fica prejudicada** em razão da edição da **Lei n. 7.062/2018** (fl.

6 Na verdade, a Resolução 334/1997 (artigo 5º, inciso II, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "g"), atualizada pela Resolução 573, de 28 de julho de 2020 (fls. 713/717), **supriu essa falta**, indicando expressamente as atividades de tal profissional.

107) ou da **Lei n. 7.366/2020** (fls. 627/628), porque as atribuições dos cargos da estrutura administrativa da Câmara Municipal, na verdade, **devem ser fixadas por Resolução**, e não por lei, conforme exposição do item "1" acima mencionado.

Anoto, ademais, que as atribuições de tal cargo **já estavam previstas** no **artigo 5º, IV, alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "f", da Resolução 334/1997** (fls. 683/684) e mais recentemente no **artigo 3º, item 5, da Resolução n. 441/2004** (fls. 694/712), motivo pelo qual a impugnação de tal cargo será examinada no tópico seguinte (referente à natureza das atribuições).

Tal é possível, pois na ação direta de inconstitucionalidade vige o "princípio da causa petendi aberta", ou seja, "**o Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial**" (Adin n.º 2.396-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/09/2001).

2.1.5. Em relação ao **Consultor Administrativo-Financeiro** (item 5), previsto no § 2º do artigo 4º e no Anexo II, da Resolução n. 270/92, o fundamento da impugnação também foi a falta de atribuições, todavia **as atribuições já haviam sido descritas** (antes da propositura da ação) no artigo 5º, III, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f", "g", "h" e "i", da Resolução 334/1997 (fl. 683), **atualizadas pela Resolução 573/2020** (fls. 713/717), motivo pelo qual a impugnação de tal cargo, tal como anotado no item anterior, será examinada adiante com base na fundamentação referente à natureza técnica das atribuições.

2.1.6. Embora o cargo de **fotógrafo** (previsto no artigo 1º da Resolução n. 282/1993), já tenha sido **objeto de revogação**, em tese, pela municipalidade, tal fato **não implica falta de interesse de agir**, pois a revogação, nesse caso, se deu **pela lei** n. 3.936/1994 (fl. 619)), **e não por Resolução**, como seria necessário e adequado, por se tratar de matéria referente à **estrutura administrativa da Câmara Municipal**, conforme fundamentação do item "1" anterior.

2.1.7. Em relação ao **Consultor Parlamentar**, anoto que a denominação do cargo foi alterada para **Assessor Parlamentar**, com **atribuições fixadas por Lei** (art. 2º, § 1º, da Lei n. 3.859/95), **e não por Resolução**. Posteriormente, a Resolução 334/1997 (artigo 5º, inciso V) fixou atribuições, mas o cargo já apresentava vício de constitucionalidade desde o início, **por ter sido criado por lei, e não por Resolução**, em contraposição às regras dos artigos 19 e 20 da Constituição Estadual.

2.1.8. No que diz respeito ao **Consultor Técnico**, além de não possuir atribuições, o cargo foi criado por lei, e não por Resolução, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade também sob esse fundamento (violação dos artigos 19 e 20 da Constituição Estadual).

2.1.9. No que se refere ao **Sub-Chefe de Serviço** (item 9), previsto no

Acesso ao Sumário

artigo 3º, da Lei n. 3.859, de 04 de abril de 1995 (fls. 617/618), anoto que tal função de confiança **foi extinta** pelo artigo 2º da Resolução n. 334, de 26 de fevereiro de 1997 (fls. 679/693).

2.1.10. Da mesma forma, o cargo de **Coordenador Administrativo-Financeiro**, criado pelo artigo 4º da Resolução n. 270/1992, foi extinto também pelo artigo 2º da Resolução n. 334/97, daí porque – nesses dois casos – a hipótese é de reconhecimento de carência da ação por **falta de interesse processual**.

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**" ("O controle de constitucionalidade no direito brasileiro", São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137/138).

3 – CARGOS COMISSIONADOS (E FUNÇÃO DE CONFIANÇA) COM ATRIBUIÇÕES GENÉRICAS OU TÉCNICAS QUE NÃO EVIDENCIAM ATIVIDADES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO.

Sob esse aspecto, o questionamento envolve discussão sobre a validade dos seguintes cargos comissionados:

01	Chefe de Gabinete	Criação e atribuições constantes do art. 3º da Resolução n. 334/1997	Fls. 679/693
02	Assessor de Cerimonial (extinto pela Lei 5237/2005)	Criação e atribuições constantes do art. 3º da Resolução n. 334/1997	Fls. 679/693
03	Chefe de Serviço	Criação e atribuições constantes do art. 3º da Resolução n. 334/1997	Fls. 679/693
04	Assessor Técn. Obras e Serviços (extinto – Lei 5236/2005)	Criação e atribuições constantes do art. 3º da Resolução n. 334/1997	Fls. 679/693
05	Secretário da Presidência	Atribuições no art. 3º, item "2", da Resolução n. 441/2004	Fls. 694/712

Acesso ao Sumário

06	Operador de Vídeo (extinto pela Lei 3.936/1995) – fl. 619	Previsto no art. 20 da Res. 270/92, art. 3º da Res. 276/93 e ~~art. 4º, item 5.1.6, da Res. 441/04~~	Fls. 635/640 e 694/712
07	Analista de Sistemas (extinto pela Lei 3.936/1995)	Criado pelo art. 3º da Lei 3.548/93 e ~~art. 5º, item "3", da Resolução n. 441/04~~	Fls. 694/712

O autor alega as atribuições dos referidos cargos **são técnicas e burocráticas**, típicas da rotina administrativa, daí porque os respectivos postos só podem ser ocupados por servidores concursados.

Essa questão referente ao enquadramento, ou não, dos cargos impugnados nas hipóteses de **exceção ao concurso público** previstas no artigo 115, inciso II, da Constituição Estadual, **depende do exame da descrição das respectivas atribuições** (a seguir reproduzidas):

1 – **Chefe de Gabinete**: criado "com a função de gerir as atividades técnico-burocráticas de rotina que tramitem no âmbito da Presidência ou sejam de responsabilidade da Mesa da Câmara", conforme artigo 3º da Resolução n. 334/1997 (fl. 680).

2 – **Assessor de Cerimonial**: criado com a "função de gerir as atividades cívicas e o cerimonial da Câmara", conforme artigo 3º da Resolução n. 334/1997 (fl. 680).

3 – **Chefe de Serviço**: criado com a "função de chefiar um dos serviços da sua estrutura organizacional", conforme artigo 3º da Resolução n. 334/1997 (fl. 680).

4 – **Assessor Técnico de Obras e Serviço**: criado com a "função de assessorar as Comissões Técnicas e os vereadores em assuntos de sua especialização profissional", conforme artigo 3º da Resolução n. 334/1997 (fl. 680).

5 – **Secretário da Presidência**: função de confiança criada para "(a) receber e encaminhar à chefia de Gabinete e distribuir ao seu destino, o documento e expedientes que por lá tramitam; (b) receber e expedir correspondência; (c) atender e marcar contatos administrativos e políticos, quando solicitada; (d) zelar pelo bom funcionamento de sua área; (e) exercer as demais tarefas próprias da Secretaria, conforme artigo 3º, item 2, alíneas "a", "b", "c", "d" e "e", da Resolução n. 441/2004 (fl. 695).

6 – **Operador de vídeo**: descrito no **item 5.1.6 do artigo 4º da Resolução 441/2004 como "Operador de vídeo e áudio"**. Atribuições: "(a) fazer gravações externas e internas em áudio e vídeo para a TV-Câmara; (b) operar os equipamentos de áudio, vídeo e cenário, e seus acessórios, para captação, gravação e produção de TV; (c) gravar, copiar material solicitado pela direção de TV, supervisão ou jornalismo, de sessões,

reuniões, audiências ou matérias próprias ou de terceiros; (d) organizar o arquivo do material produzido pela emissora legislativa em sistema próprio, cuidando da catalogação e da conservação do material, criar condições técnicas adequadas de acervo e localização do arquivo de TV; (e) manter os equipamentos de áudio e vídeo em perfeitas condições de funcionamento e limpeza, comunicando à direção de comunicação quando necessária a sua manutenção; (f) instalar, desinstalar e operar os equipamentos e seus periféricos antes e durante os trabalhos previstos em pauta; (g) exercer as demais tarefas próprias de sua área, cumprir o regulamento e o manual de redação da TV Câmara", **conforme artigo 4º, item 5.1.6, da Resolução 441/2004** (fl. 708).

7 – **Analista de Sistemas**: previsto no artigo 5º, item 3, da Resolução 441/2004, com as seguintes atribuições: "(a) planejar e analisar procedimentos visando ao funcionamento de todo o sistema implantado na Câmara; (b) zelar pelo planejamento e administração dos bancos de dados e da rede de computadores da Câmara; (c) planejar todas as atividades para que as atribuições previstas no item 2.3.1 do artigo 4º da mesma norma, sejam efetivadas; (d) executar as demais tarefas próprias de analista de sistema", **conforme artigo 5º, item 3, da Resolução n. 441/2004** (fl. 709).

Vê-se, daí, que esses 7 cargos possuem atribuições **burocráticas**, **técnicas** e **operacionais** que não exigem – para seu adequado desempenho – relação de especial confiança, **senão a mera obediência e lealdade às instituições públicas, como dever imposto a todo e qualquer servidor**, ou seja, **não revelam plexo de direção, chefia e assessoramento superior**, ao menos no sentido delimitado pelo mencionado Tema 1.010 do Supremo Tribunal Federal, pois não pressupõem "**planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas**" (RE 1.041.210/SP).

Não custa lembrar, sob esse aspecto, que **a simples denominação** de cargos públicos como sendo de direção, chefia ou assessoria, **assim como a mera alusão à relação de confiança ou vinculação política e necessidade de obediência ao plano de governo**, em termos genéricos (e incompatíveis com a natureza da ocupação), **não justificam a dispensa do concurso público**, uma vez que "**a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso**" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 18ª ed, São Paulo, p. 378).

Márcio Cammarosano, citado por Adilson de Abreu Dallari ("Regime Constitucional dos Servidores Públicos", RT, 1990, p. 51), abordou esse assunto nos seguintes termos:

"Com efeito, verifica-se desde logo que a Constituição, ao admitir que o

Acesso ao Sumário

legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o faz com a finalidade de propiciar ao chefe do governo o seu real controle, mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de **pessoa de sua inteira confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental**. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também seu comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade à autoridade superior".

Este C. Órgão Especial tem reiteradamente decidido nesse sentido, com destaque para o julgamento da ADIN nº 2188973-41.2019.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, julgado em 05/02/2020, quando questão semelhante foi definida nos seguintes termos:

"a criação de cargo em comissão se justifica quando as funções a serem desempenhadas pelo servidor dependam estritamente da confiança do agente nomeante. Isto é, em hipóteses nas quais seja manifesta a necessária relação de fidúcia entre o agente nomeante e o servidor em comissão. O servidor comissionado deve guardar absoluta fidelidade às orientações traçadas pelo agente nomeante, demonstrando, além de capacidade técnica, estrita afinidade de princípios e até mesmo ideológica. Somente nessas especialíssimas situações o provimento em comissão se mostra justificável".

E ainda:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.949/18, que deu redação ao artigo 3º e Anexo II da Lei 8.762/17 do Município de Jundiaí e que cria cargos comissionados de Assessor, Diretor do Departamento de Serviços Funerários Municipais e de Superintendente Adjunto de Política Habitacional. Atividades técnicas e operacionais que não se adequam à previsão do artigo 115, V, da Constituição do Estado. Tema 1010 do STF. Cargo de assessor sem atribuições convenientemente especificadas. Ação julgada procedente" (ADIN nº 2247192-47.2019.8.26.0000, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 08/07/2020).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Expressões: 'Assessor de Imprensa', 'Diretor Legislativo' e 'Diretor Geral Administrativo' constantes do Anexo I da Resolução nº 82, de 05 de junho de 2019, da Câmara Municipal de Piracaia. Alegação de inconstitucionalidade pela não conformidade das atribuições compatíveis com atividades de assessoramento, chefia e direção, vulnerando preceitos da Constituição Bandeirante. CARGOS COMISSIONADOS. Exigência na Constituição Federal, com reprodução obrigatória nos Estados e Municípios, da cria-

Acesso ao Sumário

ção de cargos para assessoramento, chefia ou direção somente para o exercício de atribuições de alta complexidade ou de efetiva supervisão, sob pena de mera dissimulação para afastar a exigência de concurso público de provas e títulos. Determinação, ainda, do Supremo Tribunal Federal ao atribuir repercussão geral no RE-1041210/SP (Tema 1010) para exigência de justificativa para criação de cargos comissionados, com clareza na necessidade da relação de confiança e com a garantia de reserva mínima para provimento por servidor de carreira. Constatação no dispositivo normativo impugnado de que os cargos analisados não preencheram os requisitos constitucionais e do RE-1041210/SP, por deterem natureza técnica e sem justificativa para ocupação por pessoa estranha ao corpo efetivo. Inconstitucionalidade patente na forma dos preceitos dos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual. MODULAÇÃO. Aplicação da diretriz do artigo 27 da Lei 9.868/99 para dar o prazo de 120 dias para a Prefeitura do Município de Presidente Epitácio reorganizar a estrutura de cargos comissionados impugnados nesta ação direta, por meio de edição de Lei específica. Ação julgada procedente, com modulação" (ADIN nº 2247825-58.2019.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. 17/06/2020).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade em face dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 5º e dos Anexos I e II da Lei n° 7.423, de 26 de dezembro de 2018, do Município de Mogi das Cruzes, que preveem os cargos comissionados de 'Coordenador da UGP' e de 'Diretor'. Inconstitucionalidade declarada, eis que a descrição das atribuições dos referidos cargos não evidencia funções de assessoramento, chefia e direção, mas atividades meramente burocráticas ou técnicas, devendo referidos cargos ser preenchidos por servidor público investido em cargo de provimento efetivo. Ação procedente, com modulação dos efeitos em 120 (cento e vinte) dias a contar do julgamento da presente ação, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Ação direta julgada procedente, com modulação dos efeitos" (ADIN nº 2206869-97.2019.8.26.0000, Rel. Desª Cristina Zucchi, j. 04/06/2020).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Ituverava. Incisos III e IX, do § 7º, do art. 12 e incisos XXXIV e LXXI, da Seção II do Anexo Único, da Lei nº 4.383, de 25.05.16, com a nova redação dada pela Lei nº 4.539 de 28.06.19. Cargos de 'Diretor de Contratos' e 'Chefe de Gestão de Licitações' de provimento em comissão. Inconstitucionalidade. Atribuições burocráticas, técnicas e administrativas. Ausente qualquer elemento a indicar a necessária relação de fidúcia entre o servidor e a autoridade. Afronta aos artigos 111, 115, II e V e 144 da Constituição Estadual. Modulação. 120 dias a contar do julgamento da presente ação (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Procedente a ação, com modulação" (ADIN nº 2243531-60.2019.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 10/06/2020).

"Ação Direta Inconstitucionalidade das expressões Assessor da Presi-

Acesso ao Sumário

dência, Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete, Assessor Técnico da Escola do Legislativo, Diretor do Departamento Jurídico, Diretor do Departamento Contábil e Financeiro, Diretor do Departamento de Administração e Diretor do Departamento Técnico Legislativo, previstas no art. 65 e nos Anexos I, II, IV e VII, da Lei nº 4.677, de 23 de abril de 2015, na redação original e nas redações dadas pela Lei n° 4.692, de 05 de junho de 2015, e pela Lei nº 4.769, de 25 de abril de 2016, do Município de Jaboticabal. Atribuições burocráticas e técnicas, em desconformidade com as especificidades e transitoriedade intrínsecas aos cargos em comissão. Atividades que devem ser realizadas por servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, mediante aprovação em concurso público. Competências inerentes à Advocacia Pública. Contrariedade aos arts. 111, 115, I, II e V; 144, da CE/89. Inconstitucionalidade configurada. Ação julgada procedente, com modulação" (ADIN nº 2256640-44.2019.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 04/06/2020).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Cargos de Assessor Especial, Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor de Gabinete III, Assessor de Comunicação e Imprensa, Assessor de Departamento, Chefe de Departamento, Chefe de Divisão, Coordenador de Defesa Civil, Coordenador de Procon, Espaços Esportivos, Sociais e Culturais, Corregedor da Guarda Civil Municipal, Gerente Administrativo de Saúde e Ouvidor Geral inseridos no Anexo X, da LC Municipal nº 63/2005 pelo artigo 7º e Anexo II, da LC Municipal nº 159/2018, ambas do Município de Cajamar. Atribuições de natureza técnica e burocrática que não se amoldam às hipóteses excepcionais de provimento em comissão. Violação dos artigos 111 e 115, II e V, da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade do artigo 7º e Anexo II, da LC 159/2018, do Município de Cajamar reconhecida. Ação procedente, sem modulação dos efeitos" (ADIN nº 2107999-51.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 17/10/2018).

É o posicionamento que deve prevalecer, **mesmo diante dos argumentos contrários do Prefeito Municipal**; primeiro porque, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autonomia conferida aos entes federativos "**não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória**" (ADI 3.819, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 28/3/2008); e depois porque "**nem todas as chefias podem ser providas pela via do cargo em comissão, pois estes se destinam, apenas, ao preenchimento de vagas na administração superior do ente municipal, onde o comprometimento com as diretrizes políticas do Chefe do Executivo são efetivamente indispensáveis**. As chefias secundárias, entretanto, porque submetidas às superiores, não demandam esta especial confiança, podendo ser providas por servidores concursados, agraciados, em razão da maior responsabilidade a eles atribuída, com funções gratificadas" (ARE 753415 AgR/RS nº 753.415, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 29.10.2013).

Acesso ao Sumário

3.1 – **PARTICULARIDADES DESSES CARGOS COM ATRIBUIÇÕES GENÉRICAS OU TÉCNICAS QUE NÃO EVIDENCIAM ATIVIDADES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO.**

3.1.1. **Assessor de Cerimonial** e **Assessor Técnico de Obras e Serviços**.

É certo que os cargos de "**Assessor de Cerimonial**" (item 2) e "**Assessor Técnico de Obras e Serviços**" (item 4), ambos criados pela Resolução n. 334/1997 (fls. 679/693), **já foram objeto de revogação**, em tese, pela Lei n. 5.237/2005 (fl. 623) e pela Lei n. 5.236/2005 (fl. 622), respectivamente, conforme informado pelo Prefeito Municipal.

Tal fato, entretanto, **não impede a declaração de inconstitucionalidade dos cargos** (por ofensa ao artigo 115, incisos II e V, da Constituição Estadual), como acima reconhecido, pois a revogação, nos dois casos, **se deu por meio de leis** (5.237/2005 e 5.236/2005), quando deveria ser **por meio de Resolução**, por se tratar de matéria referente à **estrutura administrativa da Câmara Municipal**, conforme exposição do item "1" acima.

3.1.2. **Analista de Sistema** e **Operador de Vídeo**.

A situação do item anterior também ocorre em relação aos cargos de "**Analista de Sistema**" e de "**Operador de Vídeo**", que foram **extintos pela lei** n. 3.936/1995 (fl. 619), **e não por Resolução**.

Destaca-se, ainda, que tais cargos, **impugnados por não terem características de direção, chefia e assessoramento**, devem ser declarados inconstitucionais, na verdade, pela **ausência de descrição das respectivas atribuições**.

É que as **atribuições impugnadas** em relação a esses dois cargos, descritas no **artigo 4º, item 5.1.6** (Operador de Áudio e Vídeo) e no **artigo 5º, item 3** (Analista de Sistema), **ambos da Resolução n. 441/2004**, dizem respeito, na verdade, a outros **cargos com denominações semelhantes**, mas de **natureza efetiva**, criados pelo artigo 1º da Lei n. 3.936/1995 (fl. 619), conforme esclarecido pelo Prefeito Municipal.

De qualquer forma, constatado esse fato, e **como não existem quaisquer outras atribuições** em relação aos cargos comissionados de **Analista de Sistema** e ao **Operador de Vídeo**, previstos no artigo 3º da Lei n. 3.548/1993 e no artigo 20 da Resolução n. 270/1992 (bem como no artigo 3º da Resolução n. 276/1993), **a inconstitucionalidade, nessa parte, é reconhecida pelo fundamento do item "2" acima** (criação de cargos sem descrição das respectivas atribuições).

3.1.3. **Secretário da Presidência**.

A declaração de inconstitucionalidade dessa função de confiança não fica prejudicada pela edição da **Resolução n. 573/2020**, pois as atribuições contidas nesse ato normativo, tal como as anteriores (fls. 682) também **são técnicas, burocráticas e operacionais** (fl. 716), **não justificando a gratificação de con-**

fiança:

"I – receber e encaminhar à Chefia de Gabinete e distribuir ao seu destino, os documentos e expedientes que por lá tramitem;

II – receber e expedir correspondência;

III – atender e marcar contatos administrativos e políticos, quando solicitada;

IV – zelar pelo bom funcionamento de sua área;

V – exercer as demais tarefas próprias da Secretaria"

3.1.4. **Cargos de Assessor de Imprensa e Consultor Administrativo-Financeiro**.

Esses dois cargos foram impugnados por **ausência de descrição das respectivas atribuições**, todavia, **como mencionado no item 2 acima**[7], existiam sim descrições das atribuições (previstas em Resoluções), daí porque – **afastado o fundamento invocado na inicial** – as impugnações, nessa parte, serão examinadas com base no vício indicado no presente tópico (referente à natureza das atribuições), **tudo com base no princípio da causa de pedir aberta**.

Seguem as descrições das atribuições dos referidos cargos:

ASSESSORIA DE IMPRENSA (Resolução 441/2004)

a – elaborar releases para jornais e revistas;

b – encaminhar pautas e notícias das atividades dos vereadores aos meios de comunicação, seja televisão, rádio, jornal, revista, Internet ou outro meio de mídia;

c – preparar e realizar gravações com os vereadores, internas ou externas, através da TV própria, jornal, internet ou outro meio de comunicação, passando o material para os meios de divulgação sempre que necessário;

d – dar suporte de comunicação e coordenar os vereadores nas gravações e divulgações executadas com as mídias internas e externas e responder pela elaboração de produtos editoriais de divulgação internos;

7 "...2.1.4. Em relação ao **Assessor de Imprensa** a declaração de inconstitucionalidade **não fica prejudicada** em razão da edição da **Lei n. 7.062/2018** (fl. 107) ou da **Lei n. 7.366/2020** (fls. 627/628), porque todas as atribuições dos cargos da estrutura administrativa da Câmara Municipal, na verdade, **devem ser fixadas por Resolução**, e não por lei, conforme exposição do item "1" acima mencionado. Anoto, ademais, que as atribuições de tal cargo **já estavam previstas no artigo 5º, IV, alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "f", da Resolução 334/1997** (fls. 683/684), motivo pelo qual a impugnação de tal cargo será examinada no tópico seguinte (referente à natureza das atribuições).

Tal é possível, pois, como mencionado acima, na ação direta de inconstitucionalidade vige o "princípio da causa petendi aberta", ou seja, "**o Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expedidos na inicial**" (Adin n.º 2.396-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j .26/09/2001).

2.1.5. Em relação ao **Consultor Administrativo-Financeiro** (item 5), previsto no § 2º do artigo 4º e no Anexo II, da Resolução n. 270/92, o fundamento da impugnação também foi a falta de atribuições, todavia **as atribuições já haviam sido descritas** (antes da propositura da ação) no artigo 5º, III, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f", "g", "h" e "i", da Resolução 334/1997 (fl. 683), atualizadas pela Resolução 573/2020 (fls. 713/717), motivo pelo qual a impugnação de tal cargo, tal como os itens anteriores, será examinada com base na fundamentação referente à natureza técnica das atribuições".

Acesso ao Sumário

e – de posse dos relatórios parciais recebidos das unidades administrativas, elaborar o relatório anual de atividades da Câmara;

f – acessar o site da Câmara, devendo atualizá-lo periodicamente com notícias oficiais e divulgação de assuntos de interesse público, bem como atualização de dados, divulgação sobre atividades, votações, audiências públicas e outros eventos;

g – executar as demais tarefas próprias de sua área e cumprir o regulamento e manual de redação da TV Câmara.

CONSULTORIA ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO (Resolução n. 573/2020)

a – coordenar para a Comissão Interpartidária, a organização, realização e a publicidade das audiências públicas exigidas pela Lei Complementar nº 101/00, referentes ao relatório de gestão fiscal quadrimestral;

b – coordenar para a Comissão Interpartidária, a organização, realização e a publicidade das audiências públicas exigidas pela Lei Complementar nº 101/00, referentes ao projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual;

c – coordenar para a Comissão Interpartidária, a organização, realização e a publicidade das audiências públicas exigidas pela Lei Complementar nº 101/00, referentes ao projeto de Lei Orçamentário Anual;

d – representar a Câmara Municipal, na função de controle perante o Tribunal de Contas do Estado, sempre que designado;

e – informar no âmbito da Câmara Municipal, que a execução orçamentária referente às despesas com pessoal, ocorra ou não em compatibilidade com os índices previstos no Artigo 29-A, da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 101/00;

f – acompanhar junto ao Tribunal de Contas do Estado, a tramitação dos processos de prestações de contas da Câmara Municipal;

g – acompanhar, respeitando-se o percentual previsto na Lei do Orçamento Anual, o cumprimento dos limites para a abertura de créditos adicionais da administração municipal;

h – assessorar a Mesa da Câmara no transcorrer das sessões plenárias, quando requisitada;

i – assessorar os vereadores no transcorrer das sessões plenárias, quando requisitada;

j – assessorar os vereadores membros de comissões especiais de inquérito, quando requisitada;

k – assessorar os vereadores membros de sindicâncias legislativas internas, quando requisitada;

l – assessorar os vereadores designados membros de comissões de sindicâncias administrativas internas, quando requisitada;

m – dar orientação técnica em todo e qualquer procedimento em tramitação na Câmara Municipal, quando solicitada;

Acesso ao Sumário

n – emitir pareceres em todo e qualquer procedimento em tramitação na Câmara Municipal, quando solicitada;

o – manter arquivos de acompanhamento da administração municipal sobre sua gestão administrativa e financeira;

p – manter atualizada a legislação referente às áreas administrativa e financeira;

q – examinar previamente e aprovar as minutas de editais de concurso público, de acesso e documentos afins;

r – elaborar as propostas de reforma administrativa no âmbito da Câmara e acompanhar a sua implantação;

s – elaborar manuais e normas que facilitem os trabalhos administrativos na Câmara;

t – exercer as demais atividades próprias da Consultoria Administrativo-Financeira.

Tais atribuições, como é fácil perceber, nem de longe revelam plexo de direção, chefia e assessoramento superior, no sentido delimitado pelo Tema 1.010 do Supremo Tribunal Federal, pois não pressupõem **"planejamento de ações com amplo espectro de discricionariedade e tomada de decisões políticas"** (RE 1.041.210/SP), daí o reconhecimento de nulidade do cargo com base nos precedentes acima mencionados (item 3).

Anota-se, sob esse aspecto, que embora as atribuições sejam dos órgãos (**Assessoria de Imprensa** e **Consultoria Administrativo-Financeiro**), e não dos cargos (Assessor de Imprensa e Consultor Administrativo-Financeiro), nesse caso, diferentemente da hipótese do item 2.1.1 acima, é possível o aproveitamento das descrições como sendo as atividades dos profissionais em questão, pois os dois órgãos foram criados com **funções específicas**, nas respectivas áreas (Assessoria e Consultoria), o que pressupõe exercício somente pelos titulares dos cargos correspondentes (Assessor e Consultor).

4. **INCONSTITUCIONALIDADE ARRASTAMENTO**.

Definida dessa forma a questão, com reconhecimento de procedência da ação, em relação aos dispositivos impugnados (considerados em vigor), declara-se, ainda, **por arrastamento**, conforme tem admitido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.144-RS, Rel. Min. Eros Grau, DJU 08/09/2006), **a inconstitucionalidade** das expressões (já revogadas) "**Assistente Administrativo-Financeiro**", "**Assistente Jurídico**" e "**Chefe de Serviço**" previstas na redação original do artigo 4º da Resolução 270, de maio de 1992, da Câmara Municipal de Bauru.

É que em face declaração de inconstitucionalidade da **Lei n. 3.859/1995**, (fl. 617/618) e **em decorrência do efeito repristinatório**, tais expressões, **previstas na antiga redação do artigo 4º da Resolução 270/1992**, retomariam validade (indesejada), **com os mesmos vícios** (indicados no item "a" acima), ou

Acesso ao Sumário

seja, **falta de descrição das respectivas atribuições**.

Também deve ser declarada a inconstitucionalidade **por arrastamento** das Leis **5.236/2005** (fls. 622) e **5.237/2005** (fl. 623), bem como do artigo 2º da **Lei 3.936/1995** (fl. 619), porque esses atos normativos, **em afronta aos artigos 19 e 20, III, da Constituição Estadual**, extinguiram, respectivamente, os cargos comissionados de **Assessor Técnico de Obras e Serviço**s (Lei 5.236/2005), **Assessor de Cerimonial** (Lei n. 5.237/2005) e **Analista de Sistema**, **Operador de Vídeo** e **Fotógrafo** (Lei 3.936/1995).

Da mesma forma, e pelo mesmo fundamento, devem ser declaradas inconstitucionais, por arrastamento (i) a **Lei n. 7.366/2020**, que, em desacordo com os artigos 19 e 20, III, da Constituição Estadual, fixou atribuições para os cargos de **Assessor de Apoio Legislativo**, **Assessor de Imprensa**, **Assistente Parlamentar** e **Assessor Parlamentar**; e (ii) o artigo 2º da Resolução n. 573/2020, que atribui funções técnicas ao **Consultor Jurídico** e ao **Secretário da Presidência**.

Em situações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal permite "**incluir normas que fazem parte do mesmo complexo normativo em que estão inseridas as normas objeto do pedido inicial, desde que lhes seja comum o fundamento jurídico invocado**" (ADIN/AgReg. nº 5.267/MG. Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23/08/2019), exatamente como ocorre no presente caso.

5 – **MODULAÇÃO**.

Por fim, impõe-se a modulação dos efeitos do julgado, por razões de segurança jurídica, diante da necessidade de implantação de nova estrutura administrativa na Câmara Municipal de Bauru, daí porque a inconstitucionalidade aqui declarada **só terá eficácia no prazo de 120 dias, contados da data deste julgamento**, conforme orientação firmada por este C. Órgão Especial em casos semelhantes.

Ante o exposto:

(i) **julgo extinto o processo**, sem conhecimento do mérito, em relação (a) ao cargo de **Coordenador Administrativo-Financeiro** (criado pelo artigo 4º da Resolução n. 270/1992), por ter sido extinto pelo artigo 2º da Resolução n. 334/97; (b) à função de confiança de **Subchefe de Serviço** (criado pelo artigo 3º da Lei n. 3.859/1995), por também ter sido extinta pelo artigo 2º da Resolução n. 334/97; (c) ao cargo de **Consultor Jurídico**, porque a Resolução 51/1958 (que criou referido cargo) não foi objeto do pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade ou declaração de **não recepção pela atual ordem constitucional**; (d) ao artigo 4º, item 5.1.6, da Resolução 441/2004, por envolver atribuições de cargo efetivo, e não de cargo comissionado; e (e) ao artigo 5º, item 3, da Resolução n. 441/2004 (pelo mesmo motivo do item "d");

(ii) **julgo procedente** a ação para **declarar a inconstitucionalidade** das

Acesso ao Sumário

seguintes expressões e disposições normativas do Município de Bauru:

1 – expressões "**Diretor**", "**Chefe de Gabinete**", "**Assessor de Cerimonial**", "**Chefe de Serviço**" e "**Assessor Técnico de Obras e Serviços**" previstas no art. 3º da Resolução nº 334, de 26 de fevereiro de 1997, a primeira **por ausência de descrição de suas atribuições**, e as demais por **não terem características de direção, chefia e assessoramento**;

2 – artigo 4º, caput, e seus §§ 1º e 2º, bem como do artigo 20 e das expressões "**Chefe de Serviço**" e "**Secretário da Presidência**", previstas no Anexo II da Resolução nº 270/92, com as alterações providas pelas Resoluções nº 276/93, 282/93, 334/97 e pelas Leis nº 3.548/93 e nº 3.859/95 (fls. 617/618), porque as atribuições dos cargos questionados não correspondem a funções de direção, chefia e assessoramento;

3 – expressão "**Assessor de Imprensa**", prevista no Anexo II da Resolução n. 270/1993, e que tem atribuições (**sem características de direção, chefia e assessoramento**) previstas no artigo 5º, IV, alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "f", da Resolução 334/1997 (fls. 683/684).

4 – expressão "**Consultor Administrativo-Financeiro**", prevista no Anexo II da Resolução n. 270/1993, e que tem atribuições (**sem características de direção, chefia e assessoramento**) previstas no artigo 5º, III, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f", "g", "h" e "i", da Resolução 334/1997 (fl. 683).

5 – expressões "**Operador de Áudio**" (constante do artigo 20 da Resolução n. 270/1993 e do artigo 3º da Resolução n. 276/93) e "**Analista de Sistema**" (constante do artigo 3º da Lei n. 3.548/1993), por falta de descrição das respectivas atribuições;

6 – artigo 1º da Resolução nº 282, de 10 de maio de 1993, referente à criação do cargo comissionado de **Fotógrafo** (fl. 16), **sem descrição das respectivas atribuições**;

7 – artigo 3º, item 2 da Resolução nº 441, de 8 de junho de 2.004, que prevê a função gratificada de **Secretária da Presidência**, com atribuições que **não correspondem a funções de direção, chefia e assessoramento** (fl. 695);

8 – artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 3.548, de 25 de março de 1993, referente (i) à criação dos cargos de **Assistente Parlamentar** e **Consultor Parlamentar** (artigo 1º); (ii) à **alteração do artigo 4º da Resolução n. 270/1992**; e (iii) à criação de cargo comissionado de **Analista de Sistema** (fls. 613/614), todas **com violação dos artigos 19 e 20, inciso III, da Constituição Estadual**;

9 – Lei nº 3.833, de 3 de janeiro de 1995, que cria o cargo comissionado de **Assessor Técnico**, sem observar a regra dos **artigos 19 e 20, inciso**

Acesso ao Sumário

III, da Constituição Estadual; e

10 – **artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 3.859, de 4 de abril de 1995** (fls. 617/618), referentes (a) à criação dos cargos comissionados de **Coordenador de Atividades Gerais** e de **Programador de CPD** (artigo 1º); (b) à extinção do cargo de **Arquivista I**, **Arquivista II** e **Assistente Administrativo-Financeiro** (art. 1º); (c) à **transformação** das funções de confiança de **Secretário da Presidência**, **Assistente Jurídico** e **Chefe de Serviço** em cargos em comissão (art. 2º); (d) à alteração da denominação de **Consultor Parlamentar** para **Assessor Parlamentar** (§ 1º do art. 2º); (e) à alteração da denominação de **Assessor Técnico** para **Assessor de Apoio Legislativo** (§ 2º do art. 2º) e (f) à criação da função gratificada de Sub-Chefe de Serviço (art. 3º), **também por ofensa aos artigos 19 e 20, inciso III, da Constituição Estadual**; e

(iii) **por arrastamento** (a) as expressões "**Assistente Administrativo-Financeiro**", "**Assistente Jurídico**" e "**Chefe de Serviço**", funções de confiança previstas na redação original do artigo 4º da Resolução 270, de maio de 1992, da Câmara Municipal de Bauru; (b) das Leis nº 5.236, de 07 de março de 2.005 e nº 5.237, de 07 de março de 2.005, bem como do artigo 2º da Lei n. 3.936/1995, porque esses atos normativos, **em afronta aos artigos 19 e 20, III, da Constituição Estadual**, extinguiram, respectivamente, os cargos comissionados de **Assessor Técnico de Obras e Serviços** (Lei 5.236/2005), **Assessor de Cerimonial** (Lei n. 5.237/2005) e **Analista de Sistema**, **Operador de Vídeo** e **Fotógrafo** (Lei 3.936/1995); (c) da Lei nº 7.366, de 13 de agosto de 2.020, porque tal norma, em desacordo com os artigos 19 e 20, III, da Constituição Estadual, fixou atribuições para os cargos de **Assessor de Apoio Legislativo**, **Assessor de Imprensa**, **Assistente Parlamentar** e **Assessor Parlamentar**; e (d) do art. 2º da Resolução nº 573, de 28 de julho de 2020 (que fixou atribuições técnicas ao Secretário da Presidência"), **tudo com modulação de 120 dias, contados do presente julgamento**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2072012-80.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE APIAÍ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE APIAÍ.

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 33.927)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, 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, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 1º de dezembro de 2021.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INCISOS I E VIII DO ARTIGO 47; INCISO I DO ARTIGO 48; ARTIGO 55, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO; E ARTIGOS 64 A 67, TODOS DA LEI Nº 127, DE 30 DE SETEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE APIAÍ, QUE INSTITUÍRAM O 'AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA' E O 'ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE/QUALIDADE DOS SERVIDORES MÉDICOS' – VANTAGENS CONCEDIDAS AOS SERVIDORES MUNICIPAIS – AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO – AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, § 1º, 20, INCISO III, 111, 128 E 144, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO".

"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 Car-

Acesso ao Sumário

ta".

"Se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação".

"Com o advento da EC nº 19/1998, o legislador constituinte federal restringiu a autonomia do Poder Legislativo, passando a deter somente a prerrogativa de apresentar projeto de lei sobre o tema, o que não abrange apenas a fixação da remuneração do funcionalismo, mas também a sua disciplina, introduzindo-se no ordenamento constitucional a exigência de lei formal que aperfeiçoa o Estado Democrático de Direito".

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face dos incisos I e VIII do artigo 47; do inciso I do artigo 48; do artigo 55, ***caput*** e parágrafo único; e dos artigos 64 a 67, todos da Lei nº 127, de 30 de setembro de 2011, do Município de Apiaí, que instituíram o *"auxílio para diferença de caixa"* e o *"adicional de produtividade/qualidade dos servidores médicos"*.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que as normas impugnadas são incompatíveis com preceitos da Constituição Estadual, notadamente os seus artigos 111 e 128, aduzindo que o pagamento do *"auxílio por diferença de caixa"*, devido pela manipulação de numerários em moeda corrente aos servidores públicos, sem exigir efetivo trabalho adicional às atribuições inerentes ao cargo do servidor, atua como se fosse um prêmio ou seguro pelo só fato de zelar pela guarda do patrimônio que lhe foi confiado, ao passo que o *"adicional de produtividade/qualidade dos servidores médicos"*, autorizado para os servidores estáveis no valor de R$ 2,00 *(dois reais)* por consulta médica, não atende a nenhum interesse público e tampouco às exigências do serviço, porque os pressupostos de seu recebimento consistem mero adimplemento de deveres funcionais ordinários e elementares ao exercício da referida função pública. Argumenta, em acréscimo, que as vantagens impugnadas retratam dispêndio público sem causa, violando os princípios da moralidade, do interesse público, da igualdade e da finalidade, que não se coadunam com mordomias e benesses instituídas em prol de outros interesses, lesivas ao erário e nocivas à regularidade e a continuidade do serviço público, isso sem falar no desrespeito à razoabilidade e proporcionalidade. Busca, por isso, o decreto de procedência da presente ação direta, decla-

Acesso ao Sumário

rando-se a inconstitucionalidade dos incisos I e VIII do artigo 47; do inciso I do artigo 48; do artigo 55, ***caput*** e parágrafo único; e dos artigos 64 a 67, todos da Lei nº 127, de 30 de setembro de 2011, do Município de Apiaí.

Sem pedido de liminar, a Câmara Municipal de Apiaí prestou informações aduzindo que o *"auxílio para diferença de caixa"*, também conhecido como *"quebra de caixa"*, é um valor adicional ao salário do servidor que exerce função diretamente relacionada ao manuseio de dinheiro, para compensar eventuais descontos no salário proveniente de diferença no caixa que se acumula no decorrer do mês e que ao final é descontado, tendo como objetivo reforçar a importância dessa função, além de estimular o bom desempenho do serviço e incentivar a manutenção de um caixa positivo. Já o *"adicional de produtividade/qualidade dos serviços médicos"* tem como finalidade o reconhecimento e o estímulo dos profissionais que, além do salário normal, fazem jus a um adicional pelo volume de serviço no atendimento de consultas aos pacientes nos postos de saúde, de tal sorte que quanto mais o médico trabalhar com qualidade maior será a sua remuneração, beneficiando-se a população e atendendo-se ao interesse público à semelhança do prêmio de produtividade médica previsto na Lei Complementar Estadual n° 1.193/2013 *(cf. fls. 597/601)*.

A Procuradora Geral do Estado e o Prefeito do Município de Apiaí deixaram transcorrer, ***in albis***, o prazo para manifestação *(cf. fls. 603 e 607)*.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, insistiu na procedência da ação direta, reiterando os termos da inicial *(fls. 610/619)*.

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

Os textos impugnados têm o seguinte teor, ***verbis***:

Lei nº 127, de 30 de setembro de 2011, do Município de Apiaí:

"CAPÍTULO XIII

DO VENCIMENTO, DA REMUNERAÇÃO E DAS VANTAGENS

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 47 – *Além dos vencimentos, somente poderão ser deferidas aos ocupantes de emprego público as seguintes vantagens pessoais:*

I – *Auxílio para diferença de caixa;*

(...)

VIII – *Adicional de produtividade/qualidade dos servidores médicos;*

(...)

Art. 48 – *Além dos vencimentos, somente poderão ser deferidas aos ocupantes de cargo público em comissão as seguintes vantagens pessoais:*

I – *Auxílio para diferença de caixa;*

Acesso ao Sumário

(...)

SEÇÃO III

DO AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA

Art. 55 – *Ao servidor público que, no desempenho de suas funções, manipular numerários em moeda corrente, deverá ser concedido auxílio em 20% (vinte por cento) do seu vencimento, a título de compensação de diferença de caixa.*

Parágrafo Único – *O auxílio de que trata este artigo será devido enquanto o servidor estiver no efetivo desempenho de suas atribuições e não se incorporará aos seus vencimentos, nem será considerado para efeito de cálculo de quaisquer vantagens.*

(...)

SEÇÃO X

DO ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE/QUALIDADE DOS SERVIDORES MÉDICOS

Art. 64 – *Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a conceder adicional de produtividade/qualidade aos vencimentos dos servidores médicos que, efetivamente, prestam serviços nas unidades de saúde próprias da municipalidade, no valor de R$ 2,00 (dois reais), por consulta, no limite máximo de 20 consultas e no mínimo de 12 consultas, para cada jornada de 04 (quatro) horas, a ser distribuídas (sic) e controladas pela Secretaria Municipal de Saúde.*

Parágrafo Primeiro – *Será adotado como parâmetro inicial de produtividade, a consulta médica realizada dentro dos moldes preconizados pela Organização Mundial da Saúde.*

Parágrafo Segundo – *O recebimento deste prêmio está condicionado:*

I – *Às consultas, não se estendendo aos procedimentos;*

II – *Ao preenchimento correto e legível do Boletim de Atendimento, seguindo-se os padrões exigidos pela Secretaria de Estado da Saúde, sendo que uma vez glosado o prêmio referente à consulta não será recebido pelo serviço;*

III – *À observância rigorosa do atendimento no horário agendado pela Secretaria Municipal de Saúde, para cada consulta.*

Parágrafo Terceiro – *As consultas realizadas em um dia não poderão ser somadas a de outro dia com o fim de ser alcançado com o limite mínimo estabelecido no* ***caput*** *deste artigo.*

Art. 65 – *As faltas, ainda que justificadas, não darão direito ao recebimento do prêmio correspondente às consultas do dia não trabalhado, sendo que as faltas justificadas asseguram somente o direito ao recebimento do salário normal.*

Art. 66 – *Durante o período das férias será calculada a média da produtividade paga nos últimos 12 meses.*

Acesso ao Sumário

Art. 67 – *O adicional onerará os recursos recebidos mensalmente pelo Fundo Municipal de Saúde, através da fatura mensal constante do Sistema de Informação Ambulatorial do Sistema Único de Saúde (SAI/SUS), enviada pela Secretaria de Estado da Saúde" (cf. fls. 28/30 e 32/33).*

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 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 *"**não são liberalidades pura da Administração**"*, mas *"**vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor**" (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

Acesso ao Sumário

no cargo, ou por força do exercício de função especial, que exige conhecimento especializado ou um regime próprio de trabalho.

Seja como for, independentemente da nomenclatura conferida pela norma, *"o fator mais importante é o que leva em conta que as vantagens pecuniárias* ***pressupõem sempre a ocorrência de um suporte fático específico para gerar o direito a sua percepção****. 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.* ***O que vai importar é a verificação, na norma pertinente, do fato que gera o direito à percepção da vantagem****" (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 das normas objurgadas, porém, verifica-se que o legislador municipal instituiu **modalidades de compensação genérica**, por mera liberalidade, beneficiando apenas interesses financeiros e pessoais dos servidores, sem qualquer contrapartida no que diz respeito ao atendimento do interesse público, o que não se compatibiliza com os princípios da moralidade, da finalidade e da razoabilidade.

No caso, o *"auxílio por diferença de caixa"* remunera o servidor em montante equivalente a 20% (*vinte por cento*) do seu vencimento, pelo simples fato de manipular numerário em moeda corrente, compensando genericamente atribuição que decorre da própria função que seria zelar pelos recursos financeiros públicos que estão sob sua responsabilidade, instituindo uma espécie de prêmio ou seguro desvinculada de qualquer acréscimo de função decorrente do cargo.

Da mesma forma, o denominado *"adicional de produtividade/qualidade dos servidores médicos"* é concedido em razão do simples exercício dos deveres funcionais inerentes ao cargo, premiando o médico pela realização de consultas nas unidades de saúde da municipalidade, tendo como únicos *"critérios"* de produtividade que as consultas sejam prestadas dentro dos moldes preconizados pela Organização Mundial da Saúde, mediante o preenchimento correto e legível do boletim de atendimento e respeitados os horários de agendamentos, elementos que não podem ser considerados como acréscimos de atribuições mas, tão somente, obrigações exigíveis de qualquer serviço público eficiente.

Cabe ressaltar que, desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, a eficiência é princípio expresso a ser observado pela Administração Pública de

Acesso ao Sumário

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, admitindo-se, inclusive, a instituição de adicionais ou prêmios de produtividade 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 as vantagens impugnadas, instituídas no âmbito do Município de Apiaí, não estão amparadas em condições anormais de serviço, pelo contrário, buscam premiar o funcionário por deveres inerentes ao cargo – *o que é o mínimo esperado de um servidor* –, elegendo critério desarrazoado e descompromissado com o interesse público.

A instituição de vantagem pecuniária ou outro benefício que represente algum tipo de retribuição ao servidor reclama extrema cautela na delimitação das hipóteses que legitimariam a sua percepção, sendo defeso ao legislador prestigiar interesse de caráter exclusivamente privado, ou premiar aspectos intrínsecos ao exercício da própria função pública, viabilizando desvios e aumentos disfarçados de remuneração.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

> ***"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar Municipal que instituiu gratificação de assiduidade a empregados públicos, docentes do Magistério Público Municipal de Cabreúva. (...) Mérito. Gratificação de assiduidade. Critério de ausência de falta ou existência de no máximo uma quantidade delimitada de faltas. Dever de assiduidade inerente ao próprio desempenho da função. Não verificada situação de alteridade, anormalidade ou excepcionalidade a atender ao requisito constitucional do interesse público. Ofensa aos artigos 111 e 128 da CE. Pedido julgado procedente. Impedida a repetição dos valores recebidos de boa-fé a título de gratificação"*** *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2104949-12.2021.8.26.0000, Relator Desembargador Márcio Bartoli – Data do Julgamento: 25/08/2021 – grifei).*
>
> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) MÉRITO – Lei nº 4.665, de 16 de dezembro de 2013, do Município de Araras, que concede bonificação a servidores públicos mediante cumprimento de deveres inerentes à função – Verba que traduz vantagem pecuniária em razão de função inerente ao cargo – Adicional não pautado pelo interesse público e pelas exigências do serviço – Violação dos princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Artigos 111, 128 e 144 da Constituição do Estado – Inconstitucionalidade da norma que se declara – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, aplicando-se o efeito ex tunc, com irrepetibilidade de valores porventura auferidos ao longo do período antecedente"*** *(Ação Direta*

Acesso ao Sumário

de Inconstitucionalidade nº 2071539-94.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Moreira Viegas – Data do Julgamento: 11/11/2020).

Como corolário, inexistindo nos atos normativos impugnados causa jurídica razoável a justificar a concessão das vantagens pecuniárias neles previstas, sobretudo diante da absoluta ausência de interesse público na sua instituição, é de rigor o decreto de procedência da ação direta 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 da norma impugnada, 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 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,***

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 Julgamento: 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.

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 para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I e VIII do artigo 47; do inciso I do artigo 48; do artigo 55, ***caput*** e parágrafo único; e dos artigos 64 a 67, todos da Lei nº 127, de 30 de setembro de 2011, do Município de Apiaí, 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.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0025334-07.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOÃO ANGELO RAGIOTTO e OUTROS, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, 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, MATHEUS FONTES e FIGUEIREDO GONÇALVES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de outubro de 2021.
PINHEIRO FRANCO, Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Insurgência veiculada em relação à decisão proferida pelo Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos – DEPRE. Hipótese a encerrar exercício de competência administrativa delegada pela Presidência da Corte. Pronunciamento que não enseja a interposição do agravo interno. Ausência de previsão legal expressa a este propósito. Inteligência do artigo 253, caput e § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impossibilidade de transformação do Órgão Especial em instância revisora ampla e irrestrita da atuação administrativa da Presidência do Tribunal de Justiça. Recurso não conhecido.

VOTO

Inconformados com o teor da decisão de fls. 427 dos autos principais, proferida pelo Senhor Desembargador Coordenador da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos – DEPRE, a considerar extinto precatório por quitação, os credores oferecem agravo interno.

Em síntese, alegam os agravantes a permanência de debate nos autos de origem a respeito de diferenças por conta da insuficiência do depósito realizado no mencionado precatório.

Sem contraminuta (fls. 39).

É o relatório.

O recurso não possui condições de admissibilidade, circunstância a impor o seu não conhecimento.

Por primeiro, insta registrar que a Coordenadoria da DEPRE diz respeito a uma atribuição delegada de competência administrativa da Presidência, abstratamente prevista nos artigos 266 a 268 do Regimento Interno desta Corte.

Nesse contexto, a atuação do Desembargador Coordenador da DEPRE, de natureza apenas administrativa, tem os seguintes objetivos: **(i)** receber e autuar os requisitórios; **(ii)** regular sua ordenação com vistas à expedição do precatório em estrita observância da ordem cronológica, para efeitos de precedência; **(iii)** determinar a realização dos cálculos dos valores a pagar, atualizados, para comunicação a cada entidade devedora do débito geral apurado; **(iv)** recepção

Acesso ao Sumário

dos valores para pagamento com observância da ordem de apresentação, consideradas as preferências constitucionais, com a realização das atualizações devidas; e **(v)** encaminhamento do pagamento ao juízo da execução para ser tido como pago o precatório, aguardando-se eventual comunicação de insuficiência em cento e oitenta dias (RITJESP, art. 267).

E ao juízo da execução, exclusivamente, na sua atuação jurisdicional, e não à DEPRE, cabe a definição de possível conflito no que toca à insuficiência do pagamento, conforme preconiza o artigo 267, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por outro lado, vale ponderar que o agravo indicado no artigo 253, **caput**, do Regimento Interno desta Corte, via aqui escolhida pela parte, envolve recurso de caráter jurisdicional, a possibilitar que decisões monocráticas sejam revistas pelo colegiado. De forma apenas excepcional, prescreve o correspondente § 1º a extensão da incidência do referido agravo interno na esfera administrativa: *"Esse recurso também terá cabimento em matéria administrativa prevista em lei e em questões disciplinares envolvendo magistrado"*.

Além disso, observa-se que, de acordo com o artigo 269 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *"das decisões do Presidente do Tribunal, nos pedidos de sequestro, não caberá agravo interno"*. E a razão dessa norma regimental está no fato de abranger o sequestro de verbas públicas pronunciamento jurisdicional, *"consistindo numa medida satisfativa, de natureza executiva, destinada a entregar a quantia apreendida ao credor preterido em sua preferência"*[1]. De toda sorte, não é a hipótese dos autos.

Destarte, só resta o reconhecimento da inexistência de previsão específica a autorizar a interposição do agravo interno contra decisão administrativa oriunda da competência delegada pela Presidência do Tribunal ao Desembargador Coordenador da DEPRE.

Ademais, com relação à exceção veiculada no artigo 253, § 1º, primeira parte, do Regimento Interno, verifica-se que não há razão para a possibilidade ampla de questionamento e revisão de qualquer decisão administrativa da Presidência do Tribunal de Justiça perante o Órgão Especial, a exemplo do que ocorre com aquelas deliberações ligadas aos servidores e aos contratos administrativos.

A questão, em realidade, foi analisada pelo Desembargador José Renato Nalini neste Órgão Especial: *"Não é possível que, sob o pálio do agravo regimental, faça-se do eg. Órgão Especial do Tribunal de Justiça câmara potencialmente revisora de todas as decisões administrativas adotadas pela Presidência da Corte. A interpretação que parece ser mais ajustada vai ao sentido de considerar admissível o agravo regimental perante o Órgão Especial deste Tribunal nos casos em que há decisão monocrática – potencialmente lesiva a direito da parte, giza a disposição regulamentar –, mas que se ocupa de matéria adminis-*

1 Nesse sentido o escólio doutrinário de Leonardo Carneiro da Cunha ("A Fazenda Pública em Juízo", Ed. Forense, 15ª ed., p. 393), referindo ao magistério de Alexandre Freitas Câmara e Araken de Assis.

Acesso ao Sumário

trativa regimentalmente reservada à competência do próprio Órgão Especial. O agravo então irá aparecer nesse caso como instrumento de salvaguarda da própria competência administrativa do Alto Colegiado. A não ser assim – e isso é intuitivo – o Órgão Especial passaria a ser convocado a deliberar, mercê de agravo regimental, a respeito das mais comezinhas matérias administrativas afetas regimentalmente à competência de outros órgãos ou autoridades, para além dos lindes regimentais de sua competência administrativa, o que não se mostra razoável, nem jurídico" (TJSP, Agravo Regimental nº 0019910-28.2014.8.26.0000/50000, Órgão Especial, j. 23/04/2014, rel. Des. Renato Nalini, grifos nossos – Ementa: *"Agravo Regimental – Decisão administrativa do DEPRE – Decisão que indeferiu pedido de preferência estabelecida no art. 100 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09 – Ausência de previsão constitucional, legal ou regimental de recurso administrativo – Agravo não conhecido").*

Ressalva-se a excepcional hipótese do reexame de matéria administrativa relevante, na forma do inciso II, parágrafo único do artigo 12 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a pressupor, para tanto, interesse institucional, o que não ocorre nestes autos, atinentes a interesse apenas individual.

Por derradeiro, para a hipótese de eventual prática de ato abusivo ou ilegal por parte do Desembargador Coordenador da DEPRE, possível, em tese, a adoção do mandado de segurança.

Diante do exposto, não conheço do agravo interno.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2251586-63.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAJATI, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA DO MUNICÍPIO DE CAJATI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.864)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEI-

RO FRANCO (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 1º de dezembro de 2021.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Agravo Regimental. Indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Pleito de suspensão das disposições do artigo 1º, § 3º, especialmente da expressão "deste estatuto desde que compatíveis com" e da totalidade dos artigos 162-A e § 1º, § 2º e § 3º e incisos, da Lei Complementar nº 40/2019, alterada pela Lei Complementar nº 42, de 10 de abril de 2019, ambas do Município de Cajati. Lei que trata do estatuto do funcionalismo municipal. Instituição de gratificação de férias de 100% e institui adicional de escolaridade. Presença dos requisitos relativos ao "fumus boni iuris" e "periculum in mora". Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Prefeito do Município de Cajati contra decisão de fls. 97, que indeferiu pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade por ele proposta objetivando a suspensão da eficácia da expressão "deste estatuto desde que compatíveis com" do § 3º, do artigo 1º, bem como da totalidade dos artigos 162-A e § 1º, § 2º e § 3º e incisos, todos da Lei Complementar nº 40/2019, alterada pela Lei Complementar nº 42, de 10 de abril de 2019.

Sustenta que tais disposições descumprem o que dispõe o artigo 25, 111 e 144 da Constituição Estadual, vez que por ocasião da deliberação e aprovação do respectivo PL nº 02/19, o processo legislativo foi concluído sem a devida deliberação dos impactos orçamentários e financeiros implicados para pagamento de férias em dobro para os cargos em comissão e função de confiança (cujo aumento de despesas com pessoal – mais de 113 servidores públicos – seria superior a R$ 329.000,00 por ano) e para o pagamento do adicional de escolaridade

Acesso ao Sumário

para servidores efetivos sob o regime estatutário.

Aduz que a lei que acarreta aumento de despesa com pessoal deve conter estimativa de impacto orçamentário-financeiro por exigência dos artigos 16, 17 e 21, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000 e artigo 113, do ADCT, ferindo o princípio da legalidade.

Entende presentes os requisitos para a concessão da liminar, eis que se trata de norma vigente com efeitos gerais concretos e imediatos, de caráter obrigatório, alimentar e irrepetível, que pode gerar acentuadas consequências financeiras para o erário municipal, além da grave insegurança jurídica e risco de vultoso passivo judicial contra o Município e de impor obstáculo ao cumprimento das metas fiscais dos próximos anos.

A liminar foi indeferida pelo saudoso Desembargador Relator Antonio Carlos Malheiros (fls. 97).

Regularmente intimado, o Presidente da Câmara do Município de Cajati não apresentou contraminuta (fls. 19 do incidente), apresentando suas informações a fls. 107/110 e documentos de fls. 111/124 dos autos principais.

É o relatório.

O agravo deve ser provido.

A Lei Complementar Municipal, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, assim dispõe:

> "LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 042, DE 10 DE ABRIL DE 2019.
> DISPÕE SOBRE ALTERAÇÃO NO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE CAJATI, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
> LUCIVAL JOSÉ CORDEIRO, Prefeito do Município de Cajati, usando das suas atribuições que lhe são conferidas por Lei, faz saber que a Câmara Municipal, aprovou e ele sanciona e promulga a seguinte Lei:
> Art. 1° A Lei Complementar nº 40/2019 de 16 de janeiro de 2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> *Art. 1º....."
> "§ 2º ....."""
> " I – (revogado)*
> "§ 3º Ficam a partir de 19 de abril de 2019, os servidores nomeados a cargo em comissão ou função de confiança, submetidos a regime jurídico administrativo, aplicando-lhes as regras ***deste estatuto desde que compatíveis com*** o artigo 7º, IV, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX e XXII da Constituição Federa".
> Art. 2º. Fica criado o artigo 162-A, que terá a seguinte redação:
> ***"Art. 162-A. O Adicional de Escolaridade será concedido aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo em razão dos conhecimentos adicionais adquiridos por meio de curso de Gradua-***

Acesso ao Sumário

ção, Pós-graduação, Mestrado e Doutorado.

§ 1º. O curso de Graduação deverá ser devidamente reconhecido pelo MEC, em área que guarde afinidade com às funções desenvolvidas pelo servidor no exercício do cargo.

§ 2º. Os cursos de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado, deverão ter carga horária mínima de 360 horas, devidamente reconhecido pelo MEC, e realizados em área que guarde afinidade com às funções desenvolvidas pelo servidor no exercício do cargo.

§ 3º. O adicional será pago por uma única graduação, não sendo permitido a acumulação, mas podendo ser alterado de acordo com a elevação do grau.

I – O Servidor ocupante de cargo cujo o requisito seja ensino fundamental ou médio que venha a ser diplomado na graduação, receberá um adicional de 2% (dois por cento) sobre o salário base;

II – O Servidor ocupante de cargo efetivo cujo o requisito seja ensino superior e venha a ser diplomado:

a) Pós-graduado, receberá um adicional de 3% (três por cento) sobre o salário base;

b) Mestre, receberá um adicional de 4% (quatro por cento) sobre o salário base;

c) Doutor, receberá um adicional de 5% (cinco por cento) sobre o salário base"

Em uma análise na esfera de cognição sumária, verificam-se presentes os requisitos para a concessão da liminar.

De proêmio, necessário ressaltar que o C. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o tribunal não está adstrito aos argumentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial, *in verbis*:

> ***"ADIN. Cognição aberta. O Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial."*** (STF, ADI 2396 MC, Relatora: ELLEN GRACIE, *Tribunal Pleno*, julgado em 26/09/2001, DJ 14-12-2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00605)

Necessário o esclarecimento porque o único argumento apresentado pelo autor acerca da falta de previsão de fonte de custeio que, por si só, não indica a inconstitucionalidade de uma lei, conforme entendimento firmado por este C. Órgão Especial.

> "Inconstitucionalidade. Criação de despesa. O autor afirma que a norma viola o art. 25 da Constituição Estadual, por criar despesa sem indicar a fonte de custeio. Sem razão; ***a falta de indicação da fonte de custeio para a execução do quanto disposto em um ato normativo obsta tão somente sua execução no exercício em que editada, sem***

Acesso ao Sumário

implicar em inconstitucionalidade. Jurisprudência pacífica do STF e do Órgão Especial. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2007149-81.2021.8.26.0000; Relator: Torres de Carvalho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/08/2021; Data de Registro: 27/08/2021)

"***Entendimento pacífico do STF e do Órgão Especial de que a ausência de indicação ou a indicação genérica das fontes de custeio relativas à execução da lei implica, no máximo, sua inexequibilidade no mesmo exercício orçamentário em que promulgada. Não caracterizada ofensa aos arts. 25 e 176 da CE.*** VII. Embora o cumprimento da lei possa, em tese, influir nas contas municipais, a norma em apreço não trata diretamente de matéria orçamentária, constatação que, por si só, afasta a incidência do art. 174 da CE." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2211770-74.2020.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 21/07/2021; Data de Registro: 16/08/2021)

"***A falta de previsão de recursos orçamentários não causa a inconstitucionalidade de lei, senão sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência***." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2019132-77.2021.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 07/07/2021; Data de Registro: 12/07/2021)

"**Fonte de custeio – Ausência de indicação – Inconstitucionalidade não caracterizada – Artigos 25, 174, inciso III e 176, inciso I, da Constituição do Estado – Lei que cria despesas, a despeito da falta de indicação da fonte de custeio, não deve ser declarada inconstitucional, mas apenas fica impedida de ter sua exequibilidade no exercício em que foi criada – Precedentes deste Órgão Especial e do Colendo Supremo Tribunal Federal**." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2300750-94.2020.8.26.0000; Relator: Ricardo Anafe; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 30/06/2021; Data de Registro: 08/07/2021)

"***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Alegação de violação do artigo 25 da CE – Improcedência – Ausência de previsão de dotação orçamentária que não implica a existência de vício de inconstitucionalidade, mas apenas a inexequibilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada – Entendimento, pacífico, segundo o qual a falta de especificação da fonte de recursos pode resultar apenas a não implementação da norma no mesmo exercício em que posta em vigor, mas desde logo providenciada sua inserção no orçamento do exercício seguinte*** – Inexistência de inconstitucionalidade também nesse ponto." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2167708-80.2019.8.26.0000; Relator: João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 03/03/2021; Data de Registro: 04/03/2021)

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal nº 1.764/2018, do Município de Dumont e de iniciativa parlamentar, que 'autoriza o Poder Executivo a Instituir o Adicional de Escolaridade ao Servidor Público do Quadro de Cargos de Provimento Efetivo da Prefeitura Municipal de Dumont e dá outras providências'. Apontados vícios materiais em virtude de o 'adicional de escolaridade' não atender aos princípios da moralidade e do interesse público e às exigências do serviço, bem como em razão de a lei hostilizada não prever a fonte de custeio da vantagem monetária. Benefício que não foi instituído indistintamente a todos os funcionários municipais, havendo critérios para sua concessão. ***Desnecessário ainda que a lei indique sua respectiva fonte de custeio.*** Vícios materiais não caracterizados. Configurado vício de iniciativa, porém. Norma que compreende matéria remuneratória de servidor público municipal, cujo impulso de criação é privativo do Prefeito municipal, nos termos do artigo 24, § 2º, itens 1 e 4, da Constituição do Estado. Afronta ao princípio da separação de poderes (artigo 5º, da Carta Constitucional estadual). *Não conhecimento de alegações do requerente baseadas na Lei Complementar nº 101/2000, porquanto no âmbito da presente ação a norma objurgada deve ser contrastada somente com o Supremo Pacto deste Estado-membro. Eventual afronta a legislação federal consubstanciaria mera ilegalidade. Precedente deste Egrégio Órgão Especial.* Ação procedente." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2190483-26.2018.8.26.0000; Relator: Geraldo Wohlers; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 06/02/2019; Data de Registro: 07/02/2019)

Ocorre que, pelo que se verifica da lei impugnada, em uma primeira análise, constata-se que o adicional de escolaridade foi instituído indistintamente a todos os servidores ocupantes de cargo efetivo, deixando de seguir os critérios exigidos que permitem a sua fixação.

Nesse sentido esclarece a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

"Adicionais: são vantagens pecuniárias que a Administração concede aos servidores em razão do tempo de exercício (adicional de tempo de serviço) ou em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho (adicionais de função). Os adicionais destinam-se a melhor retribuir os exercentes de funções técnicas, cientificas e didáticas, ou a recompensar os que se mantiveram por longo tempo no exercício do cargo. O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o

Acesso ao Sumário

servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente. Ambos, porém, podem ser suprimidos para o futuro.

(...)

O adicional de função apresenta-se como vantagem pecuniária ex facto officii, ligada a determinados cargos ou funções que, para serem bem desempenhados, exigem um regime especial de trabalho, uma particular dedicação ou uma especial habilitação de seus titulares. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, em que o serviço refoge da rotina burocrática, por seu caráter técnico, didático ou científico, passando a exigir maior jornada de trabalho, maior atenção do servidor ou maior especialização profissional, a Administração recompensa pecuniariamente os funcionários que o realizam, pagando-lhes um adicional de função enquanto desempenham o cargo nas condições estabelecidas pelo Poder Público. Nesta categoria entram os adicionais de tempo integral, de dedicação plena e nível universitário. Todo adicional de função é, por natureza, vantagem pecuniária pro labore faciendo, de auferimento condicionado à efetiva prestação do serviço nas condições estabelecidas pela Administração.

(...)

O adicional de nível universitário é um típico adicional de função (ex facto officin), decorrente do caráter técnico de certas atividades da Administração, que exigem conhecimentos especializadas para serem bem realizadas. Por sua natureza, deve incorporar-se ao vencimento, mas essa integração tem sido evitada pela legislação pertinente das três esferas administrativas, que o classificam, equivocadamente, como 'gratificação'. Desde que a finalidade institucional deste adicional é propiciar melhor remuneração aos profissionais diplomados em curso superior, de cuja habilitação se presume a maior perfeição técnica de seu trabalho, ***não se justifica sua extensão a servidores leigos, embora exercendo funções especializadas ou ocupando cargos reservados a titulares de nível universitário***. A ampliação dessa vantagem aos não diplomados, sobre ser um contrassenso, prejudicaria os objetivos que a Administração teve em vista quando a destinou unicamente aos diplomados em curso superior, excluindo de seus benefícios até mesmo os habilitados em cursos de grau médio.

Finalmente, é de se observar que não basta seja o servidor titular de diploma de curso superior para o auferimento da vantagem de nível universitário; é necessário que esteja desempenhando função ou exercendo cargo para o qual se exige o diploma de que é portador. O que a Administração remunera não é a habilitação universitária em si mesma; é o trabalho profissional realizado em decorrência dessa habilitação, e da qual se presume maior perfeição técnica e melhor rendimento administrativo. (Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed./atual. até

Acesso ao Sumário

a Emenda Constitucional 90, de 15.8.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 604/609).

Este C. Órgão Especial tem entendimento assente no sentido de que a lei que estabelece, de forma genérica, sem descrever ou justificar a adoção de vantagem pecuniária, não justificada pelo efetivo interesse público e exigências do serviço, desatende os princípios constitucionais que permeiam a Administração Pública:

> "ADICIONAL DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO – Instituição pelas leis municipais de Presidente Prudente nºs 4.110/1995 e 4.715/1997 – ***Instituição em benefício de servidores ocupantes de cargos para cuja investidura já é exigido, como pré-requisito, formação em nível superior de escolaridade – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade por violação aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e razoabilidade – Precedentes*** – Ação declaratória de inconstitucionalidade acolhida." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2155534-15.2014.8.26.0000; Relator: João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 23/09/2015; Data de Registro: 24/09/2015)

No mesmo sentido, o pagamento de férias com adicional de 100% parece desarrazoado e desproporcional, não atendendo ao interesse público e princípios da Administração.

Anote-se ainda que, pelo que se colhe das informações prestadas pela Câmara Municipal e documento juntado a fls. 112/124, o aumento de despesa provocado pela lei ora impugnada tem adequação orçamentária e financeira para aquele Município, ressaltando que *"em relação ao pagamento de férias com adicional 100% afirmou que não houve aumento de despesa porque o Município deixou de recolher o FGTS de cada servidor optante pela mudança de regime jurídico de trabalho permitida pela LCM 40/2019, e em contrapartida passaria a pagar o referido percentual de adicional a título de férias. Quanto ao adicional de escolaridade, a manifestação do Departamento Jurídico da Prefeitura é no sentido de que a análise do impacto orçamentário e financeiro somente poderia ser auferida no momento da concessão, em razão de tratar-se de obrigação futura e incerta seria impossível prever, no momento da instituição legislativa, quantos e quem faria jus ao referido adicional."*

Demonstrado o "fumus boni iuris", o "periculum in mora" se justifica dada a irrepetibilidade dos valores pagos aos servidores com fundamento nos dispositivos ora impugnados.

Assim, é de ser concedida a liminar para que se determine a suspensão da expressão "deste estatuto desde que compatíveis com" do § 3º, do artigo 1º, bem como da totalidade dos artigos 162-A e § 1º, § 2º e § 3º e incisos, todos da Lei Complementar nº 40/2019, alterada pela Lei Complementar nº 42, de 10 de

Acesso ao Sumário

abril de 2019.

Isso posto, ***dá-se provimento ao agravo regimental para determinar a suspensão da expressão "deste estatuto desde que compatíveis com" do § 3º, do artigo 1º, bem como da totalidade dos artigos 162-A e § 1º, § 2º e § 3º e incisos, todos da Lei Complementar nº 40/2019, alterada pela Lei Complementar nº 42, de 10 de abril de 2019 até final julgamento da ação direta.***

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0019945-41.2021.8.26.0000, da Comarca de Tietê, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, interessados SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE TIETÊ e TIETÊ – SERV. AUTÔN. DE ÁGUA E ESG. DE TIETÊ – SAMAE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.195)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Incidente que envolve a Lei Municipal nº 3.389/13, de Tietê – Constitucionalidade questionada

Acesso ao Sumário

– Lei municipal prevê isenção total de tarifa de água e de coleta de esgoto em favor de entidades filantrópicas registradas na Administração Pública Municipal como de "utilidade pública" e que prestem serviços na área da saúde – Norma não implica aumento de despesa pública sem indicação de fonte de custeio, mas renúncia de receita – Ofensa ao artigo 25 da Constituição Estadual não verificada – Ausência de recursos financeiros não a torna inconstitucional, mas ineficaz no mesmo exercício financeiro de sua vigência – Precedentes – Incidente não acolhido – Inconstitucionalidade não reconhecida.

VOTO

Trata-se de ***ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL***, suscitado pela **C. 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos autos da **Apelação Cível nº 1002244-11.2018.8.26.0629**.

Argumenta-se a inconstitucionalidade da **Lei nº 3.389/2013**, do **Município de Tietê**, ao prever a isenção da tarifa de água e de coleta de esgoto em favor de entidades filantrópicas registradas nos órgãos da Administração Pública Municipal, que sejam qualificadas como de "utilidade pública" e que prestem serviços na área da saúde (fls. 44/45), por criar despesa pública sem indicação da correspondente fonte de custeio, o que violaria, em tese, o disposto no artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo.

A D. Procuradoria Geral de Justiça emitiu seu parecer de fls. 596/600, no sentido de não acolhimento da arguição.

É o relatório.

Trata-se de **incidente de arguição de inconstitucionalidade** apresentado no julgamento de Apelação Cível interposta contra sentença de procedência em ação ajuizada por Santa Casa de Misericórdia de Tietê em face de Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto – SAMAE, objetivando a declaração de inexigibilidade de débito e o consequente levantamento dos valores depositados em Juízo.

Antes do julgamento do mérito recursal, a C. Câmara Julgadora desta E. Corte de Justiça determinou a remessa dos autos a este C. Órgão Especial para análise incidental da inconstitucionalidade da Lei nº 3.389/2013, do Município de Tietê.

A referida lei, cuja constitucionalidade se questiona, tem a seguinte redação, conforme fls. 44/45:

Acesso ao Sumário

Lei nº 3.389/2013, de 20 de Agosto de 2013

"Dispõe sobre a isenção de tarifas de água e esgoto do SAMAE às entidades filantrópicas que prestem serviços na área da SAÚDE. Remissão de débitos anteriores à vigência da presente lei".

Artigo 1º – As entidades filantrópicas, devidamente registradas nos órgãos da Administração Pública Municipal, que sejam qualificadas como 'de utilidade pública' e tenham como escopo a prestação de serviços na área da Saúde, poderão ter direito a isenção total da tarifa de água e de coleta de esgoto administrados pela Autarquia – SAMAE.

Parágrafo único – Ficam excluídas do benefício instituído no *caput* deste artigo:

I – as entidades que desenvolvam atividades econômicas com finalidade lucrativa;

II – as contas de consumo de imóveis usados pelas entidades e que não sejam efetiva e diretamente utilizados para as suas atividades de filantropia.

Artigo 2º – Como medida preventiva a desperdícios, a concessão da isenção prevista nesta lei estará limitada aos seguintes valores:

I – valor da média de consumo de água nos 3 (três) meses antecedentes ao mês de início do benefício concedido;

II – valor da média de consumo de esgoto nos 3 (três) meses antecedentes ao mês de início do benefício concedido.

Parágrafo único – A isenção prevista no *caput* é limitada aos valores previstos nos incisos I e II desse artigo. Caso o consumo das entidades beneficiadas supere tais limites o excesso será regularmente tarifado.

Artigo 3º – A Prefeitura deverá informar o SAMAE acerca da relação das entidades aptas a usufruir dos benefícios da presente lei.

Artigo 4º – Fica autorizado o SAMAE conceder remissão dos débitos a título de tarifa de água e esgoto das entidades beneficiadas, inscritos ou não em dívida ativa até 31 de dezembro de 2012, autorizando a exclusão das respectivas dívidas no âmbito administrativo como judicial.

Artigo 5º – O parágrafo único do artigo 9º da Lei Municipal n. 954/70, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 9º. (…)

Parágrafo único. Às entidades assistenciais filantrópicas, sem fins lucrativos, poderá ser concedida a redução ou a isenção da tarifa e taxa de consumo de água e esgoto, desde que sejam declaradas de utilidade pública por lei municipal, na forma que for estatuída no Regulamento desta Autarquia"**.**

Acesso ao Sumário

Artigo 6º – As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta da dotação orçamentária (…) suplementada caso necessário.

Artigo 7º – O Poder Executivo fica autorizado a regulamentar a presente lei mediante decreto.

Artigo 8º – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação na Imprensa Oficial do Município e será afixada no Paço Municipal.

Tietê, 20 de agosto de 2013."

Conforme consta nos autos, a questão objeto do presente incidente é a adequação constitucional da Lei nº 3.389/2013, do Município de Tietê, com previsão legal de isenção da tarifa de água e de coleta de esgoto em favor de entidades filantrópicas registradas nos órgãos da Administração Pública Municipal, que sejam qualificadas como de "utilidade pública" e que prestem serviços na área da saúde, por criar despesa pública sem indicação da correspondente fonte de custeio, o que violaria, em tese, o disposto no artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo.

A saber:

CESP

Artigo 25 – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica a créditos extraordinários.

Como visto, a previsão contida na Lei Municipal se refere à delimitação de hipótese de isenção a ser concedida futuramente a entidades filantrópicas que preencham os requisitos descritos e, portanto, objetivamente se adequem à obtenção do benefício fiscal.

Não há, portanto, violação ao preceito constitucional insculpido no artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo porque não implica criação ou aumento de despesa pública, senão de renúncia de receita.

Como ponderado no parecer do i. SubProcurador-Geral de Justiça:

"A eventual ausência de recursos específicos para atendimento de despesas apenas compromete a eficácia da lei no exercício financeiro de sua vigência.

Com efeito, 'inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo' (STF, ADI 1.585-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19-12-1997, v.u., DJ 03-04-1998, p. 01)" (fls. 600).

Outro não é o posicionamento deste C. Órgão Especial, já proclamado em anteriores julgados, confira-se:

Acesso ao Sumário

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do município de Presidente Prudente que prevê isenção tributária aos contribuintes do IPTU, nas hipóteses de aposentados e pensionistas de baixa renda, proprietários de um único imóvel residencial, utilizado para sua própria residência. Não caracterizada hipótese de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Taxatividade do rol constitucional de iniciativa privativa. Matéria que não se confunde com questão orçamentária. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Ofensa à separação de poderes. Isenção tributária. Inocorrência. Ausência de ofensa à regra contida no art. 25 da Constituição do Estado. A falta de previsão orçamentária não implica na existência de vício de constitucionalidade, mas, apenas, a inexequibilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada. Possibilidade de remanejamento ou complementação orçamentária, bem como postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente. Ação julgada improcedente. (2071988-57.2017.8.26.0000 Classe/Assunto: Direta de Inconstitucionalidade / Atos Administrativos Relator: Márcio Bartoli Comarca: São Paulo Órgão julgador: Órgão Especial Data do julgamento: 26/07/2017 Data de publicação: 01/08/2017)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.280, de 07 de maio de 2019, do Município de Mogi Guaçu, que alterou a redação do § 3º do art. 41 da Lei Municipal 2083/1987, vedando a cobrança de qualquer valor, taxa ou tarifa a título de religação ou reestabelecimento de serviço de esgoto. Inocorrência de afronta ao art. 25 da Constituição Paulista. Promulgação de lei sem a especificação de dotação orçamentária ou indicação de sua fonte de custeio impede, quando muito, a exequibilidade dentro do mesmo exercício. Inocorrência, também, de vício de iniciativa por invasão da competência privativa do Chefe do Executivo. Matéria que não consta do elenco do art. 24, § 2º, da Carta Bandeirante. Inconstitucionalidade da Lei nº 5.280/2019, do Município de Mogi Guaçu, por dispor sobre matéria de iniciativa reservada ao Alcaide, qual seja a fixação de tarifa dos serviços públicos e, por conseguinte sua isenção. Lei benéfica de natureza tributária que enseja a renúncia de receita e, por conseguinte, acarreta a diminuição da arrecadação aos cofres públicos, de tal sorte a inviabilizar a atuação do Executivo na prestação de serviços essenciais à comunidade. Ato reservado ao Alcaide, consoante os artigos 47, II e XIV, 120 e 159 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força art. 144 da citada Carta, não podendo o Parlamento legislar sobre o tema, pena de afronta ao princípio da separação de poderes. Ação procedente. (2198161-58.2019.8.26.0000 Classe/Assunto: Direta de Inconstitucionalidade / Atos Administrativos Relator: Xavier de Aquino Comarca: São Paulo Órgão julgador: Órgão Especial Data do julgamento: 29/01/2020 Data de publicação: 31/01/2020)

Como visto nos precedentes supracitados, a ausência de recursos finan-

Acesso ao Sumário

ceiros para fazer frente às despesas decorrentes da lei impugnada não a torna inconstitucional, tendo por consequência apenas a sua inexequibilidade no mesmo exercício financeiro de vigência.

Ante o exposto, por não se verificar inconstitucionalidade na Lei nº 3.389/2013, do Município de Tietê, o **não acolhimento** do presente incidente se mostra de rigor.

Oportunamente, devolvam-se os autos para a C. Câmara suscitante para que prossiga o julgamento, de acordo com a presente decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0020878-48.2020.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é requerente 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS SRS. DES. RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN E FERRAZ DE ARRUDA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.237)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 2.520/2012, DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, QUE ALTERA DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 2.294/2008, QUANTO À APLICAÇÃO DE JUROS DE MORA. NORMAS QUE AUTORIZAM O PODER EXECU-

Acesso ao Sumário

TIVO A REALIZAR ACORDO JUDICIAL COM O SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS, PARA PAGAMENTO DE VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE ATRASADOS DE IPC – 28,35% AOS SERVIDORES MUNICIPAIS. Inviável o controle de constitucionalidade na hipótese, eis que as leis discutidas constituem normas de efeitos concretos, aplicáveis a um único cenário jurídico e com destinatários certos, a se denotar a ausência de generalidade e abstração. Precedente deste C. Órgão Especial em caso idêntico. Inadequada, pois, a propositura da presente ação.

Arguição não conhecida.

VOTO

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela C. 13ª Câmara da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 326/327, que extinguiu o processo ajuizado pelo SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE RIBEIRÃO PRETO, GUATAPARÁ E PRADÓPOLIS, em face da PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, em que pretendia fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar Municipal 2.520/2012 com a consequente nulidade de seus efeitos, e o afastamento de sua incidência sobre o acordo formalizado nos autos do Processo nº 0051085-21.2007.8.26.0506, com a retomada imediata do pagamento dos juros, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, previsto no artigo 2º, incisos II e IV da LCM nº 2.294/2008, sobre as parcelas mensais do crédito remanescente de todos os beneficiários e seus sucessores (fls. 24/25).

Pelo v. acórdão de fls. 374/375, a 13ª Câmara da Seção de Direito Público, em atenção ao disposto no artigo 97 da Constituição da República[1] e à Súmula Vinculante n. 10 do C. Supremo Tribunal Federal[2] decidiu, por votação unânime, remeter os autos a este Órgão Especial para análise da constitucionalidade da regra do artigo 1º da Lei Complementar Municipal 2.520/2012.

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Exmo. Des. Ferraz Arruda, que, por integrar a C. Câmara Suscitante, representou à Vice-Presidência deste E. Tribunal de Justiça, com pedido de redistribuição dos autos (fls. 387).

Acesso ao Sumário

1 **Constituição Federal** "**Art. 97.** 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."

2 **Súmula 10 do C. STF** – "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 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".

Recebidos os autos por esta relatoria, foi determinada a manifestação da Municipalidade de Ribeirão Preto, da dd. Procuradoria Geral do Estado e da dd. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 398).

Citada, a dd. Procuradoria Geral do Estado deixou o prazo correr *in albis* sem manifestação (fls. 446).

Em sua manifestação, o Município de Ribeirão Preto aduz que, diversamente do sustentado pelo Sindicato, não foi o artigo 1º da Lei Complementar nº 2520/2012 que estabeleceu a redução dos juros de mora, mas sim a vontade manifestada entre o Sindicato e o Município através de posterior aditamento do acordo de 2008 (fls. 103/104), realizado em 21.08.2012, tanto que a publicação da norma impugnada (em 03.04.2012) não surtiu nenhum efeito de imediato, tendo os juros deixado de ser incluídos nos parcelamentos somente a partir de janeiro de 2013, após, portanto, a homologação judicial do referido aditamento do acordo ocorrida em dezembro de 2012 (fls. 111/112 – Alega que a Lei Complementar nº 2520/2012, ao introduzir alteração em apenas dois dos dispositivos da Lei Complementar nº 2294/2008, não violou a coisa julgada formada por ocasião da homologação do primeiro termo de acordo, eis que manteve a natureza meramente autorizativa da lei que pretendia alterar, sendo certo que, para a efetiva redução dos juros, houve manifestação volitiva das mesmas partes que participaram do primeiro termo de acordo. Aduz ainda que a matéria tratada pela Lei Complementar nº 2520/2012 evidencia sua legalidade e constitucionalidade, considerando seu cunho meramente autorizativo, concedendo ao ente público uma faculdade – e não obrigação – de concretizar acordo com revisão da taxa de juros aplicada, bem como o fato de trazer assunto que envolve direitos disponíveis absolutamente patrimoniais (redução de percentual de juros). Acrescentou, outrossim, que a lei questionada não é passível de controle concentrado de constitucionalidade, por ser lei de efeitos concretos. Afirmou que o segundo acordo, que foi homologado judicialmente, somente poderia ser afastado por ação rescisória, o que não é o caso, haja vista o transcurso do prazo bienal legal. Ademais, contextualizou que o primeiro acordo foi alvo de esquema de corrupção para desvio de dinheiro público, o que veio à tona no segundo semestre de 2016, a partir da Operação "Sevandija", deflagrada pelo Ministério Público e pela Polícia Federal, na qual se investigou suposto conluio entre o sindicato, na figura de seu ex-presidente, e agentes políticos. Por fim, defendeu que a lei, que alberga o dispositivo questionado, já foi revogada tacitamente pelas Leis Complementares n. 2.816/17 e n. 2.898/18, que autorizaram a celebração de acordo de novação de dívida com os servidores públicos municipais, referente à execução de atrasados de IPC – 28,35%. Requer, assim, o não conhecimento do presente incidente (fls. 401/437).

Acesso ao Sumário

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (449/463) é, preliminarmente, pelo não conhecimento do incidente e, caso superado o óbice do conhe-

cimento, é pelo acolhimento do incidente. Constou da ementa do parecer:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR N. 2.520, DE 03 DE ABRIL DE 2012, DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. PRELIMINAR. LEI MODIFICADORA, QUE ALBERGA O PRECEITO QUESTIONADO, DE NORMA PRECEDENTE DE EFEITOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE QUALIFICADA APTA A ENSEJAR O CONTROLE NO PLANO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. EXTINÇÃO DA NORMA QUESTIONADA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO. INCIDÊNCIA SOBRE ACORDO FIRMADO SOB A ÉGIDE DE NORMATIVA ANTERIOR. AVENÇA HOMOLOGADA JUDICIALMENTE. OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À COISA JULGADA. ACOLHIMENTO. 1. Análise da constitucionalidade, em controle difuso, do art. 1º da Lei Complementar n. 2.520, de 03 de abril de 2012, do Município de Ribeirão Preto, que incidiu sobre o acordo formalizado no Processo n. 0051085-21.2007.8.26.0506, modificando, na prática, as suas cláusulas, em afronta ao previsto no art. 2º, II e IV, da Lei Complementar n. 2.294/08, da mesma localidade.
>
> 2. Lei modificadora, que contempla o dispositivo comunal impugnado, de norma precedente de efeitos concretos, sem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma geral, impessoal, abstrata e revestida de eficácia subordinante necessários a qualificá-la como ato normativo, não constitui objeto juridicamente idôneo para o controle no plano da constitucionalidade incidental, por não se revestir do atributo da normatividade qualificada.
>
> 3. Possibilidade de conhecimento do incidente e análise por via de exceção ou concreta: a revogação do dispositivo objurgado não obsta o controle difuso de sua constitucionalidade, nem retira o interesse da arguição.
>
> 4. Viola o ato jurídico perfeito e a coisa julgada a normativa superveniente que produz efeitos modificativos sobre acordo entabulado no império de lei anterior e homologado judicialmente, em prejuízo aos seus beneficiários (art. 5º, XXXVI, Constituição Federal).
>
> 5. Acolhimento da arguição para declarar a inconstitucionalidade pleiteada, se superado o óbice ao conhecimento.".

É o relatório.

Consta dos autos, que o ora interessado SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE RIBEIRÃO PRETO, GUATAPARÁ e PRADÓPOLIS ajuizou ação coletiva em face da PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, insurgindo-se o impetrante contra a Lei Complementar nº 2520/2012.

Aduziu o Sindicato que: **1)** em outra ação coletiva (nº 0020149-81.2005.8.26.0506), também ajuizada em face do Município de Ribeirão Preto,

Acesso ao Sumário

em que se pleiteava o pagamento das diferenças salariais inflacionárias no percentual de 28,35%, geradas quando da implantação do Plano Collor – IPC de março de 1990 e que foi julgada procedente, houve celebração de acordo entre as partes nos autos dos Embargos à Execução (nº 0051085-21.2007.8.26.0506), homologado em 17.09.2008 (fls. 97/102 e fls. 106/107); **2)** para formalização do referido acordo houve a edição da Lei Complementar nº 2.294/2008[3] (fls. 193/196) e os pagamentos do acordo foram feitos corretamente mês a mês, abrangendo tanto o valor principal devido como as atualizações e juros acordados inicialmente; **3)** em março de 2012, a Administração Pública de Ribeirão Preto decidiu enviar à Câmara Municipal um Projeto de Lei Complementar estabelecendo, unilateralmente, novas condições para o cumprimento do acordo homologado judicialmente em 2008, dando ensejo à promulgação da Lei Complementar 2520/2012 (fls. 198/199), o que prejudica beneficiários do acordo homologado judicialmente, com atropelo da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, eis que foram excluídos da correção das parcelas do acordo originário os juros estabelecidos no percentual de 0,5% ao mês, cuja incidência estava prevista tanto nas condições pactuadas no acordo homologado como no inc. IV do parágrafo II da Lei Complementar nº 2294/2008 (a redação do inciso IV do art. 2º e a do art. 4º da Lei Complementar nº 2.294/08 foi alterada pela Lei Comple-

3 Texto da Lei Complementar nº 2294/2008:
Artigo 1º – Fica o Chefe do Executivo autorizado a celebrar acordo judicial com o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais, nos autos do processo nº 1.221/2005, que tramita perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto (antigo processo 1055/97 da 3ª Vara Cível), para pagamento de valores devidos por decisão judicial já transitada em julgado e atualmente em execução, a título de atrasados de IPC – 28,35%, mediante parcelamento do respectivo pagamento, respeitada a prescrição das parcelas vencidas, na conformidade do v. Acórdão que julgou a matéria.
Parágrafo Único – O acordo de que trata o caput deverá ser levado ao conhecimento do Juízo da causa em petição assinada em conjunto pelo Município de Ribeirão Preto e o Sindicato dos Servidores Municipais de Ribeirão Preto, a fim de ser homologado, por sentença, para que produza seus efeitos legais, valendo como título líquido e certo.
Artigo 2º – São condições do acordo:
(...)
II – Aplicação de juros no percentual de 0,5% ao mês, conforme a jurisprudência dominante;
III – Concordância expressa e individual de cada servidor que aderir ao acordo para a sua formalização por meio de seu representante processual;
IV – Pagamento em 120 (cento e vinte) parcelas consecutivas, corrigidas anualmente a partir da data do primeiro pagamento pelos índices da tabela do Tribunal de Justiça de São Paulo, acrescido de juros de 0,5 % (meio por cento) ao mês;
V – Início do pagamento em setembro do presente exercício totalizando, em 04 parcelas, o percentual de 1,2% do total da dívida, sendo que, este índice será pago, a título de adiantamento, em 04 (quatro) parcelas de R$ 900.000,00 (novecentos mil reais), nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008, divididas pelo número de beneficiados em cada mês. Os valores pagos para cada beneficiado serão compensados na equivalência de 1,2% para fins de ajustes, para mais ou para menos, a partir do mês de janeiro de 2009;
(...)
Artigo 3º – Serão contemplados pelo acordo de que trata a presente lei todos os servidores que foram abrangidos pelos efeitos da decisão transita em julgado no processo nº 1.221/2005, em trâmite pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca (antigo processo nº 1.055/1997 da 3ª Vara Cível), e que, por força da execução da obrigação de fazer nos referidos autos, já tenham incorporado esse direito.

Acesso ao Sumário

mentar nº 2.520, de 3 de abril de 2012[4]); **4)** não poderia a nova regra retroagir às situações anteriormente constituídas, nos termos do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal[5], sacramentando a quebra de um acordo firmado judicialmente e deixando milhares de servidores diante de uma incerteza jurídica. Diante dos referidos termos, requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da LC 2520/2012 e o afastamento de sua incidência no acordo homologado no ano de 2008 e, em consequência, a obrigatoriedade do pagamento dos juros no percentual de 0,5% ao mês, previsto no art. 2º, IV, da LC 2294/2008.

Julgada extinta a ação, por inadequação da via eleita (constou da r. sentença: "É que se trata de ação coletiva com pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal em abstrato, com eficácia erga omnes. O meio adequado a questionar a validade da norma é a ação direta de inconstitucionalidade, cuja competência originária para processar e julgar a causa é do C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo"), o Sindicato interpôs recurso de apelação, distribuído à C. 13ª Câmara de Direito Público, a qual houve por bem suscitar o presente incidente de inconstitucionalidade, afastando inicialmente a extinção do feito proclamada no Juízo de origem[6] e afirmando, na sequência, a inconstitucionalidade do artigo 1º da LC 2520/12, por afronta ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Pois bem. O presente incidente tem como intenção discutir a constitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 2.520/2012 do Município de Ribeirão Preto (que altera a redação do Inciso IV do artigo 2º da lei Complementar nº 2294, de 08 de agosto de 2008 – fls. 198/199), que tem a seguinte redação:

"Artigo 1º – Altera a redação do Inciso IV do artigo 2º da lei Comple-

4 Texto da Lei Complementar nº 2520/2012, na parte que interessa:
Artigo 1º – Altera a redação do Inciso IV do artigo 2º da Lei Complementar nº 2294, de 08 de agosto de 2008, que passa a vigorar com a seguinte redação:
Artigo 2º – omissis
I a III – omissis
IV – Pagamento em 120 (cento e vinte) parcelas consecutivas, corrigidas anualmente a partir da data do primeiro pagamento pelos índices da tabela do Tribunal de Justiça de São Paulo;
V a VIII – omissis
Artigo 2º – Altera a redação do artigo 4º da Lei Complementar nº 2294, de 08 de agosto de 2008, que passa a vigorar com a seguinte redação:
Artigo 4º – Respeitadas as condições da presente lei e havendo disponibilidade financeira, o Município poderá acordar em outros processos judiciais com idêntico objetivo e com trânsito em julgado a seu desfavor, dependendo da aceitação das condições tratadas oportunamente e de homologação judicial.
Artigo 3º – Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

5 **Constituição Federal: "Art. 5º, inciso XXXVI:** "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

6 Fundamentou o v. acórdão: "não vejo incorreção no pedido de se declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar Municipal nº 2.520/10, pedido que se fez apenas para se chegar à pretensão propriamente dita, que é a retomada dos pagamentos cortados ou suspensos ou não mais feitos pelo advento dessa lei e do dispositivo objurgado. No caso vertente, a declaração de inconstitucionalidade, embora integre o pedido, não é o pleito principal desta ação coletiva, pois não é esse o objetivo precípuo, mas sim o que o autor apresentou em seguida na petição inicial, ou seja, obrigação de fazer e obrigação de dar, como se lê nos itens 2 e 3 das págs. 24/25.". (fls. 377).

Acesso ao Sumário

mentar nº 2294, de 08 de agosto de 2008, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 2º –.....omissis.....

I a III –.....omissis.....

IV – Pagamento em 120 (cento e vinte) parcelas consecutivas, corrigidas anualmente a partir da data do primeiro pagamento pelos índices da tabela do Tribunal de Justiça de São Paulo;

V a VIII –.....omissis..... ".

Por sua vez, a Lei Complementar n. 2.294, de 08 de agosto de 2008, do Município de Ribeirão Preto (que autoriza a celebração de acordo judicial com o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais e dá outras providências), alterada pela norma impugnada, estabelece que (fls. 193/196):

"Artigo 1º – Fica o Chefe do Executivo autorizado a celebrar acordo judicial com o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais, nos autos do processo nº 1.221/2005, que tramita perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto (antigo processo 1055/97 da 3ª Vara Cível), para pagamento de valores devidos por decisão judicial já transitada em julgado e atualmente em execução, a título de atrasados de IPC – 28,35%, mediante parcelamento do respectivo pagamento, respeitada a prescrição das parcelas vencidas, na conformidade do v. Acórdão que julgou a matéria.

Parágrafo Único – O acordo de que trata o 'caput' deverá ser levado ao conhecimento do Juízo da causa em petição assinada em conjunto pelo Município de Ribeirão Preto e o Sindicato dos Servidores Municipais de Ribeirão Preto, a fim de ser homologado, por sentença, para que produza seus efeitos legais, valendo como título líquido e certo.

Artigo 2º – São condições do acordo:

I – Cálculo efetuado em conformidade com a metodologia estabelecida conjuntamente pelo sindicato dos Servidores Municipais de Ribeirão Preto e a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, em reuniões realizadas para esse fim, e atualmente utilizada pela Divisão de Pagamento da Secretaria de Administração para pagamento do percentual de 28,35%, conforme termo de reunião realizada em 15 de maio de 2008, firmada por representantes das entidades de servidores envolvidos;

II – Aplicação de juros no percentual de 0,5% ao mês, conforme a jurisprudência dominante;

III – Concordância expressa e individual de cada servidor que aderir ao acordo para a sua formalização por meio de seu representante processual;

IV – Pagamento em 120 (cento e vinte) parcelas consecutivas, corrigidas anualmente a partir da data do primeiro pagamento pelos índices da tabela do Tribunal de Justiça de São Paulo, acrescido de juros de 0,5 % (meio por cento) ao mês;

Acesso ao Sumário

V – Início do pagamento em setembro do presente exercício totalizando, em 04 parcelas, o percentual de 1,2% do total da dívida, sendo que, este índice será pago, a título de adiantamento, em 04 (quatro) parcelas de R$ 900.000,00 (novecentos mil reais), nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008, divididas pelo número de beneficiados em cada mês. Os valores pagos para cada beneficiado serão compensados na equivalência de 1,2% para fins de ajustes, para mais ou para menos, a partir do mês de janeiro de 2009;

VI – O valor remanescente será pago conforme anexo desta lei;

VII – Pagamento de parcelas discriminadas em demonstrativo próprio;

VIII – A inadimplência ensejará multa no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da parcela em atraso, ficando mantido o parcelamento.

Artigo 3º – Serão contemplados pelo acordo de que trata a presente lei todos os servidores que foram abrangidos pelos efeitos da decisão transitado em julgado no processo nº 1.221/2005, em trâmite pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca (antigo processo nº 1.055/1997 da 3ª Vara Cível), e que, por força da execução da obrigação de fazer nos referidos autos, já tenham incorporado esse direito.

§ 1º – Os servidores que aderirem ao presente acordo previsto nesta lei, renunciam, automaticamente, a todos e quaisquer direitos decorrentes do IPC originários da Lei 5.695 de 13 de março de 1990 ou de qualquer outro diploma legal que trata da matéria, não podendo pleiteá-los em qualquer instância administrativa ou judicial, sob pena de restituição.

§ 2º – Ficam impedidos de participar do acordo previsto nesta Lei todos os servidores que já perceberam seus direitos decorrentes da decisão judicial transitada em julgado e reportada no 'caput' deste artigo ou, ainda, que promovam execução individual pelos mesmos direitos, a não ser que dela desistam.

Artigo 4º – Respeitadas as condições da presente lei e havendo disponibilidade financeira, o Município poderá acordar em outros processos judiciais com idêntico objeto e com trânsito em julgado a seu desfavor, dependendo sempre da aceitação das mesmas condições impostas na presente lei e de homologação judicial.

Artigo 5º – A fim de buscar a efetividade da decisão judicial aurida no processo nº 1221/2005 e cuja execução é objeto da presente, o Município fica autorizado a pagar as parcelas dos atrasados, a título de proventos e pensões respectivamente nos casos de aposentadoria e morte do titular do direito, integrantes do processo, ainda que por via sucessória, retendo regularmente as parcelas das contribuições previdenciárias devidas ao Instituto de Previdência dos Municipiários de Ribeirão Preto – IPM, parte patronal e parte do servidor, ressalvado o produto das contribuições incidentes sobre os proventos e pensões dos servidores inativos e pensionistas referidos na Lei Complementar nº 2.249, de 19 de março de 2008.

Acesso ao Sumário

Parágrafo Único – O Município, para fins do disposto na presente lei também será responsável pelas despesas devidas aos servidores inativos e pensionistas nos termos da Lei Complementar 2.249, de 19 de março de 2008.

Artigo 6º – A Secretaria da Fazenda adotará providências de adequação orçamentária e financeira no tocante às despesas decorrentes da execução desta lei complementar que correrão por conta das dotações próprias do orçamento vigente, suplementadas oportunamente, se necessário, resguardadas em todos os casos o efetivo pagamento dos precatórios devidos para o presente exercício e os posteriores, bem como o atendimento das metas de responsabilidade fiscal.

Artigo 7º – Esta lei complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente, as da lei complementar nº 2.283 de 11 de julho de 2008, que fica inteiramente revogada".

A Câmara suscitante entende que o artigo impugnado (art. 1º da LC nº 2.520/2012 do Município de Ribeirão Preto) é incompatível com as disposições do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Ocorre que o diploma legislativo municipal impugnado, assim como a norma por ele alterada, constituem leis de efeitos concretos, eis que consubstanciam autorização legislativa para celebrar acordo judicial com o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Ribeirão Preto para o pagamento aos Servidores Municipais de valores devidos a título de atrasados de IPC – 28,35%, sendo, pois, aplicáveis a um único cenário jurídico e com destinatários certos, a se denotar a ausência de generalidade e abstração de referidas normas, elementos necessários à viabilidade do controle, concentrado ou abstrato, de constitucionalidade de um ato normativo.

Sobre o assunto, pertinente a lição de Hely Lopes Meirelles, que, exemplifica os atos de efeitos concretos:

"Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outras dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandato de segurança"[7]

Acesso ao Sumário

7 Mandado de Segurança. 30ª ed. São Paulo: RT, 2007, pp. 41-42.

Certo ainda que, na hipótese dos autos, não obstante requerer na inicial da ação coletiva a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado (item 01 dos pedidos – fls. 24), a pretensão dos autores é, na realidade, a não aplicação dos termos do segundo acordo homologado em juízo, no qual estabelecido o afastamento do percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, previsto no artigo 2º, incisos II e IV da LCM nº 2.294/2008, sobre as parcelas mensais do crédito remanescente de todos os beneficiários e seus sucessores (fls. 103/104). Acordo este que nem mesmo menciona a norma ora impugnada, a se considerar, portanto, que a lei foi promulgada apenas para autorizar a realização do referido acordo contra o qual o Sindicato ora se insurge, ao que tudo indica, realizado por ex-dirigentes e agentes políticos para fim ilícito.

Inadequada, pois, a propositura desta ação para o fim almejado, devendo a questão ser analisada sob o aspecto da legalidade da lei frente ao segundo acordo realizado e homologado judicialmente.

Este também o posicionamento do Ministério Público. Confira-se:

> "A análise da Lei Complementar n. 2.294/08 demonstra que se trata de lei de efeitos concretos, não possuindo aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma geral, impessoal, abstrata e revestida de eficácia subordinante, requisitos esses necessários a qualificá-la como ato normativo. Com efeito, ela contém autorização ao Chefe do Poder Executivo para celebrar acordo com o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais em processo judicial especificado (caput do art. 3º).
>
> Logo, atuando de modo direto e imediato sobre o acordo judicial entabulado, seus efeitos se esgotaram com a homologação do referido acordo em juízo.
>
> Atos estatais de efeitos concretos, em virtude da ausência de densidade normativa no conteúdo de seus preceitos, constituem objeto juridicamente inidôneo e desqualificado para o controle no plano do controle de constitucionalidade incidental.
>
> Desse modo e por consequência, a Lei Complementar n. 2.520, de 03 de abril de 2012, do Município de Ribeirão Preto, por revogar dispositivo da Lei Complementar n. 2294/08, da mesma localidade, não se mostra, do mesmo modo, apta ao controle de constitucionalidade por essa Corte, devendo a questão colocada no caso em testilha ser dirimida apenas no plano da legalidade.
>
> Posto isso, entendendo que a Lei n. 2.520, de 03 de abril de 2012, do Município de Ribeirão Preto, que alberga o dispositivo questionado, não se reveste do atributo da normatividade qualificada, opino, preliminarmente, pelo não conhecimento do incidente". (fls. 458/459).

Acesso ao Sumário

Por fim, de se registrar que este C. Órgão Especial já teve a oportunidade de se pronunciar sobre as mesmas normas aqui debatidas (**Lei Complementar nº 2294/2008 e Lei Complementar nº 2520/2012**), no Incidente de Arguição

de Inconstitucionalidade nº. 0053843.21.2016.8.26.000, de Relatoria do Exmo. Des. Ferraz Arruda, reconhecendo não só tratar-se de normas de efeitos concretos, mas também a inviabilidade do controle de sua constitucionalidade, conforme ementa que segue:

> "**Ementa**: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – **LEIS COMPLEMENTARES 2.294/2008 E 2.520/2012 DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO** QUE GERAM REFLEXOS EM ACORDO JUDICIAL VIOLANDO COISA JULGADA – LEI DE EFEITOS CONCRETOS QUE NÃO ESTÃO SUJEITAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONFORME ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – QUESTÃO QUE DEVE SER ANALISADA SOB O ASPECTO DA LEGALIDADE DA NORMA QUE ESTÁ DIRETAMENTE VINCULADA A ADITAMENTO A ACORDO SUPOSTAMENTE VICIADO E QUE FOI HOMOLOGADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – NÃO CONHECIMENTO[8]"

Consta da fundamentação do referido voto, especificamente com relação à inviabilidade do conhecimento do presente incidente:

> "(...) impossível o conhecimento do incidente. Apresentei voto não conhecendo da arguição de inconstitucionalidade formulado em acórdão proferido pela 7ª Câmara de Direito Público, voto este que encontrou obstáculo no voto do preclaro e brilhante Desembargador Ricardo Anafe em que sustenta a obrigatoriedade do exame de mérito da aludida arguição sob preciosos fundamentos de que não cabe, no julgamento de arguição de inconstitucionalidade, a ressalva do dito julgamento em concreto.
>
> Mas examinando a questão, agora sob as luzes trazidas pelo voto divergente, ainda assim ouso manter o meu convencimento a respeito da questão, ou seja, pelo não conhecimento da arguição.
>
> O que querem os autores não é a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 2.520/2012, mas sim a invalidade do acordo feito pelos representantes do sindicato para que depois viesse à luz a citada Lei Municipal regular a questão.
>
> Note-se, portanto, que a validade e eficácia da norma legal no caso em concreto não se sustenta na sua inconstitucionalidade uma vez que o que está discussão é a validade da representação do sindicato frente aos autores, tema que pode e deve ser dirimido no plano simplesmente fático-jurídico.
>
> A lei em concreto, não criou, modificou ou extinguiu direitos de sorte a se fazer o seu exame, como no caso, se afrontou a coisa julgada.
>
> Com efeito, não há que se falar em afronta à coisa julgada se esta se fez presente com a decisão judicial não impugnada, decisão esta que contou com o acordo do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais contra o

8 Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0053843-21.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz Arruda, j. 29.03.2017, por maioria de votos.

Acesso ao Sumário

qual investem os autores.

Assim, observo que o cerne da questão está no fato de os autores da presente ação não terem sido chamados pelo Sindicato para anuir ao aditamento ao acordo anteriormente formulado, que alterou o último parágrafo da cláusula 2.6 do termo de Acordo firmado no dia 16 de setembro de 2008, para pagamento dos valores a título de atrasados de IPC 28,35%, reduzindo a partir de janeiro de 2013, os juros de mora de 0,5% ao mês para o percentual de 0,25% ao mês.

A Lei Complementar nº 2.520/2012, cuja constitucionalidade foi arguida pela 7ª Câmara de Direito Público, é oriunda do referido acordo que, se maculado de vícios apontados pelos autores, podem fazer da referida norma legal ou ilegal.

A questão deve ser analisada sob o aspecto da legalidade da lei que estaria, segundo se alega, supostamente está viciada por um aditamento ao acordo inválido. Ora, lei ilegal não produz efeitos jurídicos. Se inválida a lei, permanecem hígidos os direitos dos autores de receberem conforme a lei válida que regia a matéria.

A questão ganha importante contorno com o documento copiado às págs. 57/59 dos autos que noticia que o aditamento ao acordo foi comunicado ao juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto nos autos da ação autuada sob nº 00200149-81.2005.8.26.0506, já em fase de execução.

Considerando a relevância de tal informação para o deslinde da presente controvérsia, mediante consulta ao site deste Tribunal, tem-se que o referido aditamento ao acordo restou homologado pelo juízo, surtindo seus efeitos naqueles autos (...) , nos seguintes termos:

1– Considerando o teor das petições conjuntas de fls. 10.149/10.151 e 10.160/10.163, HOMOLOGO o acordo firmado entre as partes (Sindicato dos Servidores Municipais de Ribeirão Preto e Maria Zuely Alves Liberandi) e, em consequência, JULGO EXTINTO o presente feito, com base no art. 269, inciso III, do Código de Processo Civil, no tocante à obrigação de pagamento de honorários advocatícios em favor de Maria Zuely. Observo que os créditos cedidos pelo Sindicato à N. Advogada limitam-se aos beneficiários originários e sucessores que são representados pelo Sindicato, conforme termos de representação individuais juntados aos autos dos Embargos à Execução (processo nº 0051085-21.2007.8.26.0506 – 3.006/07), que, segundo a documentação juntada 10.152/10.158, foram convocados para uma assembleia e pessoal ou tacitamente, concordaram com a dita cessão de seus créditos.

A credora, Maria Zuely, deverá informar nos autos e diretamente à Fazenda Municipal, no prazo de dez dias, a conta bancária em que serão realizados os depósitos mensais em favor daquela, enquanto que o recolhimento do Imposto de Renda incidente deverá ser providenciado diretamente pela credora, com apresentação de comprovação nos autos,

Acesso ao Sumário

sempre que se realizar o respectivo recolhimento.

A lei impugnada foi editada segundo este acordo! Destarte, não cabe a este Órgão Especial o exame da inconstitucionalidade da lei, que deve ser analisada sob o aspecto da legalidade, uma vez que decorrente de acordo supostamente eivado de nulidade em relação aos autores. Ressalte-se que, ainda que os efeitos do acordo surtem efeitos jurídicos em decorrência precípua de sua homologação pelo MM Juiz". (n/ grifos).

Ante o exposto, constatada a inadequação do meio proposto para o fim almejado, não conheço da arguição, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0038220-38.2021.8.26.0000, da Comarca de Lins, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, interessados RODRIGO GUIMARAES NOGUEIRA, MUNICÍPIO DE LINS e EDGAR DE SOUZA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.709)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.600/2018, do Município de Lins (autoriza a desafetação de áreas institucionais para fins de permuta ou alienação – Declaração de inconstitucionalidade pelo STF, com eficácia vinculante e erga omnes, dos parâmetros da Constituição Estadual sus-

citados no incidente como causa de pedir – ADI 6602/SP – Incidente desacolhido.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela 4ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação nº 1002629-07.2018.8.26.0322, tendo como objeto a Lei nº 1.600/2018, do Município de Lins (autoriza a desafetação de áreas institucionais para fins de permuta ou alienação.

O órgão fracionário, em v. acórdão que teve a relatoria da Des. Ana Liarte, proferido de forma unânime, encontra-se assim ementado:

> APELAÇÃO – AÇÃO POPULAR – MUNICÍPIO DE LINS – Lei Municipal nº 1.600/2018 que autorizou a desafetação de áreas institucionais para fins de permuta ou alienação – Impossibilidade – Inteligência do artigo 180, inciso VII, da Constituição Estadual – Matéria a ser analisada pelo C. Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e artigo 13, I, "d", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça – Remessa dos autos ao Órgão Especial.

Por essa razão, invocando a cláusula de reserva de plenário, suscitou o presente incidente.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desacolhimento do incidente, em razão da perda superveniente do parâmetro constitucional de confronto utilizado (fls. 429/436).

É o relatório.

O presente incidente de arguição de inconstitucionalidade não comporta mesmo acolhimento. De fato, a declaração de inconstitucionalidade na ADI 6602/SP, com eficácia vinculante e erga omnes, atingiu os parâmetros da Constituição Estadual suscitados no incidente como causa de pedir, quais sejam, os §§ 1º, 2º, 3º e 4º, inciso VII do artigo 180.

Confira-se a ementa do aresto:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO URBANÍSTICO. PLANEJAMENTO E USO DO SOLO URBANO. §§ 1º A 4º DO INC. VII DO ART. 180 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. RESTRIÇÕES AOS MUNICÍPIOS PARA A DESAFETAÇÃO DE ÁREAS DEFINIDAS EM PROJETOS DE LOTEAMENTO COMO ÁREAS VERDES OU INSTITUCIONAIS. OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE UNIÃO, ESTADOS E DISTRI-

Acesso ao Sumário

TO FEDERAL PARA DISPOR SOBRE DIREITO URBANÍSTICO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS MUNICÍPIOS PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL. OFENSA AOS INCS. I E III DO ART. 30 E ART. 182, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA.

1. É direta a contrariedade à repartição de competência legislativa traçada pela Constituição da República, ainda que essa análise se ponha em pauta o cotejo das normas infraconstitucionais. Precedentes. 2. Os Municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local compreendendo o ordenamento territorial, o planejamento urbano e a fiscalização de áreas de uso e ocupação do solo. Precedentes. 3. É formalmente inconstitucional norma estadual pela qual se dispõe sobre direito urbanístico em contrariedade ao que se determina nas normas gerais estabelecidas pela União e em ofensa à competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, sobre os quais incluídos política de desenvolvimento urbano, planejamento, controle e uso do solo. Precedentes. 4. É inconstitucional norma de Constituição estadual pele, a pretexto de organizar e delimitar competência de seus respectivos Municípios, ofendido o princípio da autonomia municipal, consoante o art. 18, o art. 29 e o art. 30 da Constituição da República. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente para declarar inconstitucionais os §§ 1º a 4º do inc. VII do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo. (ADI 6602, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2021 PUBLIC 24-06-2021)

Na mesma linha da proposta o entendimento do STF, como se infere do julgado relatado pelo Min. Celso de Mello:

"[...] A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) –, a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes. ADI 514/PI, decisão publicada no DJE de 31.3.2008, (Informativo STF nº 499)".

No mesmo sentido: ADI-QO 87/CE (Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 06/02/2002, Tribunal Pleno, DJ 08-03-2002 PP-00052, EMENT VOL-02060-01 PP-00001); ADI-QO 747/TO (Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 22/05/2002, Tribunal Pleno, DJ 28-06-2002 PP-00087, EMENT VOL-02075-01 PP-00077); ADI 1442/DF (Relator Min. CELSO DE

Acesso ao Sumário

MELLO, Julgamento: 03/11/2004, Tribunal Pleno, DJ 29-04-2005 PP-00007, EMENT VOL-02189-1 PP-00113, RTJ VOL-00195-03 PP-00752); ADI-QO 519/MT (Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 22/05/2002, Tribunal Pleno, DJ 28-06-2002 PP-00087, EMENT VOL-02075-01 PP-00016).

Diferente não é o posicionamento da doutrina. Confira-se, a propósito, o magistério de Oswaldo Luiz Palu:

> "[...] atualmente, a posição do STF em caso de ato normativo revogado após a propositura da ação direta é a de estar a ação direta prejudicada por falta de objeto; os eventuais efeitos residuais havidos devem ser questionados na via concreta, não na abstrata (*Controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo, RT, 2001, p. 219)."

Idêntico, o posicionamento 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. Eventuais direitos subjetivos que tenham sido afetados pela lei inconstitucional deverão ser demandados em ação própria (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 137/138)."

Assim, declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da norma da Constituição Estadual, invocada como parâmetro da arguição de inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.600/2018, impõe-se reconhecer a perda do parâmetro constitucional (melhor seria dizer, inexistência jurídica), o que conduz ao desacolhimento do incidente. É o meu voto.

Conflitos de Competência

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0026457-40.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 26ª 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 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. ACÓRDÃO COM A

EXMA. SRA. DESª. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.105)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, 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 e JACOB VALENTE.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora Designada

Ementa: Conflito de competência – Ação indenizatória por danos em imóvel residencial – Correquerida que é empresa contratada pelo Município de São Paulo para execução de obras no passeio público, as quais teriam sido uma das causas dos danos ocorridos – Matéria inserida na competência preferencial das Câmaras integrantes da Terceira Subseção de Direito Privado, nos termos do artigo 5.º, item III.2, da Resolução n.º 623/2013 deste Órgão Especial – Competência recursal firmada pelos termos do pedido inicial, em conformidade com o disposto no artigo 103 do Regimento Interno desta Corte – Controvérsia que não envolve responsabilidade civil do Estado, porquanto deduzidos os pedidos exclusivamente em face de empresa de engenharia contratada pelo Poder Público, com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil, por suposta má técnica na execução da obra – Empresa ré não pode ser equiparada a concessionária ou permissionária, pois a hipótese dos autos não envolve concessão ou permissão – Precedente deste Órgão Especial em caso semelhante – Conflito conhecido para fixar a competência da C. 26.ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Cuida-se de ação indenizatória movida por MEI YU MING e por MEI

XIAO E em face de FIVE STEEL ENGENHARIA S.A. e de PROJEÇÃO ENGENHARIA PAULISTA DE OBRAS EIRELI, objetivando a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos causados em imóvel de sua propriedade, decorrentes de duas obras distintas executadas pelas requeridas.

Os pedidos foram julgados procedentes em parte (fls. 1.259/1.267). Interposto recurso de apelação pela correquerida Projeção Engenharia (fls. 1.276/1.294), foi processado e contrariado (fls. 1.301/1.308 e 1.309/1.317).

Distribuído o recurso à C. 26.ª Câmara de Direito Privado, não foi conhecido nos termos do v. acórdão assim ementado (fls. 1.320/1.324):

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – OBRAS NO PASSEIO PÚBLICO REALIZADA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – DANOS EM IMÓVEL – Competência da Seção de Direito Público – Redistribuição dos Autos – Necessidade. RECURSO NÃO CONHECIDO, COM DETERMINAÇÃO (Apelação Cível n.º 1003944-33.2018.8.26.0011; Relator: Antonio Nascimento; Órgão Julgador: 26.ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI – Pinheiros – 3.ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2019; Data de Registro: 25/10/2019).

Redistribuídos os recursos, a C. 12.ª Câmara de Direito Público houve por bem suscitar conflito de negativo de competência, conforme v. acórdão ementado nos seguintes termos (fls. 1.342/1.346):

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Dano a prédio urbano – Obras realizadas pelas rés próximas ao imóvel dos autores – Obra de manutenção e acessibilidade do passeio público realizada por pessoa jurídica de direito privado – Ação que não se funda na responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º) – Demanda entre particulares, de Direito Privado – Inexistência de interesse público, de Direito Administrativo – Incompetência da Seção de Direito Público – Conflito negativo suscitado – Recurso não conhecido, para solução pelo C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça (Apelação Cível n.º 1003944-33.2018.8.26.0011; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12.ª Câmara de Direito Público; Foro Regional XI – Pinheiros – 3.ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/07/2021; Data de Registro: 12/07/2021).

É o relatório.

Trata-se de Conflito de Competência, suscitado pela C. 12.ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal, sustentando que a competência para o julgamento do apelo interposto é das Câmaras que compõem Terceira Subseção de Direito Privado.

Sem embargo dos judiciosos fundamentos que levaram a C. Câmara suscitada a declinar da competência recursal, temos que a razão está com a C. Câmara suscitante.

Cuida-se de ação indenizatória movida por MEI YU MING e por MEI XIAO E em face de FIVE STEEL ENGENHARIA S.A. e de PROJEÇÃO ENGENHARIA PAULISTA DE OBRAS EIRELI alegando, em resumo, que imó-

vel de sua propriedade, situado na Rua (...) n.º (...), Pinheiros, nesta Capital, matriculado sob o nº (...) no 10.º Oficial de Registro de Imóveis, sofreu danos em decorrência de duas obras distintas, executadas pelas rés. Em relação à primeira requerida, os autores alegaram que a construção de um edifício em frente ao imóvel causou diversas rachaduras, recebendo inclusive visitas esporádicas de técnicos, sem que tenham sido providenciados os reparos necessários. Em relação à segunda requerida, os autores afirmam que *"... estava realizando em favor da Prefeitura de São Paulo, obra de infraestrutura na rua em que se localiza o imóvel do autor e obra da primeira ré Five Steel, o que ocasionou em 14 de novembro de 2016 um 'colapso' no imóvel do autor, que colidiu devido aos impactos operacionais da referida obra de infraestrutura pública da Sabesp"*. Alegam que o imóvel restou interditado pela Municipalidade, pois as obras realizadas pelas rés causaram danos irreversíveis, levando a sua ruína.

Pediram a procedência dos pedidos consistente em (fls. 10/11):

a) CONCEDER LIMINARMENTE E INAUDITA ALTERA PARS O PLEITO DE TUTELA ANTECIPADA, para o fim de:

a.1) determinar aos réus a indenizarem o autor pelos lucros cessantes, mediante o pagamento mensal ao autor do valor de R$ 2.092,35 (dois mil e noventa e dois reais e trinta e cinco centavos), equivalente ao locatício que era pago pela locatária até a interdição do imóvel, por estar o autor deixando de lucrá-lo, por culpa exclusiva dos réus, uma vez latente a verossimilhança das alegações e presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, intimando-os para tanto;

a.2) autorizar a pronta demolição do imóvel pelo autor, a fim de possibilitar a sua desinterdição, uma vez latente a verossimilhança das alegações e presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora;

b) Determinar a citação por carta dos réus, para querendo apresentar defesa no prazo legal, sob pena de confesso e revelia;

c) Ao final e com a confirmação da antecipação da tutela, nos termos requeridos no item "a" supra, JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, pelos motivos expostos supra, para:

c.1) condenar os réus a repararem/indenizarem o autor pelos danos suportados, mediante o pagamento do valor de R$ 212.334,87 (duzentos e doze mil, trezentos e trinta e quatro reais e oitenta e sete centavos), devidamente atualizado desde a data da ocorrência da interdição do imóvel e acrescidos dos juros legais, até o efetivo pagamento, que é o valor do orçamento realizado para fins de reparação efetiva, mediante a demolição de parte do imóvel e sua reconstrução;

c.2) condenar os réus a repararem/indenizarem o autor pelos lucros cessantes, mediante o pagamento mensal ao autor do valor de R$ 2.092,35 (dois mil e noventa e dois reais e trinta e cinco centavos), equivalente ao locatício que era pago pela locatária até a interdição do imóvel, por estar o autor deixando de lucrá-lo, por culpa exclusiva dos réus, devidamente atualizado até a data

Acesso ao Sumário

da efetiva reparação supra.

Os pedidos foram julgados procedentes em parte, conforme a seguinte parte dispositiva (fl. 1.259/1.267):

Posto isso, pondo fim à fase cognitiva do processo com fulcro no art. 487, I, do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, para condenar a PROJEÇÃO ENGENHARIA PAULISTA DE OBRAS EIRELI a pagar ao autor MEI YU MING: (i) R$ 78.873,65 (setenta e oito mil, oitocentos e setenta e três reais e sessenta e cinco centavos), corrigidos pela Tabela Prática do TJSP desde a elaboração do laudo pericial (26/02/2019, fls. 1173) e acrescidos de juros de mora desde o evento danoso (14/11/2016, fls. 37); e (ii) R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), corrigidos pelo IGP-M anualmente partir de 1/3/2013, por cada um dos meses decorridos de 14/11/2016 até a data da satisfação da obrigação estampada no item "i", com correção monetária pela tabela prática do TJSP e acrescidos de juros de mora a partir do vencimento (dia 5 do mês subsequente ao vencido, cláusula 1.1, fls. 19).

Sucumbente em relação a FIVE STEEL ENGENHARIA S/A, que não resistiu à pretensão de pagar a parcela de fls. 975/978 (fls. 929/930), e foi vencedora quanto ao restante, os autores arcarão com as suas custas e despesas processuais por ela incorridos e pagarão a seus advogados honorários de 10% do valor da causa.

Quanto à lide instaurada em face de PROJEÇÃO, ante a sucumbência recíproca, deverão os autores arcar com 60% das custas e despesas processuais e pagar aos advogados da ré honorários de 6% do valor da causa (10% de 60%). A PROJEÇÃO, por sua vez, arcará com os 40% restantes das custas e despesas processuais e pagará aos patronos da autora honorários de 10% da condenação estampada nos itens i e ii.

A requerida Projeção engenharia apelou arguindo preliminar de cerceamento de defesa e postulando quando ao mérito a reforma do julgado *"... uma vez evidenciada a ausência de culpa da Recorrente no evento que resultou na ruína parcial do imóvel dos Recorridos, bem como o rompimento do nexo de causalidade pela culpa exclusiva da vítima e pelo fato de terceiro, no caso a Requerida Five Engenharia"*. O recurso foi contrariado (fls. 1.301/1.308 e 1.309/1.317).

Pois bem.

Conforme dispõe o artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, a *"competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se* ***pelos termos do pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

A Resolução n.º 623/2013 deste C. Órgão Especial dispõe que:

"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 in-

tegrado 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, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no inciso III.15 do art. 5º desta Resolução;

(...)

Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

(...)

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III.2 – Ações de ressarcimento por dano em prédio *urbano ou rústico."*

Respeitado o entendimento da C. Câmara suscitada, tenho que a circunstância de a obra executada pela requerida Projeção Engenharia ser pública não significa que a hipótese dos autos envolve responsabilidade civil do Estado.

É certo que a requerida foi contratada pelo Município de São Paulo para execução de obras de "... manutenção, de adequação e acessibilidade no passeio público, localizado à rua (...), Pinheiros, São Paulo/SP" (fls. 730/741). Ocorre que os autores não incluíram a Municipalidade no polo passivo, tampouco invocam o artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal, para fundamentar seu pedido indenizatório. Na verdade, a pretensão se funda em responsabilidade civil subjetiva, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil (v. fls. 8).

O pedido inicial está fundado em alegada má técnica, atribuída em caráter exclusivo à contratada do Poder Público, que executava a *"... obra de infraestrutura na rua em que se localiza o imóvel do autor e obra da primeira ré Five Steel, o que ocasionou em 14 de novembro de 2016 um 'colapso' no imóvel do autor, que colidiu devido aos impactos operacionais da referida obra de infraestrutura pública da Sabesp"*.

A empresa ré não pode ser equiparada a concessionária ou permissionária, pois a hipótese dos autos não envolve concessão ou permissão, mas sim contrato de execução da obra de engenharia.

Permito-me a transcrição da ementa e de excerto do voto proferido pelo ilustre e culto Desembargador Borelli Thomaz, em precedente deste Órgão Especial, inclusive citado pela C. Câmara suscitante, em caso muito assemelhado:

Acesso ao Sumário

Conflito de competência. Apelação. Ação indenizatória. Culpa extracontratual. Obra realizada por pessoa jurídica de direito privado, vencedora de licitação. Danos no imóvel dos autores, pessoas físicas. Disputa entre particulares. Conflito acolhido, fixada a competência da C. Câmara suscitada (25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo).

(...)

Muito embora os danos tenham sido causados por obra dita pública, a executora direta do serviço foi empresa particular, privada, e nesta ação não se discutem a licitação nem o contrato administrativo dela derivado; tampouco eventual falha no objeto desse contrato.

De fato, a ação não se volta contra a obra pública em si, mas contra a execução dela, pois obras de compactação e pavimentação causaram rachaduras e danos estruturais no imóvel dos autores.

Os autores indicam que obras de urbanização, com construção de rede de água e esgoto e drenagem no fundo do seu imóvel, ocasionaram danos à construção deles, apresentando rachaduras, que foram nas paredes, nos muros divisórios, inclusive o afundamento do piso do quarto, e rachaduras na parede da sala, sendo que a casa a qualquer momento poderá desmoronar.

Indicam danos como comprovados por perícia (fls. 211/241), constatado terem sido as obras de pavimentação de concreto armado em córrego, aliadas ao tráfego de equipamentos e escavações do solo o único evento na região capaz de movimentar o solo de provocar as trincas observadas.

Diante disso, foi rescindido contrato verbal de aluguel dessa construção residencial situada nos fundos do imóvel dos autores, a qual restou danificada pelas obras realizadas pela ré (fls. 29).

Em remate, o fundamento legal para a ação está no artigo 186 do Código Civil, muito embora a r. sentença, de procedência, venha fundada no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, o que, no entanto, não interfere na natureza jurídica da construtora da obra.

(...)

(Conflito de competência cível n.º 0080736-20.2014.8.26.0000; Relator: Borelli Thomaz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional V – São Miguel Paulista – 3.ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/02/2015; Data de Registro: 06/02/2015).

Por todo o exposto, pelo meu voto, o conflito é conhecido para fixar a competência da C. 26.ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0038590-17.2021.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é susci-

tante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.018)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de cobrança, indeferiu a tutela antecipada pleiteada.

Cuida a hipótese de ação de cobrança ajuizada Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.a. – Econorte em face de Marcelo Tafarel Azevedo Carvalho em decorrência de evasões das praças de pedágio. A cobrança da tarifa de pedágio, realizada pela concessionária de serviço público, configura ato administrativo. Incide no caso, portanto, o disposto no artigo 3º, I.2 da Resolução 623/2013 que dispõe ser da Seção de Direito Público a competência para o julgamento de ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos. Precedente deste Órgão Especial em hipótese análoga.

Conflito procedente, determinada a remessa dos autos à 08ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pela 08ª Câmara de Direito Público, em agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a tutela antecipada pleiteada em ação de cobrança ajuizada Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.a. – Econorte em face de Marcelo Tafarel Azevedo Carvalho em decorrência de evasões das praças de pedágio.

Inicialmente distribuído para a 30ª Câmara de Direito Privado, o agravo de instrumento foi redistribuído para a 08ª Câmara de Direito Público com fundamento no art. 3º, I.2, da Resolução 623/2013, porque a discussão envolve contrato administrativo, tendo em vista que a concessionária de serviço público, ao exigir valores decorrentes da abertura de acesso em rodovia sob sua administração, atua em nome do Estado (f. 50/55).

Por sua vez, a 08ª Câmara de Direito Público suscitou conflito negativo de competência, com fundamento nos artigos 2º, III, "d" e 5º, § 1º da Resolução 623/13, porque é da competência da Segunda e da Terceira Subseções de Direto Privado o julgamento das ações relativas à 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 (f. 59/67).

É o relatório.

O conflito de competência procede, sendo responsável pelo julgamento do recurso interposto a 08ª Câmara de Direito Público.

Cuida a hipótese de ação de cobrança ajuizada Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.a. – Econorte em face de Marcelo Tafarel Azevedo Carvalho em decorrência de evasões das praças de pedágio.

E 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.

Acesso ao Sumário

A cobrança da tarifa de pedágio, realizada pela concessionária de serviço público, configura ato administrativo.

Incide no caso, portanto, o disposto no artigo 3º, I.2 da Resolução 623/2013 que dispõe ser da Seção de Direito Público a competência para o julgamento de ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos.

Em hipótese análoga já decidiu este C. Órgão Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Ação de reparação por danos morais do autor, ajuizada contra Rodovias Integradas do Oeste S/A – SPVIAS em razão de multa aplicada por evasão de pedágio – cabine do "Sem Parar". Competência recursal ratione materiae – Estabelece-se pelo pe-

dido contido na inicial. Ação indenizatória por alegados danos morais, decorrente de suposta aplicação indevida de multa por evasão de divisa. Ato administrativo e/ou falha na prestação do serviço público. Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público para julgamento de ações envolvendo atos administrativos e a responsabilidade civil do Estado. Precedentes. Competência da Eg. 5ª Câmara de Direito Público. Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada. (Conflito de Competência n.º 0019112-96.2016 – Rel. Evaristo dos Santos – j. 17/08/2016).

Ressalta-se, ainda, que o próprio Relator suscitante já julgou hipótese análoga, na qual se discutia a validade de cobrança de tarifas de pedágio realizadas por concessionária de serviço público. Confira-se:

APELAÇÃO. Infração de trânsito. Evasão de pedágio sem o respectivo pagamento. Alegação de que os veículos autuados não são de sua propriedade. Sistema "Sem Parar". TAG utilizada pelo veículo infrator que está em nome do autor. Ausência de comprovação de que as TAGs em nome do autor foram devolvidas anteriormente às autuações. Concessionária de serviço público. Presunção de legitimidade do ato que não pode ser afastada in casu. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (Ap. 1001687-45.2016 – Rel. Antônio Celso Faria – 8ª Câmara de Direito Público – j. 20/09/2017).

O recurso, dessa forma, deverá ser apreciado pela 08ª Câmara de Direito Público.

Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito negativo de competência** para determinar o encaminhamento dos autos ao órgão suscitante, 08ª Câmara de Direito Público, para apreciação do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0033490-81.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª TURMA DA FAZENDA PÚBLICA DO COLÉGIO RECURSAL DA CAPITAL, interessados N.M.P. (REPRESENTADO POR SEUS PAIS) e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DES. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acór-

dão. **(Voto nº 47.972)**

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, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA, RUY COPPOLA, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência instaurado entre a 6ª Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal da Capital e a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Ação indenizatória em face do Município de São Paulo processada pelo rito ordinário perante a Vara da Fazenda Pública – Valor da causa inferior a 60 salários mínimos – Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública (Lei 12.153/09, art. 2º) – Necessária a redistribuição a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Capital para ratificar ou anular os atos realizados (CPC, art. 64, §§ 1º e 4º) – Conflito conhecido com determinação.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Relator da Colenda 6ª Turma Recursal da Fazenda Pública em face da Colenda 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da apelação/remessa necessária nº (...), oriunda de ação indenizatória ajuizada por vítima de acidente em parque público municipal.

A Colenda 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos ao Colégio Recursal, uma vez que o valor atribuído à causa é inferior ao teto de sessenta salários mínimos, sendo portanto de competência do Colégio Recursal nos termos do art. 98, I, da Constituição Federal, art. 41, § 1º, da Lei 9.099/95, art. 17 da Lei 12.153/09, art. 13 da LCE 851/98 e do art. 35 do Provimento CSM 2.203/14.

Acesso ao Sumário

A Egrégia 6ª Turma do Colégio Recursal Central da Capital, discordando desse posicionamento, suscitou o presente conflito negativo de competência.

É o relatório.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada em 23/02/2015 por N.M.P., menor impúbere, objetivando indenização por danos morais no valor correspondente a 50 salários mínimos, em razão de acidente sofrido no Parque (...), pertencente ao Município de São Paulo, tendo atribuído à causa o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Inicialmente distribuída à 2ª Vara Cível do Foro Regional do Butantã, Comarca de São Paulo, a inicial foi recebida e processada sob o rito ordinário. Posteriormente determinada a redistribuição a uma das Varas da Fazenda Pública, ali tendo sido realizada a instrução com a produção de provas pericial (pelo IMESC) e testemunhal.

A sentença reconheceu a responsabilidade objetiva do Poder Público, por conduta omissiva na conservação do espaço público, e o abalo moral sofrido pelo autor, julgando parcialmente procedente a ação para condenar o requerido ao pagamento de indenização de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Houve a remessa necessária e apresentação de recurso de apelação pelo autor.

A Câmara suscitada entende ser competência absoluta do Colégio Recursal pois o valor da ação não ultrapassa o teto de 60 salários mínimos previstos no art. 2º da Lei 12.153/09, ao passo que a suscitante defende a competência recursal da Câmara de Direito Público porque a ação foi processada e julgada na Vara da Fazenda Pública, em detrimento do Juizado Especial da Fazenda Pública.

A Lei 12.153/2009, que regulamenta os Juizados Especiais da Fazenda Pública dispõe que:

> Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.
>
> § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:
>
> I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;
>
> II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
>
> III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares

Acesso ao Sumário

aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no caput deste artigo.

§ 3º (VETADO)

§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

Depreende-se, portanto, ser a hipótese de competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública, porque o valor da causa é inferior a 60 salários mínimos (caput), a ação não se insere nas exceções previstas no § 1º e a Comarca de São Paulo já havia instalado o JEFAZ na época do ajuizamento da ação.

Por outro lado, nos termos dos §§ 1º e 4º do art. 64 do Código de Processo Civil, não é a hipótese de ser anulada de ofício a sentença proferida pelo juízo da Vara da Fazenda Pública, devendo os autos serem redistribuídos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital para que o juízo competente em primeiro grau de jurisdição ratifique ou anule a sentença proferida pelo juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, proferindo outra nesse caso.

Nesse sentido vem se posicionando este Órgão Especial:

COMPETÊNCIA – Conflito negativo de competência instaurado entre a 6ª Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal da Capital e a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Servidores públicos municipais – Recálculo da gratificação devida a título de Regime Especial de Trabalho (RETP) – Valor dado à causa inferior a 60 salários mínimos – Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública, no foro onde estiver instalado – Incompetência da 9ª Vara da Fazenda Pública para julgar a ação e do Colégio Recursal para examinar o recurso interposto contra a sentença, proferida pelo Juízo Comum – Redistribuição dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, reservando-se ao juízo de primeira instância competente, a ratificação ou revogação da sentença da 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital – Inteligência do art. 64, § 4º, do CPC – Precedentes do Órgão Especial – Conflito conhecido e provido para determinar a redistribuição dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, com observação (TJSP; Conflito de competência cível 0013766-91.2021.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/09/2021; Data de Registro: 23/09/2021).

Acesso ao Sumário

Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação ajuizada, em litisconsórcio ativo, para recálculo de adicional por tempo de serviço sobre a totalidade das verbas recebidas em face da SPPREV – São Paulo Previdência que tramitou pelo Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital. Ação cujo valor da causa, individualmente (para cada autor), não ultrapassa 60 (sessenta) salários-mínimos. Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009. Inviabilidade, porém, de encaminhamento direto da apelação ao Colégio Recursal. Necessidade de remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, para anulação ou convalidação da r. sentença proferida pelo Juízo incompetente – 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital (art. 64, § 4º do CPC). Precedentes recentes deste C. Órgão Especial. Conflito procedente, para determinar a remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, com observação (TJSP; Conflito de competência cível 0022115-83.2021.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 4ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital; Data do Julgamento: 25/08/2021; Data de Registro: 28/08/2021).

Conflito negativo de competência. Hipótese de recurso em ação de recálculo de adicional por tempo de serviço. Proveito econômico que não ultrapassa sessenta salários mínimos. Competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Causa que, no entanto, tramitou no Juízo Comum, com prolação de sentença. Redistribuição determinada a uma das Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, para reapreciação dos atos decisórios proferidos pelo Juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública da Capital, com observância do contido no art. 64, § 4º, do CPC. Conflito procedente (TJSP; Conflito de competência cível 0011026-63.2021.8.26.0000; Relator: Soares Levada; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/06/2021; Data de Registro: 05/07/2021)

Nesse contexto, de rigor o conhecimento do presente conflito para reconhecer como sendo do Juizado Especial da Fazenda Pública a competência para processar e julgar a ação, devendo os autos serem redistribuídos a uma das Varas daquele Juizado da Capital para o juízo competente ratificar ou anular os atos já praticados nos termos da lei processual civil.

Ante o exposto, conheço do conflito, com a determinação de redistribuição dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2105718-20.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante S.P.P., 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 MS-0062/21)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Ex-2º Sargento PM. Expulsão da corporação. Decisão do Comandante-Geral da Polícia Militar. Recurso hierárquico ao Governador do Estado. Não conhecimento. Ausência de amparo legal. –

1. Decadência. O ato tido como coator é o não conhecimento pelo Governador do Estado do recurso hierárquico interposto contra a decisão expulsória proferida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar. O despacho aqui impugnado foi publicado na imprensa oficial em 13-1-2021, ao passo que o mandado de segurança foi impetrado em 11-5-2021, antes do decurso do prazo decadencial de 120 dias (LF nº 12.016/19, art. 23). Preliminar rejeitada. –

2. Governador do Estado. Ilegitimidade passiva. O impetrante se insurge contra ato do Governador do

Acesso ao Sumário

Estado, não contra a decisão do Comandante-Geral da Polícia Militar; se há ou não fundamento jurídico capaz de sustentar a interposição do recurso administrativo e o seu conhecimento é questão de mérito a ser vista oportunamente. Preliminar rejeitada. –

3. Coisa julgada. O mandado de segurança nº 053.02.027576-8, 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital foi impetrado em face do Comandante-Geral da Polícia Militar e teve por objeto a decisão expulsória; este mandado de segurança é impetrado contra ato do Governador do Estado que deixou de conhecer do recurso hierárquico interposto pelo ex-militar. Inexiste identidade dos elementos da ação, não sendo hipótese de coisa julgada (CPC, art. 337, §§ 1º, 2º e 4º). Preliminar rejeitada. –

4. Policial militar. Legislação aplicável. O art. 42, § 1º da CF estabelece que se aplicam aos policiais militares as disposições dos art. 14, § 8º, 40, § 9º e 142, §§ 2º e 3º da CF, cabendo à lei estadual específica dispor sobre forma de ingresso, limites de idade, estabilidade e outras condições de transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, prerrogativas e outras situações especiais, consideradas as peculiaridades das atividades. No Estado de São Paulo a LCE nº 893/01 institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar; e havendo legislação específica a cuidar da matéria não há que se cogitar a aplicação do regramento destinado aos funcionários públicos civis do Estado (LE nº 10.261/68). –

5. Policial militar. Conselho de Disciplina. Expulsão. Recurso hierárquico. O impetrante teve imputada contra si a prática de transgressões disciplinares graves, foi submetido a processo regular perante o Conselho de Disciplina e, ao final, teve aplicada a pena de expulsão da Corporação pelo Comandante-Geral da Polícia Militar de São Paulo. O rito do Conselho de Disciplina é estabelecido pelos art. 76 a 83 da LCE nº 893/01; e o art. 83 prevê a irrecorribilidade da decisão final proferida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar, salvo na hipótese do que dispõe o § 3º do art. 138 da CE, inaplicável ao caso concreto. Inexistindo

Acesso ao Sumário

previsão legal capaz de sustentar a interposição, não se entrevê violação a direito líquido e certo pelo não conhecimento do recurso direcionado ao Governador do Estado quase duas décadas após a expulsão do ex-militar. Jurisprudência do Órgão Especial. **– Segurança denegada.**

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por S.P.P., ex-2º Sargento PM, em face do GOVERNADOR DO ESTADO em razão do não conhecimento do recurso denominado hierárquico interposto contra o despacho proferido em 31-5-2002 pelo Comandante-Geral da Polícia Militar que lhe aplicou a pena de expulsão da corporação por violação dos valores e deveres policiais-militares insculpidos nos incisos V, VI, IX, X e XI do art. 7º e V, VIII, XI, XIII, XV, XVIII e XXX do art. 8º, implicando em transgressão disciplinar de natureza grave prevista no item 2 do § 1º e itens 1 e 3 do § 2º do art. 12, todos da LCE nº 893/01 (fls. 709/710).

O impetrante alega que o pedido de revisão administrativa é fundado no art. 312 da LE nº 10.621/68; o pedido também tem previsão na LE nº 10.177/98, que cuida do processo administrativo no âmbito da administração pública paulista e se aplica ao processo regular dos praças; o art. 62 do RDPM autoriza o pedido de anulação por via recursal ou de ofício; a inexistência de recurso contra decisão do Comandante-Geral em sede de Conselho de Disciplina vem sendo reconhecida como ilegal pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça; o dispositivo viola o duplo grau de jurisdição; sanções não exclusórias proferidas em procedimento disciplinar podem ser impugnadas por pedido de reconsideração e recurso hierárquico. O recurso interposto é fundado nos art. 56, § 2º e 58 do RDPM; sempre foi um policial exemplar e acabou expulso da corporação por um crime que não cometeu; o processo administrativo é eivado de inconstitucionalidades, por violação aos princípios da publicidade e devido processo legal. Pede a concessão de segurança para que o ato administrativo de demissão seja declarado nulo, com a consequente reintegração à corporação com todos os direitos decorrentes; ou, alternativamente, que a autoridade impetrada seja compelida a apreciar o recurso hierárquico a ela direcionado.

Concedi os benefícios da justiça gratuita (fls. 715).

A impetrada prestou informações (fls. 722/730); alega, preliminarmente, decadência do direito à impetração, ilegitimidade passiva e existência de coisa julgada por conta do MS nº 053.02.027576-8, que tramitou perante a 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital. No mérito, diz que o Conselho de Disciplina instaurado contra o impetrante observou os ditames legais, tendo sido asseguradas as

Acesso ao Sumário

garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa conforme prescrito no inciso LV do art. 5º da CF; a decisão final está motivada e amparada nas provas produzidas naqueles autos; o impetrante não traz novos elementos hábeis a infirmar a decisão do Comandante-Geral da Polícia Militar; a ausência de intimação do impetrante e de seu advogado para manifestação após elaboração de parecer pelos membros do Conselho de Disciplina não configura violação aos princípios da publicidade, contraditório e ampla defesa, eis que o parecer detém caráter meramente opinativo para subsidiar a decisão do Comandante-Geral; a sessão do Conselho de Disciplina é fase do julgamento, que se completa com a decisão final do Comandante-Geral; inexiste previsão legal para intervenção da parte nessa etapa, conforme o disposto nos art. 76 a 83 da LCE nº 893/01. Inexiste irregularidade ou nulidade no ato governamental que não conheceu do recurso; a decisão proferida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar, no âmbito de Conselho de Disciplina, não comporta impugnação (recurso, pleito revisional ou pedido de reconsideração) dirigida ao Governador do Estado, nos termos do art. 83 da LCE nº 893/01; a redação do dispositivo é inequívoca ao determinar a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo Comandante-Geral, ressalvada a hipótese de que trata o art. 183, § 3º da CE, não aplicável à hipótese.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança pela decadência, inadequação da via eleita, existência de coisa julgada e inexistência de direito líquido e certo (fls. 739/752).

É o relatório.

2. O impetrante S.P.P., então 2º Sargento da Polícia Militar do Estado de São Paulo, foi submetido ao Conselho de Disciplina nº 1BPRv-004/06/99, proc. nº 795/99-CorregPM, por ter exigido vantagem pecuniária indevida para deixar de adotar ato de ofício (fls. 32/34, 233/651); e em 26-6-2002 foi publicado na imprensa oficial despacho proferido em 31-5-2002 pelo Comandante-Geral da Polícia Militar Coronel PM Alberto Silveira Rodrigues aplicando ao praça a pena de expulsão da corporação por violação dos valores e deveres policiais-militares insculpidos nos incisos V, VI, IX, X e XI do art. 7º e V, VIII, XI, XIII, XV, XVIII e XXX do art. 8º, implicando em transgressão disciplinar de natureza grave prevista no item 2 do § 1º e itens 1 e 3 do § 2º do art. 12, todos da LCE nº 893/01 (fls. 191, 192/199). Em 25-9-2020, passados mais de 18 anos desde a expulsão, o ex-praça interpôs recurso denominado hierárquico ao Governador do Estado, não conhecido por ausência de amparo legal (fls. 200/221, 709/710). Contra o despacho do Chefe do Poder Executivo estadual vem este mandado de segurança.

Acesso ao Sumário

3. Decadência. O impetrante afirma objetivar nestes autos a anulação do ato administrativo que o excluiu dos quadros da Polícia Militar ou, subsidiariamente, que o Governador do Estado seja compelido a julgar o recurso hierárquico apresentado em face da decisão proferida pelo Comandante-Geral da Polícia

Militar; sustenta, para tanto, que o mandado de segurança é tempestivo porque a decisão proferida pelo Governador do Estado fora publicada em 12-1-2021 (fls. 2). Considerando a inviabilidade de se impugnar pela via mandamental ato coator proferido em maio de 2002 (a decisão expulsória), admito que a decisão objeto deste mandado de segurança é a de não conhecimento pelo Governador do Estado do recurso hierárquico interposto pelo impetrante (fls. 200/221, 709/710). A própria autoridade impetrada, aliás, é o Governador do Estado, e não o Comandante-Geral da Polícia Militar, a corroborar o entendimento.

O despacho proferido pelo chefe do Poder Executivo foi publicado na imprensa oficial em 13-1-2021 (fls. 711), ao passo que o mandado de segurança foi impetrado em 11-5-2021, anteriormente ao decurso do prazo decadencial de 120 dias estabelecido no art. 23 da LF nº 12.016/09. A decadência não se consumou, sob essa perspectiva. Rejeito a preliminar.

4. Governador do Estado. Ilegitimidade passiva. O impetrante se insurge contra ato do Governador do Estado (fls. 709/710), não propriamente contra a decisão do Comandante-Geral da Polícia Militar; se há ou não fundamento jurídico capaz de sustentar a interposição e o conhecimento do recurso hierárquico administrativo é questão de mérito a ser vista oportunamente. Rejeito a preliminar.

5. Coisa julgada. Os §§ 1º, 2º e 4º do art. 337 do CPC estabelecem a ocorrência da coisa julgada quando se reproduz ação decidida por decisão transitada em julgado, compreendendo-se como ações idênticas aquelas que possuem as mesmas partes, causa de pedir e pedido. O mandado de segurança nº 053.02.027576-8, 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital foi impetrado em meados de 2002 em face do Comandante-Geral da Polícia Militar e teve por objeto a decisão expulsória (fls. 652/660, 670/675); este mandado de segurança, por sua vez, é impetrado contra ato do Governador do Estado que deixou de conhecer do recurso hierárquico interposto pelo ex-militar. Inexistindo identidade de todos os elementos da ação, especialmente de partes, não é hipótese de se reconhecer a ocorrência da coisa julgada. Rejeito a preliminar e passo à análise do mérito.

Acesso ao Sumário

6. Policial militar. Legislação aplicável. O art. 42, 'caput' da Constituição Federal prevê que os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e o § 1º que, além do que vier a ser fixado em lei, aplicam-se a eles as disposições dos art. 14, § 8º, 40, § 9º e 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, isto é, forma de ingresso, limites de idade, estabilidade e outras condições de transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, prerrogativas e outras situações especiais, consideradas as peculiaridades das atividades. O art. 138 da Constituição Estadual, por sua vez, trata dos milita-

res estaduais, assim compreendidos os integrantes da Polícia Militar do Estado (‘caput’), a quem aplicado o disposto no art. 42 da Constituição Federal (§ 1º) e, naquilo que não colidir com a legislação específica, nos art. 124 a 137 da Constituição Estadual, estes direcionados aos servidores públicos civis (§ 2º).

No que importa aos autos, pois afeta à hierarquia, disciplina e deveres dos militares, a LCE nº 893/01 de 9-3-2001 institui no Estado de São Paulo o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar; e havendo legislação específica a cuidar da matéria não há que se cogitar a aplicação do regramento destinado aos funcionários públicos civis (LE nº 10.261/68).

7. Policial militar. Conselho de Disciplina. Expulsão. Recurso hierárquico. O art. 7º da LCE nº 893/01 discrimina os valores fundamentais determinantes da moral policial-militar; o art. 8º elenca os deveres policiais-militares; e o art. 12 cuida das transgressões disciplinares, classificadas como graves, médias e leves. O impetrante teve imputada contra si a prática de transgressões disciplinares graves, eis que atentatórias às instituições ou ao Estado e de natureza desonrosa (art. 12, § 2º, itens 1 e 3); tratando-se de praça com mais de dez anos de serviço policial-militar, foi submetido ao processo regular perante o Conselho de Disciplina (art. 71, II); e, ao final, teve aplicada a pena de expulsão da Corporação pelo Comandante-Geral da Polícia Militar de São Paulo.

O rito do Conselho de Disciplina é estabelecido pelos art. 76 a 83 da LCE nº 893/01; e o art. 83, na redação dada pela LCE nº 915/02 de 22-3-2002, prevê que “o Comandante Geral, dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, fundamentado seu despacho, emitirá a decisão final, da qual não caberá recurso, salvo na hipótese do que dispõe o § 3º do artigo 138 da Constituição do Estado”. O § 3º do art. 138 da CE prevê a situação excepcional em que o despacho do Comandante-Geral da Polícia Militar é passível de impugnação recursal, isto é, quando o servidor público militar demitido por ato administrativo for absolvido pela Justiça na ação referente ao ato que deu causa à demissão, sendo reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos; mas o dispositivo não se aplica ao impetrante, eis que (a) não há notícia de absolvição pela Justiça – pelo contrário, há informação de que a graduação foi cassada por decisão judicial proferida em 29-10-2003 pelo Tribunal de Justiça Militar nos autos da Representação para Perda de Graduação nº 607/03 (fls. 10) – e (b) sequer de demissão, mas sim de expulsão, tratou a sanção disciplinar imposta. O entendimento encontra ressonância na jurisprudência deste Órgão Especial:

> MANDADO DE SEGURANÇA. Policial militar expulso da corporação. Pedido de reconsideração não conhecido. Inexistência de ilicitude no ato coator. Proibição legal para o manejo de *recurso* da decisão final no *Conselho de Disciplina* emitida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar. Extemporaneidade do pedido. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada (Leila Roberta de Santi v. Governador do Estado, MS nº

Acesso ao Sumário

2199949-78.2017, Órgão Especial, 28-2-2018, Rel. Antonio Malheiros, denegaram a segurança, v.u.).

Em suma, inexistindo previsão legal capaz de sustentar a interposição, não se entrevê violação a direito líquido e certo pelo não conhecimento do recurso direcionado ao Governador do Estado, ao que acrescento a inexistência de qualquer fato novo capaz de sustentar eventual revisão da decisão expulsória proferida há quase duas décadas.

O voto é pela **denegação da segurança**; em razão da sucumbência, condeno o impetrante no pagamento das custas e despesas processuais, sem condenação em honorários advocatícios na espécie.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000844-83.2020.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que são apelantes A.A.V. e M.O.B., é apelado P. DE J. A V. DA I. E J. DE S. C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.697)**

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, 27 de outubro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. APELAÇÃO DOS GENITORES. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DOS MENORES, EM RAZÃO DO PANORAMA FAMILIAR DISFUNCIONAL E DA INAPTIDÃO DOS REQUERIDOS DE EXERCEREM COM RESPONSABILIDADE SEUS DEVERES PARENTAIS. TENTATIVAS DE REESTRUTURAÇÃO INFRUTÍFERAS. HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTIGOS 1.638, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL E 24 DO ECA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Menores afastados do convívio familiar, com encaminhamento ao acolhimento institucional.

2. Conjunto probatório que demonstra, com segurança, a inaptidão dos requeridos de proverem as necessidades de seus filhos.

3. Possibilidade de inserção em família extensa que

deve ser prontamente desconsiderada, em virtude da ausência de interessados ou aptos a assumir o encargo com segurança, consoante destacado nos autos.

4. Decretação da perda do poder familiar, nas hipóteses do artigo 1.638, II, do Código Civil e artigo 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se impõe.

5. Apelação não provida.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por A.A.V. e M.O.B. contra a r. sentença de fls. 398/402, que julgou procedente o pedido do Ministério Público e destituiu os recorrentes do poder familiar que exerciam sobre os menores J.E.A.B. e E.G.A.B.

Sustentam, em síntese, não terem incorrido nas hipóteses que ensejam o decreto destitutório, previstas no artigo 1.638 do Código Civil. Aduzem, ainda, o interesse da tia materna em assumir os cuidados de seus filhos e que devem ser priorizadas as tentativas de manutenção do vínculo com a família de origem. Requerem, ao final, o provimento do recurso (fls. 413/423).

Apresentadas contrarrazões às fls. 427/434, a decisão guerreada foi mantida em juízo de retratação (fls. 436).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 458/463).

É o relatório.

2. A demanda em tela tem como escopo a destituição do poder familiar de A.A.V. e M.O.B. sobre os filhos J.E.A.B. e E.G.A.B., nascidos respectivamente em 28/12/2017 e 28/03/2019.

Segundo breve descrição dos fatos que fundamentam o pedido, os requeridos não reúnem condições de exercerem o *múnus*, conforme se entrevê nos excertos em destaque:

> J. e E. estão acolhidos institucionalmente, diante da conduta dos demandados, que os expunham a situação de risco e vulnerabilidade. A medida protetiva de acolhimento institucional foi aplicada nos Autos n° (...).
>
> Antes do acolhimento institucional, a infante J. estava tendo seus cuidados negligenciados pelos genitores, referentes à higiene, alimentação e proteção adequados.
>
> Além disso, a criança passava boa parte do tempo aos cuidados de vizinhos, os quais também não garantiam a proteção adequada à infante.
>
> O Conselho Tutelar já tinha conhecimento da situação de risco a que estava exposta a infante J. Contudo, não conseguiram localizar o núcleo familiar, tendo em vista que não possuíam endereço fixo.

Acesso ao Sumário

Quando o infante E. nasceu, a equipe da maternidade entrou em contato com o Conselho Tutelar, o que permitiu acompanhamento do núcleo familiar e a constatação da real situação de desproteção da infante J.

A criança E., por sua vez, foi acolhida institucionalmente logo que teve alta médica, após o seu nascimento. Frise-se que a genitora, usuária contumaz de drogas, não realizou acompanhamento médico pré-natal adequadamente, mas apenas no último trimestre da gestação, conforme documentos juntados aos autos na contestação, às fls. 121/127, dos Autos n° (...).

De acordo com relatório encartado às fls. 60/65 dos autos da execução do acolhimento institucional dos infantes (Autos n° (...)) os requeridos não cumpriram as metas propostas no Plano Individual de Atendimento, visando a reintegração familiar das crianças. Ademais, nove meses se passaram desde o acolhimento institucional dos infantes.

Nesse sentido, foi relatado que a demandada não compareceu com regularidade ao CAPS-AD para tratamento de sua dependência química. Além disso, **A. E M.** apresentaram baixa frequência aos atendimentos no CREAS, onde seriam trabalhadas a forma correta de cuidados dos filhos.

Ressaltou-se, outrossim, que a demandada não reconhece sua dependência química, declarando-se abstinente quando em atendimento com a equipe da instituição de acolhimento. No entanto, já compareceu ao serviço visivelmente alterada, sob efeito de substâncias psicoativas.

O demandado **M.**, por sua vez, em atendimento particular com a equipe técnica, confirmou que a companheira vem fazendo uso de drogas e reconheceu a dificuldade de **A.** em prestar os cuidados básicos aos filhos. Asseverou-se, ainda, que **M.** é extremamente passivo com relação à companheira e aos cuidados com as crianças.

Ressalte-se, ainda, que a requerida possui outros dois filhos, mas não detém a guarda de nenhum deles, devido à vida desregrada que leva (...), fls. 03/04.

Acompanham a inicial documentos para comprovar o alegado (fls.06/127).

Suspensos do poder familiar, os requeridos foram citados e apresentaram contestação (fls. 128/129, 137 e 172/181). A instrução contemplou, ainda, avaliações da equipe multidisciplinar do Juízo (fls. 211/213, 225/235, 238/245 e 252/257), relatório de acompanhamento da instituição de acolhimento (fls. 355/372), bem como a oitiva formal dos genitores, de testemunhas e alegações finais das partes (fls. 396/397 – mídia digital), para então ser proferida a r. sentença, favorável à pretensão ministerial.

E, respeitadas as convicções dos apelantes, seus argumentos não derruem o entendimento firmado pelo Juízo de origem.

Nesse passo, os laudos técnicos acostados ao feito conferem suficiente panorama da dinâmica familiar, prejudicial ao desenvolvimento dos infantes,

Acesso ao Sumário

bem como a ausência de parentes com condições de assumir seus cuidados. Confira-se:

> Genitora possui histórico de uso de substâncias psicoativas e não contou com apoio social e familiar para transpor a dependência química. Tal situação não permite reunir condições pessoais para o exercício da maternidade. Genitor, por sua vez, possui antecedentes de uso abusivo de etílicos, embora situação tenha sido superada, observamos dificuldades provenientes da ausência de habilidades sociais e parentais.
>
> Do contexto social dos genitores, embora tenham acesso a renda advinda do trabalho informal e através de benefícios (previdenciário e de transferência de renda), possuem modestas condições socioeconômicas. Na ocasião da visita, observamos que ambiência familiar não oferece acolhimento adequado para os moradores.
>
> Diante do exposto nas descrições das entrevistas, a manutenção do vínculo familiar não se sustentou diante das limitações da família extensa.
>
> Requeridos, apesar de desejarem reaver a guarda dos filhos e demostrarem vinculação afetiva (mostraram-se emocionados nas abordagens), suas condições de vida permanecem inalteradas e não vislumbramos perspectivas de melhoria (fls. 235).
>
> Trata-se aqui de Processo de Destituição do Poder Familiar, no qual a requerida é (ou foi) usuária de drogas (crack e álcool) e o requerido mostra-se omisso em relação aos cuidados com a companheira. Os genitores não dispõem de habilidades básicas para criar os filhos (J. e E.) negligenciando-os em termos de cuidados, higiene e proteção, havendo a necessidade de colocação em acolhimento institucional, o que perdura desde abril de 2019.
>
> Além das crianças em tela, a requerida possui mais dois filhos, a saber V. V., que estão sob os cuidados de parentes. Questionada sobre o porquê de ter perdido a guarda deles, simplesmente, não quis abordar o assunto. Derradeiramente, os autos apontam que a transferência da guarda foi pela sua atitude desprotetiva e de negligente.
>
> Infelizmente, a requerida não se reconhece como usuária de drogas e não aderiu aos tratamentos oferecidos. Em sua visão, não reconhece que tenha colocado os filhos em situação de risco e negou que a J. tenha sido explorada sexualmente (fls. 243/244).
>
> (...) Num contexto de possibilidade de encaminhamento para adoção, sugeriram a tia V. (irmã da requerida) como guardiã dos infantes.
>
> A Sra. V. mostrou-se, neste momento, com boa vontade para assumir a guarda dos sobrinhos, porém, na época da interrupção das visitas da requerida aos filhos, aparentou desinteresse pela situação. Acreditamos que nas duas ocasiões, V. agiu sob influência de A., evidenciando o poder de manipulação da requerida sobre a pretensa guardiã. Isso é preocupante, pois na medida em que A. é capaz de enfrentar interdições judiciais e desrespeitar as regras da Casa de Acolhimento, deduzimos

Acesso ao Sumário

> que influenciaria, ou até mesmo, desrespeitaria à V. na condução da guarda dos irmãos. Derradeiramente, a referida tia já cuida de três filhos (de 11, 8 e 4 anos) e de um adolescente de 14 anos (filho da própria A.), e aparenta não ter lucidez da dificuldade que enfrentará ao receber mais dois infantes no lar, o que constitui grande fragilidade. Infelizmente, há ainda uma questão fundamental: os infantes em acolhimento não têm nenhuma familiaridade ou convivência com V. Ainda, constata-se que os irmãos não se referem a genitora, não havendo qualquer vinculação afetiva.
>
> Os técnicos do Serviço de Acolhimento enfatizaram que "não há tempo a perder" (sic), e veem a adoção como o encaminhamento mais indicado para os infantes. O CAPS-AD sugere o investimento em A., visto que desde o início da Pandemia, o serviço não lhe foi ofertado. O Conselho Tutelar e o CREAS ratificaram a falta de adesão da requerida aos serviços e a fragilidade das condições de V. para receber os sobrinhos (fls. 256/257).

Referidas conclusões não destoam do parecer firmado pelos profissionais da rede protetiva que acompanham o caso, o qual igualmente sugere o encaminhamento dos menores à família substituta (fls. 355/372).

As provas orais, por seu turno, não acrescentam novidades aos fatos trazidos aos autos. Apesar da relutância de se verem destituídos do poder familiar, os requeridos não apresentaram argumentos sólidos para a improcedência da ação. Já os depoimentos das testemunhas apenas reconfirmam a situação de risco das crianças acolhidas enquanto estiveram sob a custódia da família de origem e a ausência de familiares capacitados para oferecer-lhes os cuidados apropriados.

Resta, assim, suficientemente demonstrado o comportamento desidioso dos requeridos, incapazes de proverem com responsabilidade as necessidades da prole. Não há dúvidas de que, sob seus cuidados, os infantes J. e E. foram submetidos a diversas situações de risco e vulnerabilidade. E mesmo diante de tal contexto, não houve mobilização concreta dos apelantes de fazer cessar esta violação de direitos, nem mesmo reflexões sobre a exata dimensão de seus deveres parentais.

Destaca-se, ademais, que a prioridade aos vínculos com a família de origem não foi desprezada pela equipe multidisciplinar tanto que houve efetiva busca por pretendentes para assumir o encargo. E, apesar da manifestação voluntária da tia materna V., aspectos emocionais, estruturais e familiares, muito bem pontuados pelas especialistas assistentes, influenciaram negativamente para sua consolidação.

Nessa esteira, levando-se em consideração o melhor interesse dos irmãos, que indiscutivelmente se sobrepõe aos dos genitores, as tentativas de reintegração familiar não devem se protelar no tempo, sob pena de lhe provocar dor e angústia caso restabelecido seu convívio com a família natural ou mesmo em

Acesso ao Sumário

unidade acolhedora.

Destarte, inevitável a decretação da perda do poder familiar de A.A.V. e M.O.B., nas hipóteses previstas no artigo 1.638, inciso II, do Código Civil e artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por mostrar-se como o único meio de possibilitar que seja resguardado aos menores o direito à convivência familiar, ainda que em família substituta (art. 19 e 22 do ECA).

3. Do exposto, **nega-se provimento à apelação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1503340-53.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante M.O.F.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso de apelação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.440)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa; APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Representação pela prática de ato infracional análogo ao crime de roubo (artigo 157, *caput* do Código Penal). Materialidade e autoria demonstradas. Medida socioeducativa de internação mantida. Infração praticada mediante grave ameaça à pessoa (artigo 122, I do Estatuto da Criança e do Adolescente). Gravidade em concreto da infração, necessidades pedagógicas e condições pessoais consideradas. Reiteração no cometimento de outras infrações graves (artigo 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **M.O.F.S.** contra a r. sentença de fls. 158/164, que julgou procedente a representação oferecida pelo representante do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, reconhecendo que o adolescente praticou ato infracional análogo ao crime de roubo (artigo 157, *caput* do Código Penal), e aplicou-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Sustentou o recorrente, sem síntese, ser inadequada a medida socioeducativa de internação aplicada, por violar os princípios da brevidade e da excepcionalidade. Alegou que não basta o enquadramento em alguma das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo necessário que não exista outra medida adequada, antes de adotar a internação. Asseverou não se admite levar em consideração somente a gravidade em abstrato da infração, especialmente quando devido à sua vulnerabilidade e ao fato de já ter cumprido satisfatoriamente medidas em meio aberto anteriormente. Requereu o provimento do recurso, para que seja aplicada medida socioeducativa diversa da internação, preferencialmente em meio aberto, cumulada com as medidas protetivas cabíveis (fls. 180/186).

Oferecidas contrarrazões (fls. 190/195), subiram os autos e a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 203/206).

É o relatório.

Consta da representação que, em (...), por volta das (...), na (...), debaixo do (...), na Comarca de (...), o adolescente **M.O.F.S.** subtraiu, para si, mediante grave ameaça, um aparelho de telefonia celular da marca *Motorola*, modelo *Moto One*, pertencente à vítima *R.B.A.*

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência, que reconheceu a prática pelo adolescente do ato infracional análogo ao crime de roubo (artigo 157, *caput*, do Código Penal) e aplicou-lhe medida socioeducativa de internação (fls. 158/164).

O recorrente insurgiu-se, exclusivamente, contra a medida socioeducativa de internação aplicada. A r. sentença, contudo, não comporta reparos.

Conforme os artigos 100, *caput* e parágrafo único, VIII, e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da aplicação das medidas, devem ser levadas em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como os princípios da proporcionalidade e atualidade, de modo que a intervenção seja necessária e adequada à situação de perigo em que o adolescente se encontra no momento em que a decisão é tomada. Ainda, nos termos do artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *"a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a*

Acesso ao Sumário

gravidade da infração".

O crime de roubo, por si só, é muito grave e contém a violência ou a grave ameaça à pessoa como um de seus elementos constitutivos. Assim, o ato delituoso se amolda à hipótese do artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a permitir a aplicação da medida de internação. E, malgrado o respeito a entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, não se tem dúvida de que a gravidade da conduta atribuída ao apelante requer resposta estatal mais severa e deve observar os princípios da proteção integral e da prioridade de atendimento. Nesse sentido há precedente desta E. Câmara Especial: *"Ato infracional – Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes – Pretendida a improcedência da representação – Impossibilidade – Materialidade e autoria evidenciadas – Imposição de medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – Admissibilidade – Infração cometida mediante grave ameaça contra a pessoa – Antecedentes infracionais – Apelação não provida"*[1].

Além disso, no caso, a infração é dotada de gravidade em concreto, visto que foi praticada no período noturno contra uma mulher, circunstâncias que aumentam a reprovabilidade da conduta, geram repercussão e intranquilidade sociais e comprometem significativamente a ordem pública.

As más condições pessoais do apelante também recomendam a aplicação da medida de internação. Segundo o relatório de diagnóstico polidimensional elaborado pela equipe técnica da Fundação CASA (fls. 81/86), durante a internação, o recorrente chegou a fugir da instituição e já verbalizou que, em liberdade, provavelmente praticará novas infrações, a evidenciar que a ausência de arrependimento e de criticidade sobre suas condutas ilícitas. Ademais, o adolescente não respeita os procedimentos da instituição, verbalizou desejo de fugir da instituição novamente e carece de respaldo familiar adequado para afastá-lo das práticas infracionais.

Não bastasse isso, o recorrente já praticou, anteriormente, atos infracionais análogos aos crimes de tráfico de drogas e de roubo, sendo-lhe aplicadas medidas socioeducativas de internação (Autos nº (...) e (...), respectivamente).

Assim, ante a prática de infração mediante grave ameaça à pessoa (artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente), a gravidade em concreto da infração, as más condições pessoais do recorrente e a reiteração no cometimento de outras infrações graves (artigo 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente), medidas em meio aberto não serão eficazes para fins ressocializadores e pedagógicos, sendo mais adequada a medida de internação, para conferir-lhe a proteção integral de que tanto necessita.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

1 Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Apelação nº 0000321-05.2015.8.26.0618. Comarca: Taubaté. Relator: Desembargador Eros Piceli. Data de julgamento: 14 de dezembro de 2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500541-36.2021.8.26.0191, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que são apelantes J.C.M.J.A. (MENOR) e P.A.B.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. R F. DE V.

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 50.013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 3 de novembro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado – Recurso defensivo – Efeito suspensivo – Pedido prejudicado – Materialidade e autoria satisfatoriamente demonstradas – Acervo fático-probatório coeso e seguro – Imprescindibilidade da medida extrema como forma de viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do adolescente – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

VISTOS.

J.C.M.J.A. e P.A.B.S., inconformados com a r. sentença (fls. 143/168) que julgou procedente a representação e aplicou-lhes a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, em virtude da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, e parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal, apelam (fls. 158/168), postulando, preambularmente, a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso. No mérito, requerem a improcedência da representação, sob alegada insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto.

Acesso ao Sumário

Contra-arrazoado o apelo (fls. 175/180) e mantida a r. sentença (fls. 205), em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 195/196).

É o relatório.

Desde logo, considera-se prejudicado o pedido para que seja atribuído efeito suspensivo, em virtude da análise que ora se procede do recurso.

> *"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).

Narra a peça inicial que, no dia (...), às (...), na (...),(...), cidade e comarca de (...), os apelantes, juntamente com outros 02 (dois) indivíduos ainda desconhecidos, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, 01 (um) aparelho celular, da marca *Iphone*, assim como a carteira e demais documentos pessoais pertencentes a M.C.M.

Inicialmente, faz-se mister, para a exata compreensão da controvérsia ora examinada, proceder à transcrição do teor da narrativa exposta pelo *Parquet* na exordial, *verbis*:

> *"Segundo apurado, os adolescentes, juntamente com outros dois indivíduos ainda desconhecidos, deliberaram previamente por praticar fato análogo ao delito de roubo em concurso de agentes e mediante o emprego de arma de fogo.*
>
> *Assim, nas circunstâncias acima mencionadas, os representados e seus comparsas visualizaram a vítima, que conduzia o veículo (...), placa (...), durante seu turno de trabalho, e declinaram por abordá-lo.*
>
> *Durante a abordagem, um dos roubadores exibiu e rendeu a vítima sob a mira de revólver, enquanto os demais comparsas subtraiam-lhe os seus pertences.*
>
> *Ato contínuo, evadiram-se do local.*
>
> *Ocorre que a vítima, logo em seguida, dirigiu-se a base da polícia militar e comunicou os fatos, passando as características físicas dos assaltantes.*
>
> *Iniciado patrulhamento, os adolescentes foram apreendidos pelos milicianos, que localizaram com eles os objetos pertencentes a* vítima*"* (fls. 30/31).

Pois bem.

Este o contexto fático que, consoante a versão descrita pelo *Parquet* na peça vestibular, subjaz à presente ação socioeducativa.

E, uma vez feito o registro da exposição factual que consta da peça inau-

Acesso ao Sumário

gural, tenho para mim que, *in casu*, a procedência da representação era de rigor e deve prevalecer.

Na polícia e em juízo, os adolescentes negaram a prática do ato infracional, apresentando, todavia, versões diferentes. Na polícia, ambos disseram que juntamente com W. estavam na passarela e planejavam subtrair um aparelho celular, sendo que W. portava um pedaço de cano. Mas avistaram uma viatura da polícia militar e saíram correndo pela linha férrea, quando acabaram abordados em uma viela (fls. 03). Já em juízo, apresentaram outra história. Alegaram que estavam na passarela com duas meninas, quando dois meninos surgiram, passaram por eles e gritaram "corre", e avistaram uma viatura. Então correram pela linha do trem (fls. 93/94).

Entretanto, analisando-se os elementos de convicção carreados ao longo de toda a instrução, verifica-se que, na espécie, acham-se bem provadas a autoria e a materialidade dos fatos (fls. 01/04; 05/08; 09/10; 11/12; 93/94; 137/139 e arquivo digital), cabendo destacar, de um lado, a palavra da vítima e, de outro, o relato dos policiais militares responsáveis pela apreensão dos adolescentes na posse dos objetos subtraídos.

O ofendido M., na polícia e em juízo, narrou em detalhes como se deram os fatos, asseverando o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo. Explicou que os quatro indivíduos estavam juntos, sendo que os adolescentes o abordaram – um adentrando no automóvel e o outro o revistando – e os outros dois ficaram perto, um deles apontando uma arma de fogo. A vítima efetuou reconhecimento pessoal dos agentes na polícia, e confirmou tal ato em juízo, afirmando que não teve dúvidas, até porque a recognição ocorreu logo após aos fatos. Explicou ainda que recuperou seus objetos, sendo informado pelos policiais que estavam na posse dos recorrentes (fls. 02; 11/12; 137).

A esta altura, insta frisar que, ao contrário do alegado pela combativa defensoria, não é verdade que a vítima não reconheceu os adolescentes em Juízo. Simplesmente, o ato não ocorreu. O ofendido não foi instado pelo MM. Juiz a efetuar a recognição dos agentes.

Repita-se que, na audiência, a vítima asseverou que reconheceu pessoalmente os adolescentes, na polícia, como dois dos agentes roubadores, justamente aqueles que o abordaram, adentrando em seu veículo, revistando-o e subtraindo seus pertences.

E mais. O reconhecimento dos agentes, pelo ofendido, na delegacia, foi confirmado, em juízo, pelo relato dos policiais militares responsáveis pela apreensão dos recorrentes na posse dos objetos subtraídos.

Os policiais militares *F.A.F.* e *V.F.S.*, em juízo – corroboraram a versão na fase administrativa, ratificando a apreensão, com a dupla de agentes, dos bens subtraídos da vítima.

Acesso ao Sumário

Em síntese, relataram os policiais que o ofendido foi até a base e informou sobre o roubo. Como a equipe sabia que pessoas saíam do outro lado da passarela, fizeram o cerco e visualizaram quatro indivíduos, que correram e pularam na linha férrea. Dois deles entraram em uma viela, de posse dos pertences da vítima, que reconheceu, na delegacia, tanto os recorrentes como os objetos apreendidos. O policial V. ainda salientou que os adolescentes disseram que "W." portava arma (fls. 01/02; 138/139).

Mister esclarecer-se, nesse passo, que o policial não está legalmente impedido de depor e o valor de seu depoimento não pode ser sumariamente desprezado.

Inclusive tal questão já se encontra pacificada pela doutrina e jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que os testemunhos prestados por policiais merecem a mesma credibilidade que aqueles dados por pessoas comuns, sendo imprescindível que se apresente uma razão clara e concreta, para tornar referidas declarações eivadas de suspeição, o que não ocorreu no caso vertente.

Tem-se, pois, que os adolescentes foram apreendidos em flagrante logo após cometerem ato equiparado ao crime de roubo, na posse dos bens subtraídos da vítima, a qual os reconheceu pessoalmente na delegacia e ratificou tal ato em audiência, o que foi confirmado, em juízo, pelos policiais militares.

Ademais, não trouxeram os recorrentes qualquer prova que pudesse ilidir a responsabilidade deles, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pela defensoria.

A r. sentença bem analisou o quadro probatório dos autos, dando aos fatos perfeita adequação jurídica.

Na reiteração da instância nada de novo foi alegado que infirmasse as conclusões da decisão recorrida.

Em suma, a reanálise a que ora se procede da presente representação, com o acurado exame de todos os seus aspectos processuais e o minucioso revolvimento da matéria fático-probatória destes autos, conduz à inexorável conclusão de que, mediante persecução legal e constitucionalmente hígida, restou evidenciado, de forma estreme de dúvidas, *(i)* que os representados praticaram, com vontade livre e consciente, a conduta que lhes é atribuída, quedando-se patenteada, pois, a adequação típica, sob os prismas objetivo e subjetivo, da ação em tela, bem assim *(ii)* a responsabilidade dos apelantes nos eventos a eles imputado – não se verificando, portanto, a existência de mácula alguma neste instrumento persecutório, tampouco a ocorrência de afronta a qualquer dos princípios e regras norteadores da matéria.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, tendo sido observadas, na espécie, todas as regras que compõem a fórmula constitucional do *due process of law*, e uma vez constatada a robustez do acervo probante confeccionado pelo *Parquet*, conclui-se que

nenhum dos argumentos de mérito deduzidos pela combativa defensoria está a merecer acolhimento.

De outra parte, imperioso registrar que as majorantes, consistentes no concurso de pessoas e do emprego de arma de fogo restaram plenamente confirmadas pela prova oral acostada aos autos.

Anote-se que a ausência de apreensão da arma de fogo e, por conseguinte, de exame pericial, visando aferir sua potencialidade ofensiva, não impede o reconhecimento da causa especial de aumento.

Nesse sentido o C. STJ:

"(...) 1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS). 2. O poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP (...)" (AgRg no HC 457.223/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 04/02/2019).

Ocorre que, na hipótese, irrelevante qualquer discussão acerca da majorante, na medida em que não há imposição de pena pelo cometimento de ato infracional, em ordem a tornar prescindível o rigorismo da exata tipificação do fato. Em síntese, basta que a conduta do adolescente esteja prevista como crime ou contravenção para que lhe seja aplicada a medida socioeducativa adequada.

Como é cediço, na seara da Infância e Juventude, o preceito secundário do tipo legal é inaplicável, de modo que, até por consequência lógico-jurídica, afeiçoa-se irrelevante a discussão acerca da exata e rigorosa tipificação da conduta, bastando que a ação praticada pelo adolescente seja análoga a crime ou contravenção penal para que venha a ser-lhe aplicada medida socioeducativa adequada às suas necessidades pedagógicas.

No caso em tela, portanto, insta conservar-se a adoção da medida de *internação* aplicada aos adolescentes, porquanto se verifica, da detida análise dos autos, sua plena adequação ao caso concreto.

Na espécie, a medida de internação afigura-se justa e adequada, diante das peculiaridades do caso concreto, em que houve a prática de ato de extrema gravidade (análogo ao crime de roubo majorado) por agentes que ostentam antecedentes, conforme certidões de fls. 23/25. J., inclusive, já cumpriu medida de liberdade assistida por ato da mesma natureza.

Ademais, cuidou o d. magistrado *a quo* de fundamentar a imposição da medida em razão dos atos terem sido praticados com grave ameaça à pessoa, em

Acesso ao Sumário

concurso de pessoas, e com emprego de arma de fogo, demonstrando a deformação da personalidade dos adolescentes, anotando, *in verbis*:

> *"Percebe-se dos autos que a conduta atribuída aos adolescentes é gravíssima e foi praticada com ameaça e violência contra pessoa, utilizando-se de arma de fogo, em concurso de pessoas, demonstrando periculosidade acentuada, de forma que a medida socioeducativa mais adequada a ser aplicada a eles deve ser a de internação em estabelecimento educacional, nos termos dos artigos 112, VI e § 1º, e 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isto porque a internação será importante para que os adolescentes possam receber acompanhamento adequado na instituição competente, na qual terão acesso a programas educacionais e culturais essenciais para seu desenvolvimento e para compreensão da gravidade do ato praticado. Não entendo possível a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida ou semiliberdade em razão da gravidade do ato, bem como para não dar impressão aos adolescentes de que nada aconteceu em seu julgamento"* (fls. 144/145).

Com efeito, tem-se ainda que o ato infracional cometido pelos recorrentes encontra-se inserido no rol taxativo previsto no artigo 122, *caput*, inciso I, da Lei nº 8.069/90, segundo o qual será cabível a medida socioeducativa de internação quando se tratar *"de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa"*.

Nesse sentido, com a devida vênia, a manifestação lançada pela d. Procuradoria Geral de Justiça, em sede de parecer, equaciona a questão, ao sustentar, *verbis*:

> *"Nenhum reparo merece também a medida socioeducativa aplicada. Os fatos são gravíssimos e mostram o desvio de caráter dos adolescentes, ainda em tenra idade. Assim, apenas a medida socioeducativa de internação possibilitará que eles desenvolvam recursos que lhes permitam fazer frente às dificuldades do dia a dia sem lançarem mão de condutas ilícitas"* (fls. 196).

A esta altura, duas importantes observações se fazem necessárias.

A *primeira* é que ainda que algum feito esteja pendente de definitividade, tal não se mostra suficiente, *de per si*, 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).

Acesso ao Sumário

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).

Logo, indubitavelmente, as especificidades do caso concreto, notadamente a gravidade concreta da conduta e as condições pessoais dos apelantes, indicam que possuem desvio de personalidade e recomenda maior atenção no tocante ao processo de desenvolvimento interpessoal, ressocialização e reeducação, tudo a demonstrar a insuficiência da pretendida adoção de medida socioeducativa mais branda.

Outrossim, não há, nos presentes autos, qualquer elemento de convicção tendente a demonstrar, de modo seguro, a suficiência de eventual medida socioeducativa em meio aberto para afastar os recorrentes do pernicioso meio infracional e fortalecer seus vínculos familiares e comunitários, de molde a fomentar a gradual reinserção social.

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 os adolescentes do pernicioso meio infracional e fortalecer seus vínculos familiares e comunitários, de molde a fomentar a gradual reinserção social.

Em resumo, diante de tudo o quanto foi exposto linhas acima, conclui-se que a aplicação da medida socioeducativa de internação, além de justa e proporcional, 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 recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501283-74.2020.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante G.S.C., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE F. DA R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.582)**

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, 10 de novembro de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – ATO INFRACIONAL – Condutas tipificadas como tráfico ilícito de entorpecentes e receptação (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 e art. 180 do CP) – Sentença que acolheu as representações e aplicou internação – Pleito voltado à absolvição por ausência de provas ou, subsidiariamente à desclassificação para receptação culposa e substituição da internação por liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade – Inadmissibilidade – Provas de autoria e materialidade dos atos infracionais – Circunstâncias da apreensão indicam o tráfico e receptação – Confissão da receptação corroborada pela prova oral – Seguro e inequívoco conjunto probatório – Adequação da medida imposta – Superveniente perda do interesse recursal, com relação a esse ponto, ante a extinção da internação – Recurso não provido, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de apelação que objetiva a concessão do efeito suspensivo, bem como a absolvição do recorrente por insuficiência de provas dos atos infracionais ou, subsidiariamente, a desclassificação do ato infracional equiparado a

receptação para receptação culposa, bem como a substituição da medida extrema por liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade.

II. A sentença julgou procedente a representação oferecida contra o adolescente, reconhecendo a prática dos atos infracionais equiparados aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06) e de receptação (art. 180, do Código Penal) aplicando-lhe medida de internação (fls. 139/144).

III. O representado apelou (fls. 164/189).

Sustentou, em síntese, fragilidade do conjunto probatório, por haver dúvidas quanto à autoria em relação aos dois atos infracionais. Afirmou que a condenação está baseada exclusivamente nos depoimentos prestados pelos guardas municipais (tráfico de entorpecentes) e pelos policiais militares (receptação), sem amparo de outras provas. Quanto ao ato infracional equiparado à receptação afirmou que desconhecia a origem ilícita do veículo, razão pela qual deve ser considerado o princípio do *in dubio pro reo*. Pleiteou a absolvição ou a desclassificação da receptação para a modalidade culposa. Insurge-se, também, em relação à medida socioeducativa, porquanto, embora não seja primário, o inc. II do art. 122 exige a reiteração em atos graves. Pleiteia a substituição da medida extrema por liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade.

IV. O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 195/200).

V. A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 212/220).

VI. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recurso de apelação do adolescente G.S.C., nascido em (...), em face da sentença que julgou procedente a representação contra ele oferecida, pelas razões e fundamentos expostos no relatório acima.

O recurso não merece provimento.

Consta na representação que, no dia (...), às (...), na Rua (...), nº (...),(...), na comarca de (...), o adolescente trazia consigo, para fins de venda a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 17 invólucros contendo cocaína, pesando aproximadamente 8,08g (massa líquida), 08 porções de maconha, pesando aproximadamente 10,13g (massa líquida), 52 pedras de crack, pesando aproximadamente 5,98g (massa líquida) e 03 comprimidos de natureza não identificada, as quais são capazes de ensejar a dependência física e psíquica de seus usuários.

Consta, ainda, da representação do Proc. nº (...), apenso ao Proc. nº (...) para julgamento conjunto, que no dia (...), às (...), na Rua (...),(...),(...), na comarca de (...), o mesmo adolescente conduzia o veículo (...), placas (...) – (...),

Acesso ao Sumário

coisa que sabia ser produto de crime, em proveito próprio.

A materialidade do ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes está comprovada no auto de exibição e apreensão (fls. 06/07), no laudo de constatação provisória de substância entorpecente (fls. 14/19), no exame químico toxicológico positivo (fls. 113/115 e 116/118) e na prova oral.

Em relação ao ato infracional equiparado à receptação, a materialidade está demonstrada nos seguintes documentos constantes no processo apenso: boletim de ocorrência (fls. 01/03), auto de exibição e apreensão (fls. 05/06), bem como pela prova oral.

Quanto à autoria, o adolescente confirmou a prática do ato infracional equiparado à receptação. Adquiriu o veículo sem documentação pelo Facebook e pagou R$ 1.000,00. Não desconfiou ser produto de furto, pois comprou, anteriormente, outros 02 carros da mesma forma. Tem conhecimento de que não possui idade suficiente, nem habilitação para dirigir automóvel. Questionado sobre como se desfez dos veículos anteriores, afirmou que foram apreendidos pela polícia. Contou ter fugido da polícia para não perder o automóvel.

Nega a prática do ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes. Narrou que, no dia dos fatos, trabalhava no lava-rápido e foi alertado por outro rapaz que os policiais militares passaram encarando-o. No caminho para sua residência, parou em uma costureira e na saída foi abordado pela polícia. Não portava qualquer entorpecente. Contudo, o local é ponto de tráfico e os policiais localizaram os entorpecentes no local com o auxílio de cães farejadores e o incriminaram (fls. 161 – mídia audiovisual).

A negativa do apelante, contudo, não foi suficiente para afastar os fatos tais como relatados nas representações, considerando o teor da prova oral coligida nos autos.

Em juízo, foram ouvidos os guardas municipais G.L.A., R.F.A. sobre o ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes (fl. 161 – mídia audiovisual).

Com efeito, a testemunha G. afirmou que, no dia dos fatos, patrulhava por local conhecido pelo comércio de entorpecentes. Avistou o adolescente em atitude suspeita, no "escadão" que leva a rua (...). Estava com uma sacola plástica e ao seu lado havia um homem que parecia ser um possível comprador. Ao se aproximar, o "comprador" se afastou e não o abordou porque foi atrás do representado, que correu ao perceber que se dirigia em sua direção. O jovem entrou em uma loja comercial, por isso aguardou ele sair para realizar a abordagem, pois teve receio de colocar em risco as pessoas que estavam no local. Com o adolescente encontrou apenas dinheiro. O representado se recusou a revelar onde havia deixado a sacola porque sabia que seria apreendido. Reforçou ter visto o adolescente correr com a sacola, mas não viu o momento em que ele

a dispensou. A proprietária da loja comercial afirmou que o jovem não havia deixado nada no estabelecimento. Diante disso, solicitou a presença de cães farejadores, que localizaram a sacola a uns 20 metros, próximo ao "escadão".

No mesmo sentido, a testemunha R. corroborou os fatos narrados por G.

Em relação ao ato infracional equiparado à receptação, foram ouvidas a vítima E.R.C.O. e os policiais militares R.F.M. e A.C.V.R. (fl. 161 – mídia audiovisual).

E., em juízo, narrou que no dia (...) fazia compras e na volta seu veículo não estava no local onde estacionou. Telefonaram da delegacia avisando sobre a localização do veículo e o recebeu danificado, abalroado do lado direito, na traseira e com os retrovisores quebrados. Soube que o veículo foi aberto com uma chave micha. Contou que o carro foi furtado com os documentos que estavam no interior do veículo, mas as chaves originais estavam com ela (fl. 161 – mídia audiovisual).

A testemunha R. narrou, em juízo, patrulhar pelo local quando o condutor do veículo (...) se abaixou tentando se esconder. Diante da atitude suspeita, aproximou do veículo para fazer a abordagem, mas o motorista tentou se evadir empreendendo alta velocidade, colocando em risco os transeuntes que estavam na rua. Ao perceber que não conseguiria escapar parou o veículo, mas bateu em uma placa de uma lanchonete e quase acertou uma pessoa. A placa do carro pertencia a outro carro, um (...). Ao pesquisar o chassi, verificou tratar-se de veículo furtado. Havia duas pessoas no veículo, o condutor era o adolescente. O representado contou ter adquirido o veículo por R$ 1.000,00.

A testemunha A. corroborou os fatos narrados por R. Acrescentou que o adolescente contou ter comprado o veículo por meio de rede social que realiza venda de carros com documentos atrasados, com problemas administrativos e pagou R$ 1.000,00. Informou que a chave do veículo não parecia ser original, pois estava modificada.

Como se observa, os depoimentos foram coerentes e consonantes com os demais elementos probatórios contidos nos autos, confirmando a prática pelo recorrente dos atos infracionais que lhe são imputados.

Nada indica a inidoneidade ou suspeição dos depoimentos dos guardas municipais ou dos policiais militares, sobretudo quando está evidente nos autos que agiram no estrito cumprimento do dever, dentro dos parâmetros da legalidade.

Nessa esteira é o entendimento consolidado nos Tribunais Superiores:

"[...] inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo des-

Acesso ao Sumário

qualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (STF – HC 74.438/SP – DJ-e de 14.3.11 – Rel. Min. CELSO DE MELLO).

"O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ. Precedentes. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada." (HC n.º 115.516 – DJ-e de 09.03.09 – Rel. Min. LAURITA VAZ).

Ressalte-se, ainda, não se vislumbrar nenhuma justificativa plausível para as testemunhas incriminarem injustamente o jovem.

Além disso, ao julgador cumpre conferir a tais declarações o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

O representado foi apreendido na posse de veículo furtado, adquiriu sem documentação e tinha conhecimento de que era ilícito, pois perdeu outros veículos adquiridos da mesma forma, com problemas administrativos.

No tocante ao tráfico de entorpecentes, frisa-se, por oportuno, não haver necessidade de o representado ser apreendido em flagrante no momento da venda do entorpecente, pois o delito de tráfico é de ação múltipla, com diversos núcleos verbais, como transportar, guardar, trazer consigo, condutas efetivamente praticadas pelo adolescente.

De tal modo, as circunstâncias da apreensão (em local conhecido como ponto de tráfico de drogas), a quantidade e a forma como acondicionadas as substâncias apreendidas, somadas aos depoimentos dos agentes, que noticiaram, inclusive, que o representado estava sozinho no local, reforçam o entendimento do Juízo de origem, que classificou a conduta no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Não há, consequentemente, elementos para absolvição ou desclassificação da receptação para a modalidade culposa.

No que tange à medida socioeducativa imposta ao jovem, observa-se, no presente caso, em consulta ao sistema informatizado da Fundação Casa e ao processo de execução de medida socioeducativa que a internação foi extinta em 01/07/2021 (proc. nº (...) – fls. 105).

Destarte, ante o fato superveniente da extinção da medida, deixa de haver interesse recursal no apelo, nesta parte.

Acesso ao Sumário

Daí o porquê, nego provimento ao recurso na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501705-87.2021.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante V.G.A.C. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.806)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 17 de novembro de 2021.

LUIS SOARES DE MELLO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATOS INFRACIONAIS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. MEDIDA QUE, FRENTE À GRAVIDADE DAS INFRAÇÕES, BEM COMO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, REVELA-SE APROPRIADA E APTA A PROMOVER A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE.

1. *In casu*, a sentença julgou procedente a representação pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos tipificados no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 16, § 1º, IV, da Lei 10.826/03, e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

2. O art. 112, § 1º, do ECA determina que o tratamento ressocializador adequado é o que melhor atende as circunstâncias do caso concreto e as condições pessoais do adolescente, que, no caso concreto, é a medida de internação, respeitado o princípio da excepcionalidade.

Acesso ao Sumário

3. Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 147/148, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos tipificados no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 16, § 1º, IV, da Lei 10.826/03, e aplicou ao adolescente V. G.A.C. a medida socioeducativa de internação.

A d. Defesa requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo. No mérito, insurge-se tão somente contra a aplicação de internação, alegando excepcionalidade dessa medida, bem assim possuir o jovem todas as condições subjetivas para receber medida em meio aberto, destacando a recomendação do CNJ e do Tribunal de Justiça para a manutenção da liberdade ante a pandemia do coronavírus nos casos de não estarem presente a necessidade imperiosa da custódia cautelar. Ao final, pugna pela aplicação de medida socioeducativa em meio aberto (fls. 162/167).

Recurso isento de preparo com contrarrazões às fls. 174/179.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 189/191 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

2. A revogação do inciso VI, do artigo 198, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não implica que os recursos afetos à Infância e Juventude sejam recebidos obrigatoriamente no efeito suspensivo, sendo necessária a observação das regras do artigo 1.012 do Código de Processo Civil.

No caso em tela, o juiz concedeu a tutela cautelar ao decretar a internação provisória quando do recebimento da representação.

Assim, ao conferir apenas efeito devolutivo ao recurso da defesa, não há violação o disposto no artigo 1.012 do CPC, haja vista ter sido aplicada a regra do § 1º, inciso V, do referido dispositivo legal: ***"Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...) V – confirma, concede ou revoga tutela provisória."***

Acesso ao Sumário

No mérito, consta dos autos que, no dia (...), por volta das (...)., o apelante trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, drogas, a saber, 670 gramas de "Cannabis sativa L", vulgarmente conhecida como maconha, distribuídas em filetes e porções, 285 gramas de cocaína, distribuídas em vários pinos e 90 gramas de crack (derivado da cocaína).

Consta, ainda, que nas mesmas condições de tempo e local acima descritas, o adolescente portava, sem a autorização e em desacordo com determinação

legal ou regulamentar, arma de fogo de uso permitido, a saber, um revólver, calibre 32, sem marca, com numeração suprimida, municiado com 04 (quatro) cartuchos íntegros.

Não há dúvida sobre a autoria e materialidade do ato infracional, comprovadas material e oralmente durante a instrução, tanto que não há qualquer impugnação desta matéria pela combativa Defesa.

O debate, portanto, permanece restrito ao tratamento ressocializador adequado ao adolescente.

E a solução adotada na origem merece ser mantida.

Porquanto não se olvide o entendimento consolidado na Súmula 492 do STJ[1], o fato é que sua interpretação deve ser feita de forma sistemática com as disposições do art. 122, do ECA, observados os princípios que regem o Direito da Infância e Juventude.

Estabelece o art. 6º do ECA que ***"na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."***.

Por sua vez, o art. 121, do ECA, prevê os princípios que regem a medida de internação: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento norteia o escopo da aplicação de todas as medidas socioeducativas. A prática de ato infracional exige uma resposta educativa do Estado e não uma resposta retributiva. Ao se reconhecer que os adolescentes infratores são indivíduos em formação e que precisam ser orientados, a medida socioeducativa deve ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do art. 112, do ECA, levando-se em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, § 1º, do ECA).

Para a avaliação da capacidade do adolescente em cumprir a medida socioeducativa é imperioso observar a sua condição pessoal (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc.) e familiar (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização).

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que quem o pratica tem o intuito do lucro fácil, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indeterminadas, com reflexos na comunidade, a recomendar o afastamento, ainda que parcial, do adolescente do meio deletério.

Acesso ao Sumário

1 "SÚMULA nº 492: O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente".

Esta Câmara Especial tem adotado esse critério (apelação nº 0000285-23.2015.8.26.0598, relator Des. Xavier da Aquino, Decano, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0001374-73.2015.8.26.0536, relator Des. Salles Abreu, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0000285-36.2015.8.26.0626, relator Des. Ricardo Dip, então Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 04/04/2016).

No caso concreto, embora o ato infracional não tenha sido cometido mediante grave ameaça ou violência, o adolescente foi flagrado com grande quantidade de entorpecentes.

Além disso, ostenta registro anterior pela justiça especializada ocasião em que alcançou remissão como forma de exclusão do processo (fls. 20). Tal circunstância, ainda que sem prosperar para fins de antecedentes, revela que a prática aqui apurada não constitui desvio isolado de sua trajetória e garante que a insistência em tratamentos mais brandos seria solução manifestamente inócua.

Além disso, conforme avaliação da equipe técnica da Fundação CASA foi observada a dualidade no modo que o menor conduz sua vida, entre o meio delitivo e sua responsabilidade com o estudo e trabalho honesto (fls. 27/131), questão que necessita ser acompanhada de forma sistemática, a fim de seja ressignificada a conduta do adolescente.

Como se vê pela conduta delitiva apresentada, o jovem encontra-se inteiramente envolvido com o meio infracional, e não há, portanto, outra medida socioeducativa adequada a ele que não a internação (art. 122, § 2º, do ECA). A segregação, nesse passo, é salutar e necessária para afastá-lo do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cumpre observar ainda que as medidas socioeducativas não têm natureza de pena e, portanto, a elas **não se aplica a circunstância atenuante da confissão** espontânea, prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal – consoante, aliás, deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 101739/DF, 5ª Turma, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 8.3.10:

> A aplicação da circunstância atenuante de confissão, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, é impossível em sede de procedimento relativo a ato infracional submetido ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isso porque, na seara menorista, não se adota o sistema trifásico na dosimetria de pena – mesmo porque as medidas socioeducativas não correspondem às penas de modo idêntico –, já que, aqui, a intervenção estatal tem como norte a proteção integral do adolescente e a individualização da medida socioeducativa de acordo com os critérios estabelecidos no ECA (arts. 100, *caput* e § único, VIII e 113) e no SINASE (art. 35, VI).

Acesso ao Sumário

Assim sendo, embora a confissão possa ser mais um dos elementos a se levar em conta pelo julgador no momento da aplicação da medida socioeducativa, não deve ser considerada como atenuante muito menos implica em automático abrandamento da intervenção estatal. Se fosse diferente, caíríamos em uma situação absurda em que adolescentes com demandas extraordinárias, apenas satisfeitas com intervenções extremas, teriam de ser colocados em regimes nos quais não teriam o acompanhamento necessário à sua ressocialização. É esta, ademais, a situação sob exame, uma vez que a internação aplicada ao jovem se fundamenta em suas condições pessoais desfavoráveis e na gravidade concreta do ato infracional praticado.

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Não se pode olvidar que o menor será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501120-34.2019.8.26.0294, da Comarca de Jacupiranga, em que é apelante G.R. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE J.

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 50.106)**

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, 17 de novembro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de furto duplamente qualificado – Recurso da defesa – Improcedência da representação – Descabimento – Materialidade e autoria satisfatoriamente demonstradas – Acervo fático-probatório coeso e seguro – Confissão – Jovem surpreendido na posse da *res* – Sentença mantida – Apelo desprovido.

VOTO

VISTOS.

G.R., inconformado com a r. sentença que lhe aplicou medida socioeducativa de *liberdade assistida*, pelo prazo de seis meses, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 155, § 1º e § 4º, incisos I e IV, do Código Penal (fls. 183/184), apela (fls. 197/199), buscando a improcedência da representação, por falta de provas.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 203/204) e mantida a r. sentença (fl. 205), subiram os autos. A Douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer de fls. 223/224, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

O apelante foi representado porque, no dia (...), por volta das (...), durante o repouso noturno, no interior do estabelecimento denominado (...), situado na (...), (...), Cidade de (...), Comarca de (...), junto com W.S.S. e M.D.L., em concurso, após prévio ajuste de condutas e unidade de desígnios, tentaram subtrair para proveito comum, mediante rompimento de obstáculo, bens móveis descritos no auto de exibição e apreensão de fls. 17/19, pertencentes ao comércio vitimado, cuja representante legal é V.R.B.B., somente não se consumando o ato por circunstâncias alheias as suas vontades.

Acesso ao Sumário

Cumpre esclarecer, inicialmente, que o processo foi extinto com relação a W.S.S., ante a notícia de seu falecimento (fls. 101 e 106/108) e, com relação ao jovem M.D.L. o feito foi desmembrado (fl. 158).

A procedência da representação era de rigor e deve prevalecer, vez que se acham bem provadas a autoria e a materialidade dos fatos (fls. 17/19, 20/22 e mídias digitais).

Perante a autoridade policial o jovem relatou que estava passando na frente da loja (...) quando viu o portão aberto e o vidro quebrado, razão pela qual decidiu entrar no estabelecimento. No interior da loja estavam W. e M., que pegavam caixinhas de som. Afirmou ter pegado alguns aparelhos de tele-

fone celular, um notebook e algumas alianças, colocando-os num saco de lixo. Contudo, a polícia militar apareceu e os apreendeu (fl. 14). Em juízo, o jovem confessou o ato infracional (fl. 179).

E a confissão do adolescente veio amparada pelas demais provas constantes dos autos, em especial pela fala do policial militar J.P. que declarou, sob o crivo do contraditório, que estava em patrulhamento de rotina quando notou vidros estilhaçados e a porta do estabelecimento comercial com o cadeado arrombado, o que motivou buscas pelo local, oportunidade em que logrou localizar os jovens no interior do estabelecimento. Esclareceu que o apelante estava no banheiro da loja, com um saco contendo mercadorias do estabelecimento – aparelhos celulares, anéis e um notebook (mídia de fl. 179).

A representante legal da empresa vítima, disse ter sido informada sobre o furto ocorrido em seu estabelecimento comercial e foi à delegacia, tendo reconhecido os objetos apreendidos como sendo de propriedade da loja. Informou ter recuperado todos os objetos subtraídos (mídia de fl. 179).

Nesse passo, foi o jovem surpreendido no local dos fatos, na posse da *res furtiva*, que já estava separada em saco de lixo.

O quadro probatório, portanto, contém elementos de convicção, de molde a não deixar dúvidas sobre a participação do adolescente no ato infracional em questão.

Ademais, não trouxe o representado qualquer prova que pudesse ilidir a sua responsabilidade, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pela defesa.

A r. sentença bem analisou o quadro probatório dos autos, dando aos fatos perfeita adequação jurídica.

Na reiteração da instância nada de novo foi alegado que infirmasse as conclusões da decisão recorrida.

Em suma, a reanálise a que ora se procede da presente lide, com o acurado exame de todos os seus aspectos processuais e o minucioso revolvimento da matéria fático-probatória destes autos, conduz à inexorável conclusão de que, mediante persecução legal e constitucionalmente hígida, restou evidenciado, de forma estreme de dúvidas, *(i)* que o apelante praticou, com vontade livre e consciente, o ato infracional que lhe é irrogado, quedando-se patenteada, pois, a adequação típica, sob os prismas objetivo e subjetivo, da conduta em tela, bem assim *(ii)* a responsabilidade do adolescente em aludido evento – não se verificando, portanto, a existência de mácula alguma neste instrumento persecutório, tampouco a ocorrência de afronta a qualquer dos princípios e regras norteadores da matéria, e, muito menos, a configuração de uma das hipóteses de improcedência da representação.

Em outras palavras, tendo sido observadas, na espécie, todas as regras

Acesso ao Sumário

que compõem a fórmula constitucional do *due process of law*, e uma vez constatada a robustez do acervo probante confeccionado pelo *Parquet*, conclui-se que nenhum dos argumentos de mérito deduzidos pela combativa Defesa está a merecer acolhimento.

A medida socioeducativa aplicada, não foi impugnada e afigura-se justa e adequada, diante das peculiaridades do caso concreto e das circunstâncias pessoais do adolescente.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501886-87.2020.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que são apelantes M.K.M.B.P. (MENOR), M.J.A.G. (MENOR) e G.A.L. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.833)**

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, 24 de novembro de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Furto (por duas vezes), homicídio na modalidade tentada, em concurso de agentes (por duas vezes), porte ilegal de arma de fogo – Sentença que julgou procedente a representação impondo aos adolescentes a medida socioeducativa de internação – Conjunto probatório suficiente a apontar responsabilidade dos apelantes – Reconhecimento e palavra das vítimas e testemunhas que devem ser valoradas – Autoria e materialidade inconteste – Proporcionalidade da medida imposta com as infrações cometidas me-

diante violência e grave ameaça – Condições pessoais desfavoráveis dos apelantes que ostentam passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude – Recursos não providos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelos adolescentes M.K.M.B.P. (DN (...)), G.A.L. (DN (...)) e M.J.A.G. (DN (...)) contra a r. sentença que julgou procedente a representação contra eles oferecida, pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos capitulados no artigo 155, § 4º, IV, c.c. artigo 29 (por duas vezes), em concurso material; no art. 121, § 2º, I e IV, c.c. artigo 14, II, c.c. artigo 29, todos do Código Penal, c.c. o artigo 1º, I, da Lei nº 8.072/90 (por duas vezes), em concurso material; e art. 14, da Lei nº 10.826/03 c.c. art. 29, em concurso material, na forma do art. 69, ambos do Código Penal (fls. 79/85).

Sustentam os apelantes a necessidade de invalidar o reconhecimento fotográfico na fase inquisitiva e, no mérito, em síntese, pugnam pela insuficiência probatória, pleiteando a improcedência da representação (fls. 318/327).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 333/338) e mantida a decisão recorrida (fl. 328), nesta instância, opinou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento dos recursos (fls. 357/363).

É o relatório.

De início, no que tange ao alegado sobre a invalidade do reconhecimento fotográfico na fase policial não comporta acolhimento. No presente caso, inexiste qualquer nulidade quanto à eventual inobservância de formalidades descritas no artigo 226 do Código de Processo Penal, pois, o conjunto probatório não deixa dúvida quanto à lisura do ato, visto que o estabelecido no presente artigo, do Diploma legal em tela, trata de condição que deverá ser observada, sempre que possível.

Conforme já se decidiu: *'É irrelevante que o reconhecimento do réu pela vítima não tenha sido efetuado com as formalidades indicadas pelo artigo 226 do CPP. A recognição com os requisitos do referido dispositivo legal só se faz quando houver necessidade, conforme ali está expresso. No caso, a certeza da vítima na identificação do acusado dispensava aquela solenidade. Ademais, a vítima confirmou e reiterava a recognição do réu sob o pálio do contraditório, sendo ainda de se lembrar que a prova contra ele não se assenta apenas no reconhecimento pela vítima, mas, também, em outros dados probatórios, como atrás já se expôs. Assim, não há que se reconhecer nenhuma nulidade com relação ao reconhecimento do acusado'* (RJDTACRIMSP 02/133). E, ainda: *'O reconhecimento feito em audiência, por sua vez, não obedece à rigidez das nor-*

Acesso ao Sumário

mas processuais. Na realidade, é mais um ato confirmatório do que um auto de reconhecimento. Sendo ato confirmatório, não necessita obedecer a esquemas rígidos da lei processual em vigor' (RT 678/349).

O que importa, de fato, é que o reconhecimento foi realizado com absoluta segurança por vítimas e testemunhas, que descreveram com detalhes a participação de cada um na empreitada infracional, corroborando o descrito na representação, não havendo indícios de que estivessem enganados ou quisessem prejudicá-los, inexistindo, assim, qualquer dúvida a ser reconhecida.

Ademais, na espécie, este é o entendimento do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**: *'(...) **ainda que não observado totalmente o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, não há se falar em nulidade, haja vista não se ter demonstrado eventual prejuízo, o qual nem ao menos se pode presumir, diante da existência de outras provas da autoria, devidamente judicializadas**.'* (AgRg no REsp 1063031/PR, Relª. Ministra Maria T. de A. Moura, Sexta Turma, julgado em 14/02/2012, grifo nosso), bem como do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**: *'(...) **O reconhecimento de pessoas só é feito quando houver necessidade (CPP, artigo 226); no caso, além de não ter sido a única prova produzida, foi confirmado em juízo por testemunha e corroborado por outras provas produzidas. Precedente.** Não implica em nulidade o não comparecimento do réu e do seu advogado à audiência de inquirição de testemunha, quando regularmente intimados para o ato: não se declara nulidade em favor de quem lhe deu causa. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.'* (HC 77246, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 09/03/1999, grifo nosso).

No que diz respeito ao mérito, os recursos não comportam provimento.

Consta da inicial que no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), nº (...), (...), na cidade e comarca de (...), os adolescentes M.K.M.B.P, G.A.L. e M. J.A.G, agindo em concurso e com unidade de desígnios, subtraíram dois aparelhos celulares, ambos marca "Samsung", sendo um deles, modelo "J2 Prime", cor prata, pertencente a L.F.V.L., e outro modelo "A30", cor branca, pertencente a H.M.B.J. Consta, ainda, que na mesma data, pouco tempo depois, nas ruas do mesmo (...), na mesma cidade e comarca de (...), os apelantes, atuando em concurso e com unidade de desígnios, por motivo torpe e valendo-se de recurso que dificultou a defesa das vítimas, tentaram matar T.R.S. e W.S.S., mediante disparos de arma de fogo, somente não consumando o intento, por circunstâncias alheias às suas vontades (fls. 79/85).

Acesso ao Sumário

A materialidade da infração está comprovada pelos boletins de ocorrências nº (...), (...) e (...) (fls. 1/3, 52/53 e 61/62, respectivamente), auto de exibição e apreensão (fls. 59/60 e 64), e laudo pericial (fls. 207/209). A autoria, por sua vez, restou suficientemente demonstrada, em face do conjunto de provas trazido

aos autos, tudo de forma a autorizar a procedência da representação ofertada.

No que tange a autoria, acertada a procedência, pois, conforme relatado na r. sentença, em juízo as vítimas do roubo L.F. e H.M. confirmaram ser o adolescente G.A.L. um dos participantes do ato infracional (fl. 285/286). A vítima do homicídio tentado, W.S., reconheceu o adolescente G.A.L. na delegacia como o autor do ato infracional e, em juízo, não reconheceu os adolescentes como autores do delito (fl. 287/288). A vítima do homicídio tentado, em juízo, T.R., reconheceu o adolescente G.A.L. como um dos autores do ato infracional (fl. 288).

As testemunhas, conforme relatado na r. sentença, considerando-se os depoimentos em conjunto, de igual forma, comprovam a autoria. A testemunha ocular L.H.S. confirma a identidade do adolescente M.K.M.B.P., como um dos participantes do ato infracional, que apontou arma de fogo (fls. 289/290). A testemunha ocular D., de igual maneira, atribui e confirma em juízo a autoria dos adolescentes M.K.M.B.P., G.A.L. e M.J.A.G. como os autores do ato infracional, esclarecendo que apenas, G.A.L. e M.K.M.B.P., estavam armados (fls. 290/291). A testemunha D. confirmou em juízo a sua versão de que os adolescentes G.A.L. e M.K.M.B.P. estavam armados naquela ocasião (fls. 291/292).

Portanto, do que se depreende, ao serem ouvidas no distrito policial e em juízo, as vítimas e testemunhas L.F., H.M., T.R., L.H., D.O., D.W., pelos depoimentos analisados, a autoria é procedente, pois afirmaram que reconhecem os adolescentes M.K.M.B.P, G.A.L. e M.J.A.G. como sendo aqueles que participaram dos atos infracionais narrados na inicial, ainda, que tenha a vítima W.S. reconhecido os apelantes apenas na fase instrutória.

Durante a fase instrutória judicial (278/279 e 298), sob as garantias do contraditório e ampla defesa, os adolescentes negaram a prática das infrações que lhes são imputadas na representação, trazendo a declaração da testemunha de defesa, E.R., em juízo, de que os representados estavam em sua casa na ocorrência dos fatos fumando narguilé, entretanto, sem lembrar o mês e o dia da semana.

Em que pese as alegações da combativa defesa, as negativas, no entanto, restaram isoladas, notadamente, porque frágeis mediantes as declarações das vítimas que, além de reconhecê-los, ainda que uma delas em apenas uma oportunidade, como os responsáveis pela prática dos atos, de forma crível e uniforme, descreveram todo o evento ilícito, acrescentando, ainda, que os apelantes efetivamente participaram dos atos executórios.

Assim, não obstante a negativa dos adolescentes, deve prevalecer as palavras das vítimas e testemunhas no presente caso, uma vez que prestadas de forma coerente e segura, além do que estão em consonância com os demais elementos coligidos aos autos.

Acesso ao Sumário

Nos crimes contra o patrimônio e a vida, lembre-se, rotineiramente praticados longe das vistas de testemunhas, o que não foi o caso, o agente tem contato frontal com a vítima, e sua palavra assume grande valor probante, mostrando-se suficiente e capaz para se evidenciar a infração para o convencimento acerca da autoria, tanto que, neste Tribunal, valioso se mostra o testemunho do ofendido na elucidação da autoria:

> ***"No campo probatório – já se decidiu – a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois, incidindo sobre o proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados" (RT 484/320).***

E de se ressaltar, ainda, nada a comprovar nos autos que as vítimas e testemunhas teriam algum motivo para incriminá-los mentirosamente.

Assim, não há como ser acolhida a tese defensiva de falta de provas de autoria, argumento inadequadamente invocado pelas defesas na busca de absolvição.

Os atos infracionais praticados e tipificados como furto (por duas vezes), homicídio na modalidade tentada (por duas vezes), porte ilegal de arma de fogo são extremamente graves, que consubstanciam violência real à pessoa, gerando não só agressão psicológica como insegurança no contexto social, revelando, portanto, a audácia e a total ausência de criticidade dos agressores.

Por tais motivos, correta a tipificação imputada aos adolescentes de forma equiparada. Quanto ao pedido referente à qualificadora de motivo torpe, para fins de registro, anota-se que nos feitos em que há qualificadoras, não importa em alteração de medidas socioeducativas aplicadas na esfera do Estatuto da Criança e do Adolescente, diante das divergências dos escopos defendidos.

Respeitada a tese defensiva, tem-se que no âmbito da Infância e Juventude, as questões atinentes a atos infracionais regem-se por princípios diversos da Justiça Criminal, de tal sorte que os adolescentes ficam sujeitos à aplicação de medidas socioeducativas, de cunho pedagógico, sem finalidade repressiva.

E sobre o testemunho dos policiais civis M.N.R. e J.E.C., a doutrina e a jurisprudência já estão consolidadas com entendimento de que o testemunho deles tem o mesmo valor de qualquer outro, desde que aufira credibilidade, como no caso em tela.

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: *'Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF.'* (REsp 604.815/BA, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, Quinta Turma).

Registre-se que os depoimentos de policiais podem ser utilizados como meio de prova seguro, mormente quando não existem nos autos elementos que possam desacreditá-los e tampouco indícios de que quisessem prejudicar os adolescentes representados, como no presente caso, atribuindo-lhes falsamente a prática de ato infracional. Há de se consignar que o relato dos policiais é analisado em conjunto com as demais provas e circunstâncias da apreensão, convergindo para um somado coerente.

Convém destacar, uma vez mais, que as declarações das testemunhas de acusação vão ao encontro do que ficou consignado nas peças informativas, revelando sua veracidade. Depois, não se pode dizer que a condição de policiais os torna suspeitos. Os seus depoimentos são colhidos sob o compromisso de dizerem a verdade como qualquer pessoa na condição de testemunha, sob pena de incidir no crime de falso testemunho, conforme o disposto no art. 342, do Código Penal e, ainda, há de consignar que seus relatos são sopesados em confronto com as demais provas e circunstâncias da apreensão.

Igualmente, seria contrassenso o Estado selecionar pessoas para integrar o quadro da Polícia e depois suspeitar delas quando agem no cumprimento de seu dever legal. Assim já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 74.608-0 DJU 11.04.97, p. 12.189.

À vista disso, inviável o pedido absolutório, impondo-se a procedência da representação.

Quanto à medida aplicada, a internação mostra-se necessária ante a gravidade dos atos infracionais aliada as circunstâncias pessoais dos adolescentes.

O adolescente M.K.M.B.P., conforme acostado à fl. 32, ostenta passagens pela Vara da Infância e Juventude por atos infracionais (Processos: (...), Roubo, beneficiado com o instituto da remissão – (...), ameaça, arquivado nos termos do art. 181, *caput*, do ECA – (...), Tráfico de Drogas e Condutas Afins, medida socioeducativa de advertência). O Relatório Polidimensional indica o uso de entorpecente (fls. 266/271).

O adolescente G.A.L. possui passagens pela Vara da Infância e Juventude, conforme fl. 33, por atos infracionais (Processos (...), Tráfico de drogas, medida socioeducativa de liberdade assistida – (...), Contravenções Penais, na época, em andamento – (...), Furto Qualificado – beneficiado com o instituto da remissão). O Relatório Polidimensional indica o uso de entorpecente (fls. 272/277).

O adolescente M.J.A.G., do mesmo modo, possui passagens pela Vara da Infância e Juventude, conforme fl. 34 (Processos nº (...), receptação, beneficiado com o instituto da remissão – (...), Tráfico de Drogas e Condutas Afins, medida socioeducativa de advertência).

Acesso ao Sumário

Os adolescentes, embora possuam respaldo familiar, participaram de atos infracionais gravíssimos, de modo que nenhuma outra medida, que não a internação, mostra-se adequada e proporcional.

Diante dessas considerações e, sopesadas as condições dos adolescentes, que não desconstruíram as provas de sua inocência, a medida eleita não se mostra excessiva, tampouco abusiva; ao contrário, revela ser a mais adequada e necessária neste momento.

Isso porque visa proporcionar a reabilitação, a reeducação e a socialização deles, impondo-lhes freios e responsabilidades, de modo que beneficiá-los com medida mais branda só os prejudicará, pois continuarão eles a viverem livremente e sujeitos às influências das más companhias a que se mostram engajados.

Pelo exposto, **nega-se provimento** aos recursos.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0036800-95.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante M. DE D. DA V. DE V. D. E F. C. A M. C. DA B. F., é suscitado M. J. DE D. DO S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, não conheceram do conflito negativo de jurisdição e determinaram a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos da fundamentação. Declaração de voto divergente do 2º Juiz.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.428)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 26 de outubro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Inquérito policial distribuído para o SANCT-VS com a finalidade de apuração de crime de estupro

de vulnerável. Remessa para a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Central da Capital. Denúncia ainda não oferecida pelo Ministério Público. Conflito de atribuições, não de jurisdição. Precedente. Conflito não conhecido, com determinação.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO CENTRAL** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DO SETOR DE VIOLÊNCIA CONTRA INFANTE, IDOSO, PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS (SANCTVS)**, ambos da **COMARCA da CAPITAL**, nos autos do inquérito policial nº 1518928-71.2020.8.26.0050, instaurado para apuração da prática do crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A, do Código Penal, em tese praticado por L.D.R.N. contra sua prima M.A.V.M., à época dos fatos com 12 (doze) anos de idade.

Sustentou que as circunstâncias descritas nos autos não se enquadram às hipóteses de incidência do artigo 5º, *caput* e incisos da Lei nº 11.340/06. Salientou que, reconhecendo a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e a necessidade de proteção integral e de uma resposta específica para prevenir, punir e erradicar o abuso, a violência e a exploração sexual nestas situações, o Conselho Superior da Magistratura do E. Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Provimento nº 2236/2015 e criou o SANCTVS, sem que houvesse distinção de sexo ou gênero quanto ao sujeito passivo do artigo 217-A do Código Penal entre as suas competências. Ressaltou que ainda que assim não fosse, embora o Provimento nº 2236/2015 preveja em seu artigo 8º que permanece inalterada a competência da Vara de Violência Doméstica da Capital, é certo que o artigo 23 da Lei nº 13.431/2017 revogou parcialmente o contido no Provimento, e por se tratar de lei federal deve prevalecer. Aduziu que, no caso, a violência não foi dirigida à vítima em razão do gênero, uma vez que sua vulnerabilidade decorre da tenra idade.

É o relatório.

O conflito de jurisdição não deve ser conhecido.

Isso porque ainda não houve o oferecimento de denúncia, de forma que não externada a *opinio delicti* pelo órgão acusatório. E, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, certo é que não caberia ao Judiciário definir as especificações de denúncia ainda não oferecida.

Assim sendo, não há que se falar em conflito negativo de jurisdição, mas,

Acesso ao Sumário

sim, de atribuições a ser dirimido pelo I. Procurador Geral de Justiça, nos termos da regra preconizada pelo art. 10, inciso X, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Nesse sentido, precedente dessa C. Câmara Especial:

"Conflito de Jurisdição – Apuração de eventual prática de crime de estelionato (art. 171, CP) – Inquérito Policial instaurado perante o juízo suscitado – Redistribuição do feito ao suscitante, em razão do crime ter ocorrido, supostamente, na Comarca de São Paulo – Ausência de denúncia – Conflito que, embora estabelecido entre Juízes, não pode ser dirimido por esta Corte – Divergência entre os representantes do Ministério Público atuantes no 1º grau – Hipótese de conflito de atribuições – Determinação de remessa do inquérito policial ao Procurador Geral de Justiça – Conflito não conhecido, com determinação"[1].

Ante o exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** do conflito negativo de jurisdição e determino a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos da fundamentação.

Cumpra-se e comunique-se, com urgência.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 58.705**)**

Com todo respeito, este voto diverge do proferido pelo Relator sorteado, para o fim de conhecer o presente conflito e declarar o juízo suscitante competente para o julgamento da lide, conforme o fundamento a seguir apresentado.

De rigor, seria o caso de não conhecimento do conflito, 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.

Segundo consta, foi instaurado inquérito policial para apuração de suposta prática do delito previsto no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, pelo averiguado L.D.R.N. contra sua prima M.A.V.M., de 12 anos de idade à época.

A vítima e o acusado são primos entre si e residem num mesmo pensionato. No dia (...), por volta das (...), o investigado teria se sentado ao lado da vítima e, então, começado a tocar e acariciar os seios e a perna de M. (fls. 03/06 dos autos de origem).

O inquérito policial foi distribuído ao Juízo do Setor de Violência Contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Tráfico Interno de Pessoas que se de-

Acesso ao Sumário

1 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Conflito de Jurisdição nº 0027685-84.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Magalhães Coelho. Data de Julgamento: 03 de dezembro de 2020.

clarou incompetente para o julgamento da ação (fls. 60/61 da origem).

Ocorre que o Juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Central Criminal Barra Funda, divergindo de tal entendimento, houve por bem suscitar o presente conflito. Argumenta que a Lei nº 13.431/2017 previu expressamente a criação de varas especializadas em crimes contra a criança ou o adolescente, o que ocorreu com a instalação do SANCTVS, razão pela qual ali deverá ser processado o feito (fls. 66/82 da origem).

Da análise dos fatos apresentados, conclui-se que razão assiste ao suscitado.

A dinâmica envolvendo a vítima e seu agressor enquadra-se no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme previsão contida no artigo 5º da Lei nº 11.340/06.

Ademais, como se pode verificar, os abusos ocorreram em razão da ascendência que o denunciado exercia sobre a pessoa da vítima por conta da relação de parentesco entre eles, ascendência essa passível de dominação (primo e prima), 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 nos autos aponta para violência fundada no gênero – sexo feminino –, o que determina o trâmite da ação perante a Vara de Violência Doméstica.

Ressalte-se que o Provimento nº 2.236/2015 do Conselho Superior da Magistratura, ao apresentar as exposições de motivos para a criação do Setor da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de tráfico Interno de pessoas – SANCTVS considerou, entre outros, ***"as crianças e adolescentes do sexo masculino vítimas de violência doméstica não são protegidos na esfera criminal pela Lei Maria da Penha"***, tornando-se evidente que mencionado Setor serviria para suprir o oferecimento de prestação jurisdicional especializada aos casos de menores submetidos à violência não alcançados pela 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:

Acesso ao Sumário

A competência das Varas da Violência Doméstica e do Juizado Especial Criminal Central da Comarca da Capital permanecerá inalterada.

Nesse sentido tem se firmado a jurisprudência pátria:

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de J J DO N I, em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que denegou a ordem no mandamus impetrado perante a Corte a quo. Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, em continuidade delitiva, pelo juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Ato seguinte, a defesa impetrou habeas corpus alegando a incompetência do juízo sentenciante, perante a Corte de origem. O Tribunal estadual, contudo, denegou a ordem. No presente mandamus, alega a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é incompetente para julgar a presente lide. Argumenta que verifica-se que o suposto abuso sexual que teria sido praticado contra a menor, não se deu em razão do gênero, e sim em razão de sua imaturidade, podendo inclusive os atos ter sido praticado em desfavor de criança do sexo masculino. Requer a concessão da ordem constitucional para que seja determinado a anulação do processo, desde a denúncia. Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do mandamus. É o relatório.

DECIDO.

[...]

Dessa forma, nota-se que caracteriza-se a violência doméstica e familiar nos casos em que o delito é cometido com base no gênero, em qualquer relação íntima de afeto, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida.

No presente caso, tem-se que as instâncias de origem consignado expressamente que bem caracterizada está a violência de gênero, uma vez que o crime foi supostamente praticado contra criança subjugada pela sua condição específica (sexo feminino) e em âmbito doméstico e familiar. Dessa forma, a alteração de tal entendimento, no sentido de que o delito não foi praticado em razão do gênero da vítima, mas sim de sua imaturidade demandaria a análise de matéria fático-probatória, o que é vedado na via eleita. Nesse norte: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 3º, AMBOS DO CP E 7º DA LEI Nº 12.015/2009. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. OFENSA AOS ARTS. 593, I, E 158, AMBOS DO CPP. RAZÕES DA APELAÇÃO DO MP APRESENTADAS FORA DO PRAZO LEGAL. MERA IRREGULARIDADE. ESTUPRO. AUSÊNCIA DE LAUDO

Acesso ao Sumário

PERICIAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 20 DA LEI Nº 11.697/2008. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. 4. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que com base em dados concretos dos autos, entendeu que a conduta criminosa se deu num "contexto de prevalência de relações domésticas (...), atraindo, portanto, a competência de juizado especial de violência doméstica" (fl. 471), seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 743.421/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015).

Ante o exposto, denego o habeas corpus.

(HC 445.912/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2018, DJe 28/06/2018).

CONFLITO POSITIVO DE JURISDIÇÃO. REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PELA CONCESSÃO DE MANDADO DE PRISÃO TEMPORÁRIA PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. GENITOR ACUSADO DE, EM TESE, PRATICAR O CRIME DE ESTUPRO CONTRA A FILHA. VIOLÊNCIA MOTIVADA NO GÊNERO FEMININO. RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DA JUÍZA SUSCITADA DA VARA REG. SUL 1 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DA VILA PRUDENTE. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0021750-34.2018.8.26.0000; Relator: Campos Mello (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional da Vila Prudente; Data do Julgamento: 10/12/2018);

E mais especificamente a respeito da ausência de competência do SANCTVS, em casos assemelhados ao aqui apresentado, citam-se acórdãos proferidos por esta Câmara Especial:

Conflito Negativo de Jurisdição. Denúncia por suposta prática de delito tipificado nos artigos 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, do Código Penal – Tio acusado de, em tese, praticar o crime de estupro contra sua sobrinha por afinidade – Menoridade da ofendida – Caso concreto que noticia violência motivada no gênero, decorrente de relação de subordinação ou vulnerabilidade da vítima, a recomendar a incidência dos ditames protetivos da Lei Maria da Penha – Competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0077769-02.2014.8.26.0000;

Acesso ao Sumário

Relator: Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – 13ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/03/2015; Data de Registro: 25/03/2015).

Conflito negativo de jurisdição. Ação penal para apuração do crime de estupro de vulnerável. Ação praticada contra criança, enteada do acusado. Elementos que indicam motivação de gênero no cometimento do crime no âmbito de relação familiar e doméstica, e em razão da vulnerabilidade da vítima. Súmulas 114 e 156, ambas do TJSP. Designada a vara especializada suscitada como competente para julgar o feito. Conflito procedente. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0022054-62.2020.8.26.0000; Relatora: Lidia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – SANCTVS – Setor de Atend. de Crimes contra Infante, Idoso, Deficiente e Vít. Tráf. Int. Pessoas; Data do Julgamento: 16/10/2020; Data de Registro: 16/10/2020).

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Apuração de suposta prática de estupro de vulneráveis capitulado no art. 217-A, c.c. arts. 226, II, e 71 do CP – Delito imputado ao padrinho em relação à afilhada menor, praticado no âmbito doméstico e familiar – Vítima mulher – Incidência da Lei 11.340/06 – Competência da Justiça Especializada – Súmulas 114 e 156 desta Corte – Conflito acolhido – Competente o suscitante (Vara Central de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca da Capital). (TJSP; Conflito de Jurisdição 0008797-67.2020.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – Vara Foro Cent. de Viol. Dom. e Fam. Cont. Mulher; Data do Julgamento: 19/05/2020; Data de Registro: 19/05/2020).

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Procedimento para apuração do crime de estupro de vulnerável, cometido, em tese, pelo padrasto contra as enteadas menores de quatorze anos. Ação praticada contra mulher no âmbito familiar, baseada no gênero e na vulnerabilidade da vítima. Incidência do artigo 5º, inciso II, da lei nº 11.340/2006. Aplicação das Súmulas nº 114 e 156 deste E. Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da Vara da Região Norte de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher do Foro Regional de Santana, Comarca da Capital, ora suscitante. (TJSP; Conflito de Jurisdição 0015212-03.2019.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional I – Santana – Vara Reg. Norte de Viol. Dom. e Fam. Cont. Mulher; Data do Julgamento: 21/10/2019; Data de Registro: 22/10/2019).

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 prima, aproveitando-se da relação de convívio entre eles, deverá a demanda ser processada perante a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Deste modo, correto o posicionamento do Juízo suscitado ao declinar da sua competência e encaminhar o feito ao suscitante.

3. Do exposto, por meu voto, **julga-se procedente o conflito para declarar-se competente o Juízo suscitante, Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Central Criminal da Barra Funda.**

LUIS SOARES DE MELLO, Desembargador Vice-Presidente e 2º Juiz

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2230784-10.2021.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é impetrante A.C.A.R. e paciente C.G.T.G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, para anular a sentença assinada pelo MM. Juiz substituto Leonardo Labriola Ferreira Menino, bem como os atos subsequentes. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.819)**

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, 22 de novembro de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico – Sentença que julgou procedente a representação, com aplicação da medida de internação e consequente determinação de mandado de busca e apreensão – Sentença e mandados de busca e apreensão assinados por magistrada anteriormente declarada suspeita (IS n° (...)) – Substituto legal que anulou os atos e proferiu sentença de idêntico teor – Nulidade – Inteligência do art. 564, I do C.P.P. – Ordem concedida, ratificando a liminar.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por A. C.A.R. em favor de C.G.T.G., nascido aos (...).

II. Aduz que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal decorrente de sentença de procedência da representação, pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (artigos 33 "caput" e 35 "caput" ambos da Lei nº 11.343/03), que lhe aplicou medida socioeducativa de internação. Seguiu-se a expedição de mandado de busca e apreensão. Defende que a sentença é nula, por ter sido proferida pela MM. Juíza de Direito Roberta de Oliveira Ferreira Lima, cuja suspeição foi declarada no incidente nº (...) (fls. 18/26).

Aduz que o MM. Juiz Substituto Leonardo Labriola Ferreira Menino, posteriormente, anulou a sentença anterior e manteve o ato em sua integralidade, nos mesmos termos em que havia sido proferida, alterando tão somente a data, e nela lançou sua assinatura digital. Assim, diante das ilegalidades que aponta, pretende que a sentença seja rescindida, realizando-se nova instrução. Afirma, ademais, que o paciente é primário.

Pede, em liminar, a rescisão da sentença assinada pelo MM. Juiz Substituto que atuou no caso, com a revogação do mandado de busca e apreensão, para que o paciente aguarde em liberdade a nova instrução. No mérito, requer a concessão da ordem (fls. 01/13).

III. Após conclusão dos autos, a liminar foi deferida para suspender os efeitos da sentença proferida pelo MM. Juiz Leonardo Labriola Ferreira Menino, ordenando-se a imediata liberação dos adolescentes representados e a posterior suspensão do andamento processual (fls. 37/46).

IV. O MM. Juiz Substituto Leonardo Labriola Ferreira Menino prestou informações às fls. 49/55, bem como a MM. Juíza Roberta de Oliveira Ferreira Lima assim o fez às fls. 57/58.

Acesso ao Sumário

V. A Procuradoria Geral de Justiça deixou de apresentar manifestação de mérito (fls. 60/61).

VI. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A ordem deve ser concedida.

Verifica-se dos autos de origem que após a instrução presidida pelo MM. Juiz Leonardo Labriola Ferreira Menino, foi proferida sentença de procedência da representação pela prática de atos infracionais equiparados aos crimes de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (artigos 33 "caput" e 35 "caput" ambos da Lei nº 11.343/06), que aplicou ao paciente e aos demais adolescentes

R.F.A. e T.B.S. a medida de internação, com expedição de mandado de busca e apreensão (fls. 01/09 dos autos de origem 'aba' peças sigilosas e fls. 18/26 dos autos).

Referida sentença foi lançada aos autos digitais no dia 27/08/2021, assinada digitalmente pela MM. Juíza Roberta de Oliveira Ferreira Lima e liberada nos autos em 01/09/2021.

Em razão da expedição de mandado de busca e apreensão, o paciente C.G.T.G. e os demais adolescentes (R.F.A. e T.B.S.) foram apreendidos.

Todavia, a magistrada Roberta de Oliveira Ferreira Lima deixou de presidir a ação infracional nº (...) após esta C. Câmara Especial acolher o incidente de suspeição contra ela interposto (IS nº (...)), conforme respeitável acórdão proferido em 22/03/2021 e publicado do DJe em 22/03/2021 (fls. 337/350 dos autos de origem), que assim dispôs:

> *"INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO* – Ação para *aplicação de medida socioeducativa – Alegação de conduta inadequada da juíza em relação às partes e representantes e antecipação do resultado desfavorável aos jovens – A despeito da incipiência da fase instrutória, a postura da juíza denotou prejulgamento dos adolescentes, conduta depreciativa a indicar inobservância de imparcialidade e isenção esperadas do julgador na realização dos atos processuais – Audiência conduzida com desnecessária animosidade por parte da magistrada, o que não se coaduna com a retidão inerente à atuação dos membros do Poder Judiciário – Aplicação, por analogia, do art. 254, IV, do CPP – A sentença não seria recebida com a devida isenção, sendo recomendável a substituição para preservar a imagem de independência do Poder Judiciário além da própria magistrada – Suspeição configurada – Incidente acolhido."*

E ainda, reiterando o descumprimento da decisão da Colenda Câmara Especial, foi a magistrada Roberta de Oliveira Ferreira Lima quem subscreveu, aos 29 de setembro de 2021, as ordens de busca e apreensão expedidas após a segunda sentença subscrita pelo MM. Juiz Substituto Leonardo L. F. Menino, tal como se constata dos mandados (fls. 556/558 do processo de origem).

Registre-se que em face do afastamento da juíza Roberta de Oliveira Ferreira Lima, o processo passou então a ser presidido pelo MM. Juiz substituto Leonardo Labriola Ferreira Menino (fl. 351 dos autos de origem).

Da análise do processo de origem se constata decisão por ele proferida aos 21/09/2021 à fl. 513, com o seguinte teor:

> "Considerando que, por um equívoco do Sistema SAJ, não houve a assinatura da sentença proferida às fls. 442/450 por este magistrado, torno-a nula, anulando-se todos os atos proferidos posteriormente. Expeça-se o necessário para a liberação dos adolescentes. Ciência às partes. Comunique-se a Fundação Casa imediatamente para as providências cabíveis. Após, tornem conclusos. SERVIRÁ A PRESENTE DECISÃO, POR

Acesso ao Sumário

CÓPIA DIGITADA, COMO OFÍCIO. Anote-se. Avaré, 21 de setembro de 2021."

Diante dos termos da decisão acima, os adolescentes representados, que estavam internados na Fundação Casa, foram colocados em liberdade (fls. 532, 536 e 538).

Pontua-se que os adolescentes ficaram custodiados em decorrência da sentença assinada pela MM. Juíza Roberta de Oliveira Ferreira Lima, mesmo após ter sido afastada da ação infracional em questão.

De acordo com as informações prestadas às fl. 52, os jovens foram apreendidos em 20 de setembro de 2021 (fls. 460/466 dos autos de origem). Noticiou o Dr. Leonardo Labriola Ferreira Menino que aos 21 de setembro seguinte, após constatar que não havia subscrito a sentença, viu por bem proferir decisão anulando a sentença e os atos posteriores, bem como determinou a imediata liberação dos adolescentes (fl. 53).

Na sequência, aos 28 de setembro de 2021 foi proferida nova sentença pelo Juiz Leonardo Labriola Ferreira Menino e, na mesma data, liberada nos autos (fls. 542/550 dos autos de origem).

Contudo, em que pesem as informações prestadas nesta sede, a nulidade não foi sanada, porque esta segunda sentença teve idêntico teor à proferida pela Juíza Roberta de Oliveira Ferreira Lima, e, em decorrência, há fundada dúvida acerca de qual magistrado efetivamente elaborou e proferiu a sentença, o que é inadmissível, dado que o ato é nulo quando proferida por juiz suspeito (artigo 564, inciso I do CPP).

Confrontadas as duas sentenças, evidencia-se que houve somente alteração da assinatura digital lançada e em data posterior (28/09/2021), mas com idêntico teor.

A justificativa apresentada na decisão de fl. 513 não se sustenta, porque a assinatura de documento constante de autos digitais pressupõe sua integral confecção e leitura pelo juiz, razão pela qual era de se esperar cautela por parte da magistrada afastada, deixando de proferir qualquer decisão nos autos após 06 de novembro de 2020, quando concedida a liminar no incidente de suspeição já referido.

As informações prestadas pelos magistrados nos autos do presente *Habeas Corpus* atestam que o fato decorreu de equívoco, porque apesar da designação do Dr. Leonardo para presidir a ação infracional, o processo continua no fluxo digital da vara cuja titularidade é atribuída à Dra. Roberta.

A magistrada pontuou que *"Ressalto que foi um equívoco da minha parte, considerando o grande volume de trabalho, bem como o fato de que o Processo em questão, mesmo redistribuído ao Juiz Substituto Legal, permanece no fluxo digital desta 2ª Vara Criminal. Reforço que na data, a sentença foi pré-minuta-*

da pelo assistente do Dr. Leonardo, e finalizada, estando na fila "aguardando assinatura do magistrado", "Quando acabam todas as audiências, eu assino os termos de audiência e só então assino as sentenças referentes às audiências, na fila de "aguardando assinatura de Magistrado". Por tal motivo assinei sem querer a sentença do referido processo, que estavam juntas com as que eu tinha finalizado. Não me atendei ao usuário da criação da sentença." E acrescenta *"Por equívoco também outros documentos (mandados), porque estavam finalizados no fluxo da 2ª Vara"* (fls. 57/58).

Dr. Leonardo, por sua vez, destacou que apesar da transferência de processos entre magistrados os autos permanecem no fluxo de processos de apuração de ato infracional e ainda *"Vale também mencionar que o teor das sentenças proferidas aos 27 de agosto de 2021 e 28 de setembro de 2021, é o mesmo, porque ambas foram elaboradas por este Magistrado, restando nítido que houve equívoco no momento da assinatura pelo fluxo digital. No mesmo sentido, os mandados expedidos às fls. 556/558"* (fls. 49/55).

Assim, legítimo concluir que a magistrada, ao assinar as sentenças que estavam na fila "aguardando assinatura do Magistrado", não utilizou a ferramenta disponibilizada no sistema SAJ para filtrar somente os processos alocados para ela.

Diante do tumultuado cenário que se estabeleceu na tramitação da ação infracional em referência, verifica-se a presença de constrangimento ilegal causado ao paciente e aos demais adolescentes representados, dado que foram apreendidos e permaneceram internados após sentença que é nula por expressa disposição legal (artigo 564, inciso I do C.P.P.).

Além disto, situações reprováveis como esta geram insegurança ao jurisdicionado e colocam em dúvida toda a segurança do sistema judicial, maculando sua imagem.

Daí o porquê, concede-se a ordem, para anular a sentença assinada pela MM. Juiz substituto Leonardo Labriola Ferreira Menino, bem como os atos subsequentes.

Acesso ao Sumário

Incidentes de Suspeição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Suspeição Cível nº 0037219-18.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é excipiente KAUE MATOS SEQUEIRA, é excepto RODRIGO TELIINI DE AGUIRRE

CAMARGO (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram o incidente. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de dezembro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO. Ação de manutenção de posse. Não configuração das hipóteses previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil. Prolação de decisões judiciais fundamentadas e legais, que podem desagradar aos interesses particulares do excipiente, sem tornar o Magistrado suspeito, e devem ser desafiadas pelas vias recursais apropriadas. Incidência da Súmula nº 88 deste E. Tribunal de Justiça. Incidente de suspeição rejeitado.

VOTO

Cuida-se de incidente de suspeição oposto por **KAUE MATOS SEQUEIRA** contra o **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE GUARULHOS**, com fundamento no artigo 145, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Alegou que o Magistrado é suspeito e está impedido de julgar o feito, nos termos do artigo 145, IV, do Código de Processo Civil, pois o atua de forma interessada em favor do ente público requerido na ação principal, praticando atos que denotam a perda da imparcialidade, especialmente na decisão que determinou a emenda da inicial, bem como na decisão que determinou a complementação da prova de exercício da posse pelo autor, e na decisão que anulou a concessão da medida liminar, em face da omissão de realização da audiência de justificação prévia. Argumentou que o Magistrado denota interesse na solução da demanda por apreciar os pedidos do autor à luz dos interesses do ente público que integra o polo passivo, adotando posturas tendenciosas. Pleiteou o acolhimento do incidente, para que seja reconhecida a suspeição do Magistrado, remetendo-se os autos ao substituto legal, bem como o reconhecimento da nulidade da decisão interlocutória que determinou a realização da audiência de

Acesso ao Sumário

justificação prévia.

Sem apresentação de informações, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição do incidente (fls. 10/13).

É o relatório.

O incidente de suspeição deve ser rejeitado.

Verifica-se que o excipiente **KAUE MATOS SEQUEIRA** ajuizou ação de manutenção de posse contra o Município de Guarulhos, requerendo expressamente, na petição inicial, a designação de audiência prévia e concessão da medida liminar de manutenção da posse. Consta que, nada obstante, o excepto determinou ao excipiente que realizasse duas emendas à inicial, o que foi feito, esperando o requerente que, em seguida, fosse designada a referida audiência. No entanto, afirmou que o Magistrado determinou a citação da municipalidade.

Após, proferiu ainda outro despacho, determinando a intimação das partes para delinearem as questões de fato e de direito que entendessem pertinentes ao julgamento da lide, bem como para que especificassem as provas que pretendessem produzir, sem designar a audiência. Deste despacho, a municipalidade opôs embargos de declaração, que não foram recebidos, por serem incabíveis na hipótese, e, ainda, o Magistrado declarou sem efeito o despacho supramencionado, deferindo a medida liminar, para determinar que o Município de Guarulhos não praticasse qualquer ato de ameaça, turbação ou esbulho à posse do autor.

Após manifestação da municipalidade, consta que o Magistrado anulou a decisão que concedeu a medida liminar, vez que concedida sem a realização de audiência prévia, que foi, então, designada para o dia 13 de outubro de 2021. O excipiente alega que esta decisão que anulou a concessão da medida liminar o prejudica e que não deveria ter sido proferida, ante o princípio da instrumentalidade das formas que deve reger o processo civil, uma vez, embora não realizada a audiência, não configuraria qualquer prejuízo às partes. Argumentou, ainda, que a nulidade decorrente da ausência do Ministério Público no feito ainda não foi sanada pelo Magistrado.

Nos termos do artigo 145 do Código de Processo Civil, *"há suspeição do juiz: I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes"*.

No caso concreto, **não** está configurada qualquer hipótese prevista em lei. O que restou evidenciado é que o Magistrado excepto proferiu decisões contrárias aos interesses do excipiente, no exercício da atividade jurisdicional, o

Acesso ao Sumário

que não significa, por si só, que seja parcial ou tenha interesse em prejudicá-lo.

Em verdade, verifica-se que o excipiente demonstra mero inconformismo com o conteúdo das r. decisões. No entanto, conforme Súmula nº 88 deste E. Tribunal de Justiça, *"reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa"*.

Nesse sentido há diversos precedentes desta Colenda Câmara Especial:

"INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL COMUM. PARCIALIDADE E PREJULGAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Indeferimento da concessão das benesses da gratuidade processual e da tutela antecipada. Decisões judiciais suficientemente fundamentadas. Excessiva litigiosidade entre as partes que prejudica o regular andamento do feito. Alegações genéricas desprovidas de qualquer sustentáculo probatório. Hipóteses insculpidas no artigo 145 do CPC que são de natureza subjetiva. Presunção relativa de parcialidade do magistrado que demanda prova inequívoca, não produzida pela excipiente. Decisões de cunho jurisdicional desfavoráveis aos interesses da virago que não maculam a parcialidade do julgador e devem ser desafiadas pelas vias recursais apropriadas. Súmula nº 88 do TJSP. Exceção rejeitada.";[1]

"Incidente de suspeição. Alegação de violação ao artigo 145 do Código de Processo Civil, em ofensa à regra da imparcialidade do juiz natural. Não configuração. Descabimento do incidente, que não se subsume a qualquer das hipóteses taxativas do art. 145 do CPC. Inconformismo com atos jurisdicionais passíveis de recurso. Aplicação da Súmula 88 deste E. Tribunal. Incidente rejeitado."[2];

"Incidente de Suspeição – Autos de Cumprimento de sentença de obrigação de prestação de alimentos – Incidente de suspeição calcada na assertiva de interesse do magistrado na solução da causa – Inocorrência das hipóteses previstas no artigo 145, e seguintes, do Código de Processo Civil – Ausência de provas da alegada parcialidade do Magistrado – Eventual prolação de decisão contrária ao excipiente não implica parcialidade – Precedente – Incidente rejeitado."[3]

Ademais, eventuais discordâncias com as decisões judiciais devem ser manifestadas pelas vias adequadas, em busca da reforma, e não por meio de

Acesso ao Sumário

1 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Incidente de Suspeição Cível nº 0025961-45.2020.8.26.0000. Comarca: Jaboticabal. Relatora: Exma. Daniela Maria Cilento. Data de julgamento: 05/02/2021.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Incidente de Suspeição Cível nº 0001526-70.2021.8.26.0000. Comarca: Diadema. Relator: Des. Guilherme G. Strenger. Data de julgamento: 03/03/2021.

3 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial. Incidente de Suspeição Cível nº 0039406-33.2020.8.26.0000. Comarca: Marília. Relator: Des. Xavier de Aquino (Decano). Data de julgamento: 08/04/2021.

incidente de suspeição, para obter a anulação das decisões e a substituição do Magistrado, em flagrante afronta ao princípio do juiz natural.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito o incidente.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1000416-95.2015.8.26.0269/50001, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada ALVACI CARDOSO MARIANI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao Agravo Interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.518)**

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, 3 de novembro 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). Foro competente. Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio (tema 480). 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 e expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito. Incidência (tema 887). Decisão mantida. Recurso desprovido.

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 1.243.887/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) incompetência do foro do domicílio do poupador para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (b) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (c) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; e (d) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 385/387, com pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

A propósito da legitimidade ativa, julgados os Recursos Especiais nºs

Acesso ao Sumário

1.438.263/SP e 1.362.022/SP sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça 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, a mesma E. Corte determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

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. 375/382.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 280/294) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do D. Juízo de Primeira Instância; (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, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo.

Acesso ao Sumário

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, não cabe a aplicação de multa por litigância de má-fé, uma vez que apenas foi exercido o direito de recorrer, desdobramento natural dos direitos de ação e defesa.

Nesse sentido, confira-se entendimento uniforme no E. Superior Tribunal de Justiça: AgInt no RE no AgInt nos EAREsp 823222/MG, Rel. Min. Vice-Presidente do STJ, DJe de 27.10.2017; AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 897028/RJ, Rel. Min. Vice-Presidente do STJ, DJe de 27.10.2017; EDcl no RE

nos EDcl no AgInt no AREsp 712747/SE, Rel. Min. Vice-Presidente do STJ, DJe de 19.12.2017; e EDcl no RE nos EDcl nos EREsp 1535196/SP, Rel. Min. Vice-Presidente do STJ, DJe de 25.9.2017.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao Agravo Interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0005360-42.2009.8.26.0052/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JÚLIO MARQUES DA LUZ JÚNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.004)**

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, 3 de novembro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO E, NO MAIS, NÃO O ADMITIU. RECURSO INCABÍVEL. ARTIGO 1.042 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Contra a parte da decisão que não admite o recurso extraordinário em razão da existência de óbices processuais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil. Erro grosseiro. Não aplicação do princípio da fungibilidade. Não conhecimento.

Acesso ao Sumário

2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

3. Agravo interno conhecido em parte, e nessa parte, desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 1.627/1.629), que, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil e, no mais, não o admitiu.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 1.650/1.657).

É o relatório.

Inicialmente, anoto que, contra a parte da decisão que não admitiu o recurso extraordinário em razão da existência de óbices processuais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, observado o posicionamento adotado pelas Cortes Superiores ao enfrentarem a questão, inaplicável o princípio da fungibilidade recursal quando ocorrer erro grosseiro no recurso manejado. Nesse sentido: *"(...) É descabida a interposição de agravo interno contra a decisão monocrática proferida na origem, que deixa de admitir o apelo nobre apresentado, bem como o seu recebimento como agravo em recurso especial, ante a inadmissibilidade da incidência do princípio da fungibilidade recursal quando constatada a ocorrência de erro inescusável (...)."*[1] e *"(...) O princípio da fungibilidade recursal aplica-se quando um recurso inadequado pode ser recebido como aquele legalmente previsto, pois há controvérsia, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso próprio para impugnar a decisão judicial e o comportamento processual do recorrente não configure erro grosseiro ou má-fé (...)."*[2].

Assim, nesse ponto, não conheço do reclamo apresentado.

No mais, conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

1 AgRg nos EDcl no AREsp 1355749/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019.

2 Pet 7351, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 14/11/2017 PUBLIC 16/11/2017.

Negou-se, seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 1.627/1.629, ora atacada.

A Defesa do agravante aludiu (fls. 1.593/1.601) que:

[...]

II.VI – NORMAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS

– ARTIGO 5º, INCISO XXXVIII, "A";

– ARTIGO 5º, INCISO LIV;

III. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO RECURSO

A fim de permitir a exata compreensão da controvérsia, passamos a analisar as violações à norma constitucional.

Primeiramente, a plenitude de defesa do art. 5º, XXXVIII, "a" da CF/88 foi frontalmente violada, pelo cerceamento da defesa.

[...]

In casu, *durante o devido usufruto de seu tempo de debates em julgamento, previsto no art. 477 do CPP, o defensor foi ofendido pessoalmente, de modo a desqualificar a defesa, sendo chamado de "sem vergonha" e "mentiroso contumaz", enquanto realizada a leitura de depoimento de uma das testemunhas, que indicava a relação da viúva de uma das vítimas com a criminalidade. Constou da ata de julgamento.*

É de se salientar que esta mulher foi *retirada do plenário, enquanto assistia a sessão, após lançar* flash *em descarada tentativa de intimidar os jurados e a defesa, através do registro fotográfico.*

O Policial Militar que realizava a segurança, conforme consta da ata de julgamento, solicitou que a mulher desbloqueasse o telefone e visualizou que o aparelho desbloqueou no aplicativo da câmera fotográfica, sendo

Acesso ao Sumário

assertiva, portanto, a arguição da defesa.

Logo, nada havia que interferir o Ministério Público, configurando excesso de linguagem e abuso injustificado em sua fala, de modo a eivar a defesa, que deve ser plena em julgamento, por mandamento constitucional.

Assim, é que a inércia do MM. Juiz Presidente face à intervenção, bem como a intervenção ministerial por si só, violaram a plenitude de defesa. Advertisse o Ministério Público, a sua fala poderia não ter gerado efeito negativo sobre a defesa, que, repetimos, deve ser plena, e poderia não ter causado o imenso prejuízo da condenação.

É certo que, se tratando de *autoridade, sem nada fazer para impedir tal abuso, de cunho pessoal ao defensor, os jurados irão ser influenciados pelo impedimento ao exercício da defesa pela violação legal, que já havia tentado ser intimidada pela atitude da viúva.*

Assim, deve esta Suprema Corte se manifestar no sentido de elucidar se xingamento pessoal configura violação à plenitude da defesa.

Ademais, o devido processo legal foi violado.

Ora, Excelências, é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, delegou ao Código de Processo Penal as regras do jogo, sendo que, a inobservância da norma gera, obrigatória e cumulativamente, uma ofensa constitucional frontal. Pois bem.

Assim, é prevista a realização de novo júri no art. 593, III, "d" do CPP quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, como em tela.

Com efeito, a tese acusatória se pauta em um único depoimento, o de Marcelo, que, por ter sido acolhida a imputação, foi a razão de decidir dos eméritos jurados.

Ocorre que as declarações de Américo (fl. 625) atestam a intenção de Marcelo e da viúva de André de incriminar o ora recorrente, esclarecendo que fora pressionado, a todo momento, a prover falso testemunho incriminador.

[...]

Mesmo assim, seu depoimento foi utilizado pelos Nobres Jurados, que é manifestamente contrário às provas dos autos.

No mais, é absolutamente inverossímil sua palavra. Não só a prova testemunhal infirma suas declarações, como a técnica também.

Primeiro, consigne a apreensão à fl. 08 de um simulacro de arma de fogo.

O suposto disparo a queima roupa não foi constatado pelo exame pericial de fls. 75/77.

Acesso ao Sumário

Eis que teria corrido, acompanhado de André (vítima baleada e falecida), por aproximadamente 300 metros (fl. 240).

[...]

O laudo necroscópico atesta que recebeu, pelo menos, 4 disparos.

Assim, jamais poderia percorrer a distância que Marcelo alega terem percorrido.

Por fim, as "evidentes características de execução" por ter sido alvejado "de cima para baixo", apontadas pelo V. Acórdão não prosperam.

Com efeito, basta que o indivíduo alvejado projete o seu corpo para alguma direção e, sendo transfixado por projétil, ao retornar a posição inicial quando do exame necroscópico (retilínea), na mesa de teste, poderá se evidenciar uma trajetória diagonal.

Isto é basilar em medicina forense e balística.

Toda esta invasão do quadro fático, Excelências, se deu tão somente para evidenciar a probabilidade, ou não, da violação de uma questão de direito.

Em verdade, pugna, este recorrente, que o C. STF decida se o veredito deve ser soberano quando adota um único testemunho como razão de decidir, mesmo absolutamente contrário ao restante do conjunto probatório, destacando as palavras das testemunhas que o contradizem e, sobretudo, a prova técnica em vista do poder de parada do armamento, bem como se isto viola o devido processo legal.

Assim, resta com uma clareza solar que a decisão combatida contrariou a Constituição Federal. Passamos a requerer.

IV. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se o PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, para que sejam reconhecidas as incontestes violações às normas constitucionais e anulado o V. Acórdão vergastado.

[...]

O agravo interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas. Não é, contudo, o que se verifica no presente caso.

No que concerne ao Tema 660, verifico que o STF, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, tendo aquele Sodalício entendido que não há repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Acesso ao Sumário

Portanto, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso para, nesse ponto, negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0042468-05.2009.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Oreon Broadcast Comercial Ltda. e agravado Estado de São Paulo.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.686)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que nega seguimento ao recurso especial.

– A questão relativa à higidez do aproveitamento de crédito de ICMS, realizado pelo adquirente de boa-fé, no pertinente às operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais (emitidas pela empresa vendedora) tenham sido, posteriormente, declaradas inidôneas à luz do disposto no artigo 23, da Lei Complementar n. 97/96 é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.148.444/MG – TEMA 272.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.021 do

Código de Processo Civil (fls. 1181/1184) contra decisão que em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso especial pela identidade da matéria decidida no acórdão, à luz da orientação firmada no rito dos recursos repetitivos Resp. nº 1.148.444/MG, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou a agravante, em síntese, equivocada aplicação do paradigma. Diz que demonstrou a regularidade da operação comercial, caracterizando a boa-fé, e a regularidade do creditamento do ICMS. Entende que não houve valoração adequada da prova produzida nos autos.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, proferiu-se parcela da decisão agravada de seguinte teor:

> *No que diz respeito à questão referente a ICMS – Aproveitamento – Boa-fé – Inidoneidade, no julgamento do REsp* nº 1.148.444/MG, Tema 272 do STJ, de 14/04/2010, publicada no *DJe de 27/04/2010, o Col. Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese:*
>
> *O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação.*

Nada a modificar na decisão hostilizada, haja vista que a matéria alusiva à higidez do aproveitamento de crédito de ICMS, realizado pelo adquirente de boa-fé, no pertinente às operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais (emitidas pela empresa vendedora) tenham sido, posteriormente, declaradas inidôneas é em tudo assemelhada à examinada pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça ao tempo do julgamento do Resp. n. 1.148.444/MG, sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

> *1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação. 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável*

Acesso ao Sumário

e da efetividade, natureza extensão dos efeitos do ato.

A propósito, veja-se trecho do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstra a subsunção da matéria em análise ao tema indicado pelo Col. STJ, *verbis*:

Embora a declaração de inidoneidade não goze de efeitos constitutivos, é de se ressaltar que, "in casu", a autora entabulou avenças com a empresa "STAR SYSTEM COMERCIAL LTDA", pela Administração Tributária descoberta como de situação irregular. Até a descoberta e consequente declaração de irregularidade da referida empresa, as operações com ela entabuladas, bem como eventual emissão de notas fiscais pela empresa contratante, podem ser consideradas hígidas, desde que haja demonstração de sua realização.

No caso dos autos, entretanto, os documentos colacionados afiguram-se como insuficientes para demonstrar ter havido, de fato, a realização das operações entre a autora e a empresa declarada irregular. Verifica-se a juntada de consultas ao SINTEGRA (fls. 122/136), de notas fiscais emitidas pela autora (fls. 144/248), de notas fiscais emitidas pela "STAR SYSTEM COMERCIAL LTDA" e cheques (fls. 250/375), registros de entradas da autora em 2003 e 2004 (fls. 377/394 e 396/403), bem como registros de saídas da autora em 2003, 2004, 2005, janeiro a julho de 2006 e 2007 (fls. 405/426, 428/453, 455/474, 476/481 e 483). Tais documentos, apenas, não demonstram a efetiva realização de operação comercial entre as empresas.

Para a análise dos documentos acostados, houve produção de laudo pericial às fls. 649/703, no bojo do qual se constatou que: "De acordo com os documentos juntados aos autos e com os documentos obtidos em diligência, substanciado no Ponto Saneador proferido, este Auxiliar do D. Juízo, vem apresentar as suas considerações, como segue: – Após análise dos autos e dos documentos contábeis e paracontábeis, foi constatada as operações da Empresa ora Requerente: Oreon Broadcast Comercial Ltda., com a empresa fornecedora de mercadorias Star System Comercial Ltda. Verificamos que as operações ocorreram entre o período de janeiro de 2003 a março de 2004, e encontram-se registradas nos Livro de Registro de Entradas da Requerente Oreon Broadcast Comercial Ltda., cujas datas de entrada são de 27/01/2003 a 10/03/2004. Verificamos também, que o FISCO Requerido Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em 04/10/2006, declarou a empresa Star System Comercial Ltda., como inidônea desde 15/10/2002, tendo sido constatada a emissão de documentos a ela atribuídos após essa data. Deste modo o FISCO Requerido Fazenda Pública do Estado de São Paulo, lavrou o Auto de Infração e Imposição de Multa AIIM de nº 3.056.838-9, contra a Empresa Requerente Oreon Broadcast Comercial Ltda., por creditar-se indevidamente do imposto ICMS, relativamente a entrada de mercadorias no estabelecimento, oriundas da empresa fornecedora Star System

Acesso ao Sumário

Comercial Ltda. Constatamos através dos documentos (Notas Fiscais), que as mercadorias foram recebidas (entrada) pela empresa Requerente Oreon Broadcast Comercial Ltda., que creditou-se do ICMS, vide Anexo V Notas Fiscais de Entrada que Utilizaram Crédito do ICMS, deste Laudo Pericial, emitidas pela empresa fornecedora Star System Comercial Ltda., que na época era empresa idônea, conforme SINTEGRA/ICMS, onde apresentava as seguintes informações complementares (...) Contatamos ainda, e identificamos através dos documentos, que a Empresa Requerente Oreon Broadcast Comercial Ltda., realizou os pagamentos referente as aquisições / Notas Fiscais, junto a Empresa fornecedora Star System Comercial Ltda., conforme demonstramos no Anexo IV deste Laudo Pericial. Obs.: Não foram localizados os pagamentos referentes as Notas Fiscais 1133, 1349 e 1272" (fls. 678/679).

Assim, concluiu-se que "Apuramos a legitimidade das operações em consonância com os registros das Notas Fiscais de entradas fls. 377/403, dos autos e também demonstradas vide Anexo II MERCADORIAS ADQUIRIDAS DA EMPRESA STAR SYSTEM COML. LTDA., onde foram identificados os pagamentos realizados vide Anexo IV COMPROVANTE DE PAGAMENTOS, deste Laudo Pericial" (fl. 681).

Entretanto, é válido relembrar que o juízo não está adstrito às conclusões hauridas em laudo pericial, porquanto tal sujeição automática tornaria toda e qualquer outra documentação dos autos inservível, bem como minimizaria o papel do próprio julgador. Não é por outra razão que o art. 479 do NCPC determina que "Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito" (grifos meus).

Tal disposição está de acordo com o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que orbita em torno da função de apreciação das provas constantes dos autos e preconiza que o julgador deverá levar em consideração todos os elementos de prova constantes dos autos para prolatar sua decisão, de maneira motivada e fundamentada. É o que determina o art. 371 do NCPC: "Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento". Dessa forma, afasta-se dos extremos em que uma prova valha mais do que a outra tão somente em virtude de sua origem (sistema tarifado de prova) ou em que a análise da prova dependa tão somente do íntimo do julgador (sistema da íntima convicção).

Nesse sentido, consigne-se que, de modo contrário ao quanto exposto no laudo pericial, a mera juntada de consultas ao SINTEGRA em nome da empresa declarada irregular (fls. 122/136) não enseja a conclusão de que a autora tenha exaurido todas as diligências necessárias para atestar a regularidade da "STAR SYSTEM COMERCIAL LTDA". A uma, porque à época das referidas consultas, diante da própria inexistência

Acesso ao Sumário

de constatação da Administração Tributária por sua irregularidade, não haveria razão para que constasse qualquer tipo de anotação em seu cadastro junto à Administração nesse sentido; a duas, porque, conforme advertido nos próprios documentos de consulta, "Os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com eles ajustadas". Assim, diante das circunstâncias apresentadas, tais esforços, por si, não se mostram como suficientes para demonstrar a boa-fé da autora, muito menos que tenha agido de modo bastante para verificar a situação da empresa declarada irregular.

Ademais, conforme asseverado pelo TIT, "17) Com relação à alegação de que o suposto emitente se encontrava em situação regular perante o fisco estadual, de acordo com Consulta Pública Sintegra ICMS, frise-se que a pesquisa juntada trata do estabelecimento no endereço da Rua Minas Gerais, ao passo que consta nas notas fiscais do presente auto de infração o endereço da Avenida Paulista" (fl. 114). Nessa toada, todas as consultas apontam, no campo do endereço da empresa "STAR SYSTEM COMERCIAL LTDA", o logradouro Rua Minas Gerais, nº 06, complemento sala 23, contudo, algumas das notas fiscais juntadas aos autos dão conta de que a referida empresa situava-se, alegadamente, em outro endereço, conforme atestado no próprio laudo: "Salvo melhor entendimento deste Auxiliar do D. Juízo, pudemos verificar que as Notas Fiscais de nº 126, 128, 129, 179, 180, 199, 215, 219, 123, 400, 457, 466, 491, 493, 868 e 889 possuem como endereço: AVENIDA PAULISTA, 2006, 5º ANDAR CJ. 506 BELA VISTA CEP 01310-200 SÃO PAULO SP. Constatamos também que as Notas fiscais de nº 1010, 1090, 1133, 1349 e 1272, possuem um carimbo com novo endereço: RUA MINAS GERAIS, 06 SL. 23 CEP 01244-011 SÃO PAULO SP" (fl. 669).

Ainda no que toca aos endereços singularizados, indicando a simulação de existência/estabelecimento da "STAR SYSTEM COMERCIAL LTDA", colaciona-se os apontamentos feitos pela Administração Tributária em suas diligências: ("7– DADOS DA IMOBILIÁRIA"), no que toca ao endereço da Rua Minas Gerais, "(...) o estabelecimento nunca funcionou no local apenas tinha uma linha telefônica e o aluguel era pago banco mediante boleto retirado por moto boy" e no que toca ao endereço da Avenida Paulista, "(...) o imóvel nunca esteve locado para a Star System Comercial Ltda." (fl. 60).

Ademais, é de se notar que os cheques através dos quais se alega ter havido o pagamento das operações foram endossados. Conforme consignado em decisão liminar, "(...) não é possível concluir que a negociação (compra de mercadorias) ocorreu, de fato, com o suposto emitente dos cheques, vez que tais títulos foram objeto de endosso e depositados em contas de terceiros" (fl. 491). Ainda, nas palavras exaradas em deci-

Acesso ao Sumário

são do TIT desfavorável à autora: "22) Sobre as provas de pagamento, as quais demonstrariam a efetividade das operações, destaque-se que parte delas é inservível para os fins perseguidos por envolver documentos de confecção unilateral, representados por controles internos de pagamentos e duplicatas em carteira. 23) Outra parte envolve pagamentos pela via bancária e está representada por cheques nominais. Além disto foram trazidas notas fiscais de vendas efetuadas pelo recorrente, as quais demonstrariam a comercialização das mercadorias adquiridas da Star System. (...) 24) No que concerne às provas de pagamento pela via bancária, observe-se que todos os cheques foram objeto de endosso e depositados em contas de terceiros, o que não permite a demonstração cabal, tal como exigido nos casos da espécie, de que as operações se deram com o suposto emitente. Como exemplo, cito os cheques de fls. 165, 166 e 172m os quais foram depositados em contas correntes diversas: a) Miratur Ad. De Viagem, 0169-114807, b) 3136-0-6837-9 e c) 053.61982-0" (fls. 115/116).

No mais, aponta-se que as notas fiscais acostadas pela autora às fls. 144/248, de sua emissão, não dão conta da entrada das mercadorias. Com efeito, no campo destinado ao "Transportador/Volumes transportados", a maioria das notas fiscais apresenta informação de que haverá "transporte próprio" ou que o "cliente retira", ou transporte pelo Correio, sem adição de quaisquer outras informações e detalhes, dificultando a individualização e constatação do efetivo transporte e entrada das mercadorias e da ocorrência das operações. O mesmo ocorre com as notas fiscais encartadas às fls. 250/375, emitidas pela "STAR SYSTEM COMERCIAL LTDA".

Nesse sentido, ainda, assevera o perito, que à indagação "Pede-se à Pericia Judicial confirmar a entrada efetiva dos referidos produtos no estabelecimento do autos, através de registros auxiliares de movimentação permanente do estoque, avaliando a confiabilidade de suas informações através de confronto de documentos.?", respondeu "A resposta ao indagado fica prejudicada em função de não constar nos autos registros auxiliares de movimentação permanente do estoque, somente constam as Notas Fiscais emitidas pela empresa fornecedora, bem como o seu registro de entrada na Empresa Requerente Oreon Broadcast Comercial Ltda. (...)" (fl. 675).

Por fim, é de se destacar que os livros de registro de entrada e saída juntados pela autora às fls. 377/394, 396/403, 405/426, 428/453, 455/474, 476/481 e 483 são de confecção unilateral, fato o qual, em união com o quanto já exposto, fragiliza a possibilidade de constatação da ocorrência real das operações mercantis.

A declaração de irregularidade da empresa "STAR SYSTEM COMERCIAL LTDA" deve projetar efeitos exclusivamente prospectivos, não alvejando, por conseguinte, as operações efetivas e eventuais documentações fiscais a ela anteriores. No caso dos autos, todavia, a apelada não

Acesso ao Sumário

coligiu documentação que indicasse a existência das referidas operações mercantis. Deste modo, não comprovando a efetiva realização da transação, concebe-se a possibilidade de que o contribuinte suporte a tributação e as respectivas penalidades.

Tendo em vista que não houve demonstração de existência das operações, há que se reconhecer a validade do AIIM objeto dos autos, porquanto regularmente lavrado em desfavor da autora, em função dos motivos já narrados.

Neste sentido, arrematando, tem-se decidido pela anulação de autos de infração atinentes a operações ocorridas anteriormente à declaração de inidoneidade tão somente quando a efetivação destas for concretamente demonstrada, conforme arrestos desta Egrégia Câmara:

(...)

É esse, ademais, neste sentido o entendimento cristalizado pelo *Colendo Superior Tribunal de Justiça STJ, quando do julgamento, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, do REsp* nº 1148444/MG:

(...)

A corroborar tal orientação, tem-se a Súmula nº 509 do STJ, a qual preconiza: "É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda" (grifo meu).

Assim sendo, a demonstração da veracidade da operação representa pressuposto para se aventar a possibilidade de anulação da exação tributária. Desse ônus, contudo, não se desincumbiu a autora.

(...)

A sentença, portanto, merece ser reformada, a fim de que se reconheça a improcedência de todos os pedidos da autora.

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência de recurso contra parcela da decisão que inadmitiu o recurso especial, cuja competência para apreciação é do Eg. Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

2175495-05.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A (SUCESSOR DE BANCO NOSSA CAIXA S/A), é agravado REINALDO BESERRA DOS REIS (JUSTIÇA GRATUITA).

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 46.556)**

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, 22 de novembro 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). Foro competente. Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio (tema 480). 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 e expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito. 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 1.243.887/PR, 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) incompetência do foro do domicílio do poupador para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (b) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; (c) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (d) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (e) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; (f) a necessidade de suspensão do presente reclamo, com fundamento na afetação do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP à sistemática da repercussão geral, sob o tema 1075 do E. Supremo Tribunal Federal; e (g) aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

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, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

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 nº 1.438.263/SP e 1.362.022/SP sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça 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, a mesma E. Corte determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

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. 408/412.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 227/242) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do D. Juízo de Primeira Instância; (b) observância da necessidade de liquidação em razão das peculiaridades do caso concreto; (c) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (d) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (e) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização

Acesso ao Sumário

monetária do débito exequendo.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria E. Corte Superior: *"A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação"* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 10.4.2018).

Outrossim, 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.

De resto, 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.

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 2196262-25.2019.8.26.0000/50001, da Comarca de Sorocaba, em que são agravantes FFE CONSTRUÇÕES INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA. e CONSTRUTORA ALAVANCA LTDA., é agravada INGRID GOMES PINTO (E OUTROS).

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 38.368)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO)

Acesso ao Sumário

e GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

PINHEIRO FRANCO, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo interno. Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário ligado a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral – Artigo 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente ao Tema nº 339 do Supremo Tribunal Federal – *Distinguishing* não demonstrado – Agravo interno não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria e em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, FFE Construções, Incorporações e Participações Ltda. e outra interpuseram agravo interno.

Em síntese, alegam os agravantes que a hipótese não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 339), tendo em vista que ausente a necessária fundamentação no acórdão objeto do recurso.

Sem contraminuta (fls. 20), anota-se manifestação do Ministério Público pelo improvimento do agravo interno (fls. 23/27).

É o relatório.

O agravo interno, previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 33-A, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não merece provimento, por correta a negativa de seguimento ao recurso extraordinário em tela.

Cabe registrar que, para o provimento deste recurso, ao agravante incumbe demonstrar que a específica hipótese retratada nos autos não está em consonância com o paradigma que originou a tese acolhida pela Corte Superior. Em outras palavras, o recorrente deve deixar claro o denominado *distinguishing*, a diferença fundamental entre o caso julgado neste processo e aquele exposto no paradigma. Possível, ainda, ao recorrente, mesmo se delineada alguma similitude com o indicado paradigma, comprovar situação fática específica capaz de prejudicar a aplicação do precedente qualificado.

Acesso ao Sumário

Tais hipóteses, contudo, não foram demonstradas nos autos. Com efeito, *in casu*, o acórdão atacado no mencionado recurso não conheceu da reclamação, destacando-se que houve o adequado enfrentamento da questão central e, como abordado no acórdão proferido em embargos de declaração, toda a matéria objeto do pleito fora analisada, sem ultrapassar limites nem ficar aquém do alegado, com fundamentos expostos de maneira clara e coerente com a solução.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do AI nº 791.292, reconheceu a existência de repercussão geral que ensejou a edição do Tema de nº 339, com a seguinte tese: *"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"*.

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com referida tese e inexiste motivo que autorize diversa conclusão. Em outras palavras, o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico aplicado ao caso paradigma, ausentes argumentos efetivamente novos neste agravo interno, restrito a repisar alegações já afastadas pelo Órgão Especial desta Corte.

Ao fim e ao cabo, diferentemente do que consta da petição de interposição desse recurso, os fundamentos antes expostos bastavam para conduzir ao não-seguimento do recurso extraordinário.

Em suma, ausente demonstração do mencionado *distinguishing*, é plenamente cabível a incidência artigo 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, com a negativa de seguimento ao referido recurso extraordinário.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Criminal nº 0018970-03.2014.8.26.0602/50001, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante DEIVID BRUNO DE OLIVEIRA COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.249)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO (VICE-PRESIDENTE), MAGALHÃES COE-

LHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e DIMAS RUBENS FONSECA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 30 de novembro de 2021.

GUILHERME G. STRENGER, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGA SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OBSERVÂNCIA DO TEMA 339 DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.030, I, "a", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão desta Presidência (fls. 516/517), que, à vista do Tema 339 do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento a recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil e, no mais, não o admitiu.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do recurso ou, no mérito, pelo desprovimento (fls. 535/541).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento a recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência, em recurso extraordinário, de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos ter-

Acesso ao Sumário

mos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a aludida espécie de irresignação, tal como se procedeu na decisão de fls. 516/517.

Senão, vejamos.

O agravante aludiu (fls. 484/492) que:

[...]

Eminentes Ministros, com o devido respeito ao entendimento da Douta Magistrada de piso, exarado em r. sentença condenatória, bem como ao entendimento do Tribunal Bandeirante, entende a defesa restar clara a nulidade do feito, diante da inobservância do disposto nos artigos 5º, inciso XI e artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, explico:

Conforme verifica-se do v. acórdão combatido, não fora reconhecida a ilegalidade da ação policial em razão de, ao ver dos doutos Desembargadores, os policiais terem aguardado a chegada do Recorrente e entrado na residência deste em sua companhia, não se falando em invasão domiciliar.

Ocorre, Ilustres Ministros, que o Recorrente negou ter autorizado os policiais civis a adentrarem em sua residência. Ademais, mesmo que o Recorrente tivesse franqueado a entrada dos policiais civis, tal autorização ocorreu, segundo as próprias testemunhas de acusação relatam, após a abordagem deste, estando sua vontade, com a devida vênia, viciada no momento em que é abordado por policiais civis.

[...]

Assim, estando o v. acórdão combatido baseado nesta suposta autorização do Recorrente para que os policiais entrassem em sua casa (autorização esta negada pelo Recorrente em juízo) e sendo reconhecida a inidoneidade do referido fundamento, entende a defesa estar patente a afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

[...]

Desta feita, resta claro, com a devida vênia, que o v. acórdão combatido, ao afastar a preliminar aventada nas razões do recurso de apelação com motivação inidônea, afrontou o artigo 5º, inciso XI, bem como artigo 93, inciso IX, ambos da Carta Maior.

[...]

Já o v. acórdão de fls. 461/469, registrou que:

[...]

Rejeita-se a matéria preliminar.

Como ressaltado na sentença recorrida, o apelante era alvo de interceptação telefônica, com vista à apuração de roubos e tráfico. Durante a interceptação, os agentes tomaram conhecimento de que o apelante estava

Acesso ao Sumário

envolvido, no roubo em questão, e que as mercadorias estariam, na casa dele. Deslocaram-se ao local e aguardaram a chegada dele. Efetuada a abordagem, na entrada da casa, ingressaram, no imóvel, juntamente com ele. Assim, não há falar em invasão domiciliar.

[...]

E o mencionado julgado está em conformidade com o decidido pelo Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, no sentido de que o acórdão ou a decisão deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Portanto, apesar das ponderações apresentadas pelo recorrente (fls. 527/532), pela detida análise dos autos, ratifico a decisão recorrida, observando, ademais, que não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento deste agravo.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

A Secretaria deverá cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 550/551.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1024307-23.2014.8.26.0224/50001, da Comarca de Guarulhos, sendo agravante Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e agravado JOÃO DE DEUS ARAÚJO.

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 60.045)**

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, 3 de dezembro de 2021.

MAGALHÃES COELHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento a recurso especial.

– A questão referente ao termo inicial do auxílio-acidente decorrente da cessação do auxílio-doença é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos REsp nº 1.729.555 – TEMA 862/STJ.

Manutenção da decisão.

VOTO

Trata-se de agravo interposto com fundamento nos artigos 1.021 e 1.030, § 2º do Código de Processo Civil (fls. 01/09) contra decisão que negou seguimento (CPC, art. 1.040, I) ao recurso especial por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Corte Superior nos autos do REsp nº 1.729.555, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou o agravante, em síntese, que os autos devem permanecer sobrestados, pois não teria ocorrido o trânsito em julgado em virtude de interposição de embargos de declaração pendentes de julgamento, motivo pelo qual o Tema 862 não deveria ter sido aplicado.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Inicialmente, observo que os embargos de declaração referidos pelo recorrente foram julgados e rejeitados (DJe 18/11/21). Ademais, a ausência de trânsito em julgado não inviabiliza o imediato julgamento conjunto de causas com controvérsias idênticas (ARE 1199721 AgR-ED, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/2019).

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que a decisão da Turma Julgadora converge com o decidido no REsp nº 1.729.555, Tema nº 862, DJ de 14.08.2009, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a seguinte tese: *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.*

Não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do REsp. n. 1.729.555, Tema nº 862, sob a técnica de casos seriais.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão da Turma Julgadora, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

Dentro desse quadro, comprovada a redução parcial e permanente da capacidade de trabalho, e constatado o nexo de causalidade, é de ser preser-

vada a concessão do auxílio-acidente de 50% do salário de benefício, cujo termo inicial deverá corresponder ao dia subsequente ao da alta médica / cessação do benefício de auxílio-doença acidentário NB 91/534.254.028-0 (ocorrida aos 31/07/2009 fls. 17, 38, 49, 51, devendo assim fluir a partir de 01/08/2009), como constou na r. sentença a fls. 99, conforme dispõe o art. 86, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91, aplicável à hipótese dos autos, sendo concedido o abono anual acessório obrigatório, mas devendo ficar suspenso o benefício em todos os períodos posteriores, em caso de concessão de auxílio-doença pelas mesmas sequelas, e observando que não é permitido o recebimento conjunto de mais de um auxílio-acidente, nos termos do artigo 124, inciso V, da Lei 8.213/91, e devendo ainda cessar o benefício se concedida aposentadoria de qualquer natureza (Lei 8.213/91, artigo 86, §§ 1º, 2º e 3º, na redação dada pela Lei 9.528/97). (fls. 135).

Dessa forma, inexistente erro na subsunção do caso concreto no paradigma julgado pela Corte Superior, 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 artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2107901-66.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Mirassol, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado ANTONIO FABRI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, nesta, negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.637)**

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, 3 de dezembro de 2021.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

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). Foro competente. Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio (tema 480). Juros de mora. Termo inicial. Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Juros remuneratórios e expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito. Incidência (tema 887). Legitimidade ativa dos poupadores e de seus sucessores, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos da autora da ACP (tema 948). Expurgos inflacionários dos Planos Collor I e II, termo final e prescrição quinquenal dos juros remuneratórios. Ausência de questionamento no V. Acórdão recorrido. Inviabilidade de apreciação neste âmbito recursal. Razões recursais, no mais, impertinentes nesta via recursal. Decisão mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno interposto por **BANCO DO BRASIL S/A** contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o V. Acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP, 1.392.245/DF, 1.362.022/SP e 1.438.263/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) ofensa ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, tendo em vista que não atentou para a eficácia *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator; (b) necessidade de extinção da ação sem julgamento de mérito, em linha com a decisão do E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 573.232/SC, diante da ausência de outorga de autorização pelo poupador à associação de consumidores; (c) incompetência do foro de domicílio do poupador; (d) ilegitimidade ativa do poupador não associado ao IDEC, conforme entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 612.043; (e) obrigatoriedade de suspensão do recurso até o julgamento final do Recurso Especial nº 1.436.263/SP (sic); (f) que os juros de mora somente devem

Acesso ao Sumário

incidir a partir da citação para a liquidação/cumprimento de sentença; (g) que não é possível a inclusão de expurgos inflacionários referentes aos Planos Collor I e II, bem como a aplicação da tabela prática do E. TJSP para a atualização monetária do débito, sob pena de ofensa à coisa julgada; (h) imprescindibilidade de se aguardar a solução definitiva dos Recursos Extraordinários nºs 591.797 e 632.212 sobre os índices que refletem a manutenção do poder aquisitivo para os Planos Collor I e II, ou que seja adotado o índice de 10,14% para o mês de fevereiro de 1989 (crédito em março de 1989); (i) violação da coisa julgada, diante da inclusão indevida de juros remuneratórios, os quais devem ter incidência única no mês de fevereiro de 1989, correspondentes ao mês de janeiro de 1989, ou até a data de encerramento da conta ou da citação na ação de conhecimento; e (j) que houve prescrição quinquenal dos 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.

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, no julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça fixou que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

Julgados os Recursos Especiais repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, a mesma E. Corte Superior 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

Acesso ao Sumário

anterior (tema 685).

No que diz respeito aos juros remuneratórios e expurgos inflacionários 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).

E, ao julgar os Recursos Especiais nºs 1.438.263/SP e 1.362.022/SP sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça 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). Confira-se a fls. 275/278.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 205/223) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do D. Juízo de Primeira Instância; (b) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; (c) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do E. TJSP para atualização monetária do débito exequendo; e (d) ser desnecessária a associação do poupador à autora da Ação Civil Pública para o cumprimento da sentença coletiva.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Acesso ao Sumário

O recurso não pode ser conhecido no tocante aos expurgos inflacionários dos Planos Collor I e II, ao termo final e à prescrição quinquenal dos juros remuneratórios, por não ter havido, no V. Acórdão proferido às fls. 205/223, análise destas questões.

De resto, 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.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao Agravo Interno, na parte conhecida.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1123945-03.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.C.C.S., é apelado 9º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.568)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. 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, 3 de novembro de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Dúvida inversa julgada procedente – Formal de partilha extraído de ação de inventário de bens – Autor da herança que foi casado em segundas núpcias, conforme certidão de casamento que integra o formal de partilha – Matrícula, porém, em que o autor da herança figura como separado judicialmente de sua primeira esposa – Princípios da continuidade e da especialidade – Necessidade de averbação do divórcio em relação ao primeiro casamento e das averbações do segundo casamento e da posterior separação judicial – Impossibilidade do cumprimento da exigência consistente na apresentação de certidão atualizada do primeiro casamento do autor da herança, em razão da suposta inexistência do ato no Livro de Registro de Casamento, por erro do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, que demanda a realização de provas complementares – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente a dúvida inversa suscitada contra a recusa do Sr. 9º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca da Capital em promover o registro do formal de partilha extraído da ação de inventário dos bens deixados pelo falecimento de L.C.C., porque consta no título que o autor da herança foi casado em segundas núpcias e faleceu no estado civil de separado, mas ainda figura na matrícula nº (...) como separado judicialmente da sua primeira esposa, o que obriga a averbação do divórcio da primeira esposa e as averbações do seu segundo casamento e da nova separação.

A apelante alegou, em suma, que o casamento de L.C.C. e C.H.J. (fl. 19), ou C.H.C. (fl. 20), foi realizado pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de M., Estado de Pernambuco. Disse que não é possível obter a certidão atualizada do casamento dos seus genitores, supostamente registado a fl. (...) do Livro (...), termo nº (...), porque o referido assento diz respeito ao casamento de pessoas distintas. Esclareceu que, segundo informações da atual responsável pela delegação, o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais da época do casamento foi afastado da delegação por ser portador de doença de natureza psíquica e alcoolismo e que em várias ocasiões deixou de lançar casamentos nos respectivos livros de registro, ou o fez trocando os nomes dos nubentes, o que torna impossível o cumprimento da exigência (fl. 55/56 e 93/97).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fl. 119/121).

É o relatório.

2. Conforme a certidão de óbito de fl. 16, que integra o formal de partilha apresentado para registro, L.C.C., falecido em 31 de agosto de 2009, foi casado em primeiras núpcias com C.H.J. e em segundas núpcias com M.F.C.

Ainda segundo a referida certidão, o primeiro casamento foi lavrado a fl. (...) do Livro (...), do Registro Civil das Pessoas Naturais de S., Estado de Pernambuco, com o número de termo (...) (fl. 16).

Acesso ao Sumário

Por sua vez, o imóvel objeto da matrícula nº (...) do 9º Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo foi comprado por L. e sua então esposa, C., na época casados pelo regime da comunhão universal de bens, por escritura pública lavrada em 02 de março de 1977 pelo 5º Tabelião de Notas da referida Comarca (fl. 20).

Além disso, em 09 de janeiro de 1985 foi averbada na matrícula a separação judicial de L. e C., decretada no Processo nº (...) da 4ª Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé, Comarca de São Paulo, e foi registrada a partilha do imóvel que coube, na sua totalidade, para L. (fl. 21).

Para a preservação da especialidade subjetiva e da continuidade do re-

gistro devem ser averbados, na matrícula do imóvel, o divórcio de L. e C., o segundo casamento e a posterior separação judicial de L. e M.F.C., para o que é necessária a apresentação da certidão de casamento em que conste o divórcio em relação às primeiras núpcias do autor da herança.

Essa certidão não é suprida pela declaração da apelante no sentido de que o casamento foi celebrado pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de M., Estado de Pernambuco, que foi afastado da delegação por ser portador de doença de natureza psíquica e alcoolismo e porque em várias ocasiões deixou de lançar casamentos nos respectivos livros de registro, ou o fez trocando os nomes dos nubentes, constando a fl. (...) do Livro (...), termo nº (...), o registro de casamento de outras pessoas.

Assim porque a certidão de casamento de L. e C. foi apresentada para a escritura de compra e venda do imóvel, lavrada quando eram casados pelo regime da comunhão de bens.

Além disso, deve ser presumido que a certidão de casamento foi apresentada na ação de separação judicial que teve curso na 4ª Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé, Comarca de São Paulo (Processo nº (...)) e, ainda, que cópia da certidão instruiu a carta de sentença apresentada para a averbação da separação judicial e o registro da partilha do imóvel (fl. 21).

Ademais, a certidão de óbito de L. indica que seu casamento com C. foi lavrado em livro de registro de casamento distinto daquele referido na declaração apresentada pela apelante (fl. 16 e 55).

Por isso, para que seja comprovada justa causa para a não apresentação da certidão de casamento de L. e C., com a averbação do divórcio, deve a apelante fazer prova da efetiva impossibilidade da sua expedição, mediante certidão ou declaração expedida pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de M. (fl. 55), de S. (fl. 16), ou daquele que constar na certidão de casamento que instruiu a ação de separação judicial e a carta de sentença que nela foi expedida.

Por fim, não se ignora que na certidão do segundo casamento consta que L. se declarou como sendo solteiro (fl. 25), o que, em tese, indica pode ter se casado com M.F. sem o prévio divórcio em relação à primeira esposa.

Contudo, esse fato e os efeitos que dele eventualmente decorrerem para o registro imobiliário, inclusive no que se refere à impossibilidade de comprovação do divórcio de L. e C. para permitir o registro do formal de partilha, deverão ser apreciados em procedimento próprio porque não constituem o objeto da presente dúvida.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a negativa do registro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026138-46.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.T.S., é apelado 7º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.598)**

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, 3 de novembro de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Carta de sentença – Ação de obrigação de fazer para outorga de escritura pública movida contra sucessores de coproprietário dos imóveis – Inscrição pretendida que não tem respaldo na titularidade de direitos inscritos nas matrículas imobiliárias, pressupondo o prévio ingresso do título atinente à partilha dos bens deixados pelo *de cujus* – Ofensa ao princípio da continuidade registral – Óbice mantido – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por *J.T.S.* em face da r. sentença proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente do 7º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa de registro da carta de sentença expedida pelo 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Mogi Mirim, extraída dos autos do processo nº (...), da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, nas matrículas nºs (...),(...) e (...) daquela serventia extrajudicial (fl. 399/404).

Afirma o apelante, em síntese, que ajuizou ação de obrigação de fazer em

face da viúva meeira D.L.T.S. e dos herdeiros D.A.T.S.D. e seu marido M.D.F. e J.A.T.S., únicos sucessores do titular dominial J.T.S., para obrigá-los à outorga de escritura pública, observado que o negócio – venda e compra – concretizou-se anos antes do falecimento do proprietário vendedor por meio de instrumento particular não inscrito nas matrículas imobiliárias. Com a morte, o apelante, a viúva meeira e os herdeiros chegaram a firmar escrituras públicas de cessão e transferência de direitos hereditários sobre as partes ideais (1/3) pretendidas dos imóveis objetos das matrículas nºs (...), (...) e (...), em cumprimento àquele instrumento particular, mas tais títulos não foram reconhecidos como aptos para o ingresso no álbum imobiliário. Frente a isso, a busca judicial se fez necessária e a pretensão remanesceu acolhida, de modo que o registro da carta de sentença deve ser efetivado, mitigando-se o princípio da continuidade registral já que os bens não mais pertenciam ao *de cujus* ao tempo do seu passamento (fl. 409/428).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fl. 450/452).

É o relatório.

2. O apelante pretende o registro da carta de sentença expedida pelo 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Mogi Mirim, oriunda dos autos da ação de obrigação de fazer (Processo n.º (...) da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro) em que foi determinada a transmissão das partes ideais (1/3) dos imóveis matriculados sob nºs (...), (...) e (...), do 7º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, para o seu nome (fl. 67/377).

Os títulos judiciais, cumpre lembrar, não estão isentos de qualificação para ingresso no fólio real, ainda que limitada aos requisitos formais do título e sua adequação aos princípios registrais, nos termos do item 117, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça:

> *"117 – Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais."*

No exercício desse dever, o Oficial desqualificou o título apresentado por comprometer o exato encadeamento subjetivo das sucessivas transmissões e aquisições de direitos reais imobiliários em ofensa aos princípios da continuidade e da disponibilidade (fl. 01/06 e 66).

E razão deve ser dada ao Registrador.

Conforme as certidões imobiliárias, as partes ideais (1/3) almejadas estão registradas em nome de J.T.S. casado sob o regime da comunhão de bens antes da Lei nº 6.515/77 com D.L.T.S. (fl. 20/30).

Por sua vez, a ação de obrigação de fazer foi promovida em face da viúva meeira D.L.T.S. e dos herdeiros D.A.T.S.D. e seu marido M.D.F. e J.A.T.S.,

sucessores do titular dominial, que não figuram na tábua registral (fl. 355/363).

Tal ação lastreou-se nas escrituras públicas de cessão e transferência de direitos hereditários firmadas por D.L.T.S., D.A.T.S.D. e J.A.T.S., na qualidade de cedentes, e J.T.S., na condição de cessionário, por meio das quais transferiram todos os direitos hereditários correspondentes a 1/3 dos bens imóveis objetos das matrículas nºs (...), (...) e (...), outorgadas em cumprimento ao instrumento particular cessão onerosa de direitos e obrigações celebrado entre J.T.S. com a anuência de sua mulher e J.T.S. (fl. 31/40).

As escrituras públicas de cessão e transferência de direitos hereditários foram apontadas a registro, mas receberam qualificação negativa por não se aperfeiçoarem como títulos inscritíveis no registro de imóveis (fl. 155 e 169).

Na verdade, as escrituras públicas deveriam ter sido apresentadas ao Juízo do arrolamento para que o cessionário fosse contemplado na partilha de bens e aí alcançado o competente título apto a registro (fl. 141 e 173).

Mesmo levado em conta que, antes do falecimento do titular dominial, ele e sua mulher alienaram ao apelante as suas partes ideais dos imóveis referidos (instrumento particular cessão onerosa de direitos e obrigações – fl. 131/137), o cenário não se altera, pois a resolução também estaria nos autos do arrolamento judicial.

Mas já que a via escolhida foi a ação de obrigação de fazer, que acabou por travestir-se em ação adjudicatória frente ao comando judicial exarado, o espólio era quem deveria ter ocupado o polo passivo da lide.

Como assim não foi feito – a ação foi proposta em face da viúva meeira e dos herdeiros – a inscrição pretendida depende do ingresso do título atinente à partilha dos bens deixados por J.T.S., observado que, com a partilha, encerrando-se o estado de indivisão, define-se, à vista do patrimônio coletivo pertencente ao casal, a porção composta pela meação de cada um dos cônjuges e, por conseguinte, o quinhão hereditário pertencente aos sucessores do *de cujus*.

Logo, a carta de sentença, no modo como foi apresentada, não preenche o requisito da continuidade que é essencial para o registro da transmissão das partes ideais que permanecem registradas em nome de J.T.S.

Ensina Afrânio de Carvalho:

"O princípio da continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade 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 das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito,

Acesso ao Sumário

acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subseqüente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público." ("Registro de Imóveis", 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 253).

No sentido de impossibilidade de registro de carta de adjudicação quando o imóvel não se encontra registrado em nome daqueles que figuraram no polo passivo da lide, este Conselho Superior da Magistratura recentemente decidiu:

"Registro de Imóveis – Carta de adjudicação de bem imóvel expedida em favor do apelante – Título judicial que se submete à qualificação registral – Princípio da continuidade – Ofensa em caso de registro de título judicial produzido em face de terceiro que não figura como proprietário do imóvel objeto da ação de adjudicação compulsória – Titular de domínio falecida – Escritura de Inventário e Adjudicação de bens lavrada – Necessidade de prévio registro do imóvel em nome dos sucessores hereditários da falecida, que figuraram como réus na ação de adjudicação compulsória – Exigência mantida – Dúvida procedente – Nega-se provimento ao recurso." (TJSP; Apelação Cível 1006311-40.2020.8.26.0664; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Comarca de Votuporanga; Data do Julgamento: 17/09/2021; Data de Registro: 04/10/2021).

3. Por todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1065900-69.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LETICIA NOGUEIRA GONÇALVES PITON e OLAVO PITON JUNIOR, é apelado 12º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.634)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 22 de novembro de 2021.
RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente – Contrato particular de compra e venda de imóvel a que atribuído valor superior a trinta salários mínimos – Obrigatoriedade de celebração do negócio jurídico por instrumento público, na forma do art. 108 do Código Civil – Não incidência, para esse efeito, do piso salarial fixado para determinadas categorias profissionais em legislação estadual – Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Sr. 12º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo e manteve a recusa do registro de contrato de compra e venda de imóvel celebrado por instrumento particular, porque foi atribuído ao imóvel valor superior a trinta vezes o salário mínimo nacional (fl. 61/63).

Os apelantes alegaram, em suma, que o negócio jurídico teve o valor de R$ 34.992,00 que é igual ao valor de referência do imóvel. Disseram que esse valor é inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país que, por sua vez, é o fixado por lei do Estado do Paraná e corresponde a R$ 1.692,00. Ademais, o valor do negócio jurídico não superou trinta vezes o salário mínimo fixado no Estado de São Paulo, que é de R$ 1.183,33. Aduziram que o art. 108 do Código Civil prevê o requisito da escritura pública para o negócio jurídico sobre imóvel com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País e, portanto, deve ser interpretado de forma extensiva para considerar os salários mínimos fixados por todos os entes federativos. Asseveraram que a existência de diferentes salários mínimos também decorre da Lei nº 9.560-A, de 1966 que dispõe sobre o salário mínimo dos diplomados pelos cursos regulares superiores mantidos pelas Escolas de Engenharia, de Química, de Arquitetura, de Agronomia e de Veterinária, o que demonstra a admissão da existência de diferentes salários mínimos (fl. 68/75).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fl. 96/97).

É o relatório.

2. Os recorrentes pretendem o registro de contrato particular de compra e venda da vaga da garagem nº 135 do Condomínio Residencial Casa Alta, situado na rua Coronel Meireles, 788, Vila Lais, objeto da matrícula nº 163.773

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

do 12º Registro de Imóveis da Comarca da Capital, celebrado em 08 de março de 2021, em que foi atribuído ao negócio jurídico o valor de R$ 34.992,00 (fl. 14/17).

Esse valor supera a quantia de R$ 33.000,00 que corresponde a trinta vezes o salário mínimo vigente na data do negócio jurídico.

E a escritura pública é essencial para a validade do negócio de transmissão de direito real sobre imóvel com valor superior a trinta vezes o salário mínimo, como previsto no art. 108 do Código Civil:

"Art. 108 – Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País".

Em decorrência, o contrato particular de compra e venda não é passível de registro. Nesse sentido:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada parcialmente procedente – Instrumento particular de compra e venda – Pretensão de ingresso no fólio real como compromisso de compra e venda – Termos do contrato que deixam clara a existência de contrato de compra e venda – Consenso válido sobre a coisa, o preço e as condições do negócio – Promessa de futura expedição de quitação definitiva após o pagamento do preço que não desnatura a compra e venda simples, não sendo o pagamento do preço elemento essencial do contrato – Ausência de obrigação das partes firmarem negócio futuro, característica essencial da promessa de contratar – Imóvel negociado de valor superior a trinta salários mínimos – Escritura pública obrigatória, nos termos do art. 108 do Código Civil – Exigência mantida – Recurso não provido" (CSM, Apelação Cível nº 1037437-12.2016.8.26.0224, Comarca de Guarulhos, Rel. Desembargador Ricardo Anafe, j. 13.02.2020);

"Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente – Negativa de registro de instrumento particular de compra e venda de imóvel – Alienação de 1/14 do bem – Dispensa de escritura pública quando o imóvel tem valor até 30 salários mínimos – Irrelevância que o negócio jurídico verse apenas sobre fração ideal de valor menor – Inteligência do art. 108 do Código Civil – Recurso não provido" (CSM, Apelação Cível nº 0007514-42.2010.8.26.0070, da Comarca de Batatais, Rel. Desembargador Maurício Vidigal, j. 28.07.2011);

"REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida julgada procedente Instrumento particular de venda e compra de imóvel com valor acima de 30 salários mínimos Ofensa ao artigo 108 do Código Civil. Obrigatoriedade de escritura pública. Irrelevância de o negócio ter valor inferior ao limite da lei, por

Acesso ao Sumário

corresponder a parte ideal do bem. Fracionamento do negócio que, se considerado, conduziria à fraude e ao esvaziamento do comando legal. Recurso não provido" (CSM, Apelação Cível nº 1.088-6/0, da Comarca de Paraguaçu Paulista, Rel. Desembargador Ruy Camilo, j. 02.06.2009).

Por sua vez, o valor do salário mínimo a ser considerado para efeito de exigência do instrumento público é o previsto no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que dispõe:

"Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;" (grifei).

A fixação de piso salarial superior ao salário mínimo prevista no inciso V do art. 7º da Constituição Federal se destina à remuneração de categoria específica de trabalhador, em conformidade com a complexidade do trabalho, e não se confunde com o salário mínimo nacional a que se refere o art. 108 do Código Civil.

Esse valor, portanto, não se confunde com o salário mínimo de abrangência nacional porque é limitado a categoria específica que for prevista em lei estadual ou do Distrito Federal, sendo por essa razão denominado no inciso V do art. 7º da Constituição Federal como piso salarial, e não salário mínimo:

"V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;" (grifei).

De igual modo se verifica no art. 1º da Lei Complementar nº 103/2000:

"Art. 1º – Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho" (grifei).

Destarte, para efeito de obrigatoriedade da escritura pública como requisito de validade do negócio jurídico sobre imóvel, como previsto no art. 108 do Código Civil, prevalece o salário mínimo vigente no País que, em razão da data do negócio jurídico, é o previsto na Lei nº 14.158/2021:

"Art. 1º – A partir de 1º de janeiro de 2021, o salário-mínimo será de R$ 1.100,00 (mil e cem reais)".

3. Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020218-83.2020.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA – DAEE., é apelado SEGUNDO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS 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 nº 31.649)**

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, 22 de novembro de 2021.

RICARDO ANAFE, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Carta de Adjudicação expedida nos autos de ação de desapropriação – Aquisição originária da propriedade – Incerteza quanto à exata localização, no solo, da área desapropriada – Ofensa ao princípio da especialidade objetiva – Óbice mantido – Dúvida julgada procedente – Nega-se provimento à apelação.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta pelo *Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE* contra a sentença proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis e de Títulos e Documentos de Osasco/SP, que julgou procedente a dúvida suscitada para o fim de manter a exigência de que seja aditada a carta de adjudicação extraída dos autos da ação de desapropriação (Processo nº 0041371-30.1999.8.26.0405), que tramitou perante a 8ª Vara Cível da Comarca de Osasco/SP, para possibilitar a identificação da exata localização da parte desapropriada do imóvel matriculado sob nº 31.462 junto à referida serventia imobiliária (fl. 173/174).

A apelante afirma, em síntese, que o laudo pericial realizado no processo judicial descreve com clareza as medidas, as confrontações e a localização exata

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

do imóvel desapropriado. Alega que as plantas constantes dos autos trazem a necessária certeza quanto à localização da área em relação às quadras municipais 43, 34 e 26 do denominado Jardim Piratininga. Acrescenta que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, o que permite a averbação do desfalque da área desapropriada independentemente da complementação do título (fl. 180/183).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fl. 205/208).

É o relatório.

2. 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 nº 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).

Destarte, para análise da regularidade da exigência formulada pelo registrador, deve-se considerar o disposto no art. 176, inciso II, "3", da Lei de Registros Públicos:

"Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

(...)

II – são requisitos da matrícula:

(...)

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação:

a – se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área;

b – se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver".

Já o art. 225 da mesma Lei assim prevê:

"Art. 225 – Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo

dos interessados certidão do registro imobiliário.

(...)

§ 2º Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior".

Referidas normas externam o princípio da especialidade e destinam-se a assegurar que a totalidade dos imóveis esteja precisamente individuada. A identificação há de ser tal que aquele que a lê possa ter integrais condições de identificar os limites da área imobiliária objeto da matrícula, em perfeita obediência ao princípio da especialidade objetiva.

No caso concreto, diversamente do quanto entendido pela recorrente, não foi reconhecida afronta ao princípio da continuidade, uma vez que se cuida de modo originário de aquisição da propriedade. O que motiva a recusa do Oficial é a ofensa ao princípio da especialidade objetiva, considerando que, tal como constou da nota de devolução expedida (fl. 08/09), a área desapropriada não tem correspondência com nenhum imóvel matriculado na serventia imobiliária, sendo certo que *"a descrição constante do título não permite a individualização do imóvel, pois consta rua e confrontações não oficializadas, não permitindo a exata localização do lote a ser desapropriado"*.

Ressalte-se que a despeito da realização de prova técnica produzida na ação de desapropriação, não foram apresentados, por trabalho técnico próprio, os pontos de amarração para identificação da parcela do imóvel sobre a qual recai a desapropriação cujo registro se almeja.

Daí porque se faz correta a exigência de complementação do título, a fim de que seja possível identificar a exata localização do imóvel desapropriado no solo, com ponto de amarração seguro, o que o tornará inconfundível em relação a qualquer outro.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de abertura da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ana Paula Zomer e César Eduardo Temer Zalaf (Solenidade realizada em 08.11.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Quero cumprimentar a Doutora Ana Paula Zomer, que tomará assento na vaga decorrente do falecimento do eminente, queridíssimo, Desembargador Antonio Carlos Malheiros; Advogada, Procuradora do Estado, Doutora em Criminologia e Direito Penal pela USP, dentre outros títulos, com atividade docente e ampla atuação no sistema judicial.

Eu também cumprimento o eminente Doutor César Eduardo Temer Zalaf, que tomará assento na vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador Nestor Duarte, um dos grandes Magistrados da Corte, catedrático da nossa querida São Francisco, e é Advogado atuante – que antes foi Escrevente da Corte e agora retorna como seu membro –, com atividade docente, além de ter sido Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas.

Os Advogados que chegam a esta Corte pelo critério constitucional do Quinto o fazem após longa jornada na atividade jurídica. Os currículos dos empossandos revelam essas circunstâncias às claras. Trazem bagagem, experiências, sucessos e aprendizados, como todos os profissionais, e buscaram ingressar na maior Corte nacional e em seu cargo máximo para somar. É motivo de júbilo e comemoração esse evento. A importância dessa solenidade é ímpar e embora a realizemos de longe, estamos próximos uns dos outros com o coração.

Sejam todos bem-vindos.

Acesso ao Sumário

WALTER PIVA RODRIGUES (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça na Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ana Paula Zomer e César Eduardo Temer Zalaf (Solenidade realizada em 08.11.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Sinto-me honrado por ter recebido o convite do nosso Desembargador Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco para, representando o nosso imenso colegiado, saudar os dois novos e ilustres Desembargadores que chegam a esta Casa, nossa Casa, pelo Quinto Constitucional da Advocacia: a Procuradora do Estado Ana Paula Zomer e o Advogado César Augusto Temer Zalaf.

Ambos são egressos da nossa Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo: a Desembargadora Ana Paula ostentava o número 98.166 e o Desembargador César Zalaf o número 105.551. Os dois ilustres Desembargadores são nascidos na década de 1960, bacharelandos por duas escolas de renome. A Desembargadora Ana Paula consagrou-se bacharel em Direito pela PUC de São Paulo e o Desembargador César Zalaf teve sua formação acadêmica pela PUC de Campinas, os dois na década de 1980. Do ponto de vista da titulação pós-acadêmica, ambos ilustram as suas vidas com frequência e proficiência em cursos no Brasil e no exterior. A Desembargadora Ana Paula conquistou também o título de Doutora em Criminologia e Direito Penal pela nossa Universidade de São Paulo, acrescentando ser pós-graduada em Criminologia pela Universidade de Milão (Itália) e com licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Já o Desembargador César Zalaf fez cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito, em Direito da Economia e da Empresa (MBA) pela Fundação Getúlio Vargas, Direito Econômico e Empresarial pela Unicamp, Direito Processual Civil pela PUC de Campinas e cursos de extensão universitária pela Universidade Tor Vegata em Roma e pela Fordham University, em Nova Iorque.

A Desembargadora Ana Paula e o Desembargador César Zalaf ambos se destacam na atividade docente com sólida atuação. A Desembargadora Ana Paula, sua vertente desembocou-se na área criminal, pelo menos é o que se vê pela preferência manifestada no seu curriculum vitae, que traz as suas traduções de obras e leituras de seus artigos afinados com essa matéria. Já o Desembargador César Zalaf inclinou-se pelo Direito Tributário e Direito Empresarial lato sensu, conforme também se vê pelas suas contribuições trazidas para a área jurídica.

Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, com todas as vênias possíveis, permito-me dizer que os dois ilustres Desembargadores se destacam por afinidades entre si no campo dos Direitos Humanos e no campo da assistência judiciária aos necessitados, como sói acontecer da revisão do conjunto da obra trazido pelos dois novos ocupantes desta tão cobiçada desembargadoria. É, sem dúvida alguma, uma ampliada conquista para o nosso Tribunal ao nível da Constituição contemporânea de 1988, no seguimento das garantias individuais e coletivas, bem nesse momento nacional de inegáveis conflitos de atribuições entre os poderes institucionais do Estado.

O Poder Judiciário assume um papel preponderante pelas repetidas vezes com que tem acudido essas desavenças, realmente, mal compreendidas, com

Acesso ao Sumário

reflexo nas estatísticas recém levantadas junto à população que, por sua vez, não consegue, infelizmente, divisar o fenômeno novo e altruísta que permite identificar o alargamento dos poderes que "ampliem suas funções [as do Poder Judiciário] de modo a exercer outras que se assemelham às exercidas por outros poderes, em razão de o objetivo ser a realização dos direitos fundamentais previstos nas Constituições".

Em homenagem aos dois novos e Ilustres Desembargadores, esse trecho extraí do Prefácio apresentado pelo Professor Luiz Guilherme Arcaro Conci da PUC de São Paulo, ao livro sobre "Conflitos de atribuição entre Poderes do Estado – A tutela judicial do sistema de freios e contrapesos como questão principal" de autoria do meu aluno no Doutorado na USP e, também, graduado pela PUC de São Paulo, agora Defensor Público, Doutor Daniel Guimaraes Zveibil.

Escusado dizer que a Desembargadora Ana Paula e o Desembargador César Zalaf foram avaliados por tais nítidas posições reveladas junto ao Colegiado da OAB de São Paulo, presidido pelo Advogado Caio Augusto dos Santos, pelo Colendo Órgão Especial do nosso Tribunal, dirigido pelo Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Presidente dessa nossa seção administrativa, e afinal, junto à máxima autoridade do Governador do Estado, Doutor João Doria. Escusado dizer que eu participei da gestão do prefeito Mário Covas no gabinete do Professor José Afonso da Silva, e conheço as qualidades do Governador.

Por aqui chegou ao fim essa locução, não sem antes saudar os familiares e amigos dos dois novos ilustres Desembargadores, lembrando que a vitória consagrada por eles lhes pertence igualmente. Bem-vindos ao nosso Tribunal Paulista e, doravante, passem a usufruir de uma fraterna convivência que nos anima a continuarmos mantendo os laços de amizade e respeito mútuo no nosso prestigiado colegiado.

Muito obrigado, senhor presidente, pela deferência.

Acesso ao Sumário

ANA PAULA ZOMER (Desembargadora)

Discurso proferido na Cerimônia de sua Posse como Desembargadora e do Desembargador César Eduardo Temer Zalaf (Solenidade realizada em 08.11.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos às autoridades, familiares e amigos).

Não sem antes louvar a linda oração proferida pelo Desembargador Walter Piva Rodrigues, que desde já agradeço, a minha primeira palavra é de gra-

tidão, uma enorme gratidão a Deus não apenas pelo sonho alcançado, mas por dele não ter me permitido desistir. Hoje, revendo a trajetória percorrida, desde o seu nascedouro, posso afirmar, sem quaisquer dúvidas, que a mão do Criador se fez presente mesmo quando eu, na minha modesta condição humana, não tive sapiência para compreender os percalços enfrentados. Gratidão aos meus pais pelas inúmeras oportunidades de estudo e conhecimento franqueadas, e ao comandante Zomer, meu pai, pelo exemplo de luta e de intransigência nos valores morais e humanos revelados – os quais, diuturnamente, procuro repassar ao meu filho, na certeza de que ao final constituem eles o nosso grande patrimônio.

A gratidão é a memória do coração, e assim pontuo a distinção que o destino me concedeu de ocupar a vaga daquele que além de amigo de primeira hora foi um dos maiores humanistas que a judicatura já teve: a Antonio Carlos Malheiros, meus respeitos e minhas saudades. Agradecimento à nobre Advocacia Paulista, que confiando em mim permitiu que as portas dessa nova casa que eu tanto respeito e admiro se abrissem. Nesse quesito, a nominata seria por demais extensa, razão pela qual rogo que todos os amigos da Ordem dos Advogados do Brasil, desta Seccional, bem como aqueles da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, onde ingressei aos 23 anos de idade e de lá saio para somar as fileiras desta Emérita Corte, sintam-se abraçados nas pessoas dos queridos Caio Augusto da Silva Santos, Ana Luiza e Silva Castro, Fabrício Clebes, Letícia Catani, Myrian Ravanelli, Fabrizio Pieroni e Patrícia Verner.

Aos que me estenderam a mão, sem reservas, com generosidade comovente, o tempo de que disponho não seria, em absoluto, suficiente traz sequer listá-los. Desta feita, e de igual modo, peço que se sintam reverenciados nas pessoas de Cid Vieira de Souza, Cibele Malvone, Arnoldo Waldi Filho, Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes (in memoriam), Walter Cesar Incontri Exner e Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner, Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida, Rosa Prandini, José Renato Nalini e Paulo Dimas Debellis Mascaretti – ex-Presidentes deste Tribunal, cujas atuações em muito dignificaram a Magistratura paulista –, Sílvia Chaquian, Orlando Morando, Gustavo Reis, Vanessa Matheus, Renata Gil, Fernando Capez e Fernando José da Costa, o nosso brilhante Secretário da Justiça e Cidadania.

Como asseverou Hemingway, quem está conosco nas trincheiras importa mais do que a própria guerra. Dizem que anjos são assexuados, malgrado, sabemos que todas as regras comportam exceções; nessa esteira, gostaria destacar dois que me puseram sob suas asas ao longo de toda a caminhada, não me negaram afeto, amparo, diretriz ou o que quer que fosse necessário nestes longos anos em que pude ver o pior e o melhor do ser humano. Refiro-me à Ligia Cristina de Araújo Bisogni e a José Benedito Fernandes. Creiam, eu não teria conseguido sem vocês. Obrigada pela luz que foram e são em minha existência. Certamente, como Michelle Obama, vocês são daquelas pessoas que acreditam

Acesso ao Sumário

que ainda há muitas causas pelas quais vale a pena se sacrificar e muita história para ser escrita.

Graças aos que ousaram sonhar comigo, sei que trago hoje para o Tribunal de Justiça de São Paulo o pensamento de milhares de mulheres valorosas, mulheres que buscam ser reconhecidas em espaços de poder, preteridas que vêm sendo ao longo da história por meras convenções de gênero. A célebre frase de Simone de Beauvoir há de sofrer uma releitura nos dias de hoje, "não se nasce mulher, torna-se mulher", fato, contudo, hodiernamente não há mais como se admitir que uma mulher se edifique somente naquilo que homens, incapazes de respeitar a condição feminina, facultem. Comungando do pensar de Mary Wollstonecraft, não é desejável que as mulheres tenham poder sobre os homens, mas sobre si mesmas. A capacidade técnica e profissional de uma candidata mulher a qualquer posto que pretenda assumir há de ser medida pelas suas virtudes intelectuais, conhecimento adquirido, experiência na área, competência e dignidade e não pelo número de filhos que optou ou não por ter, pelo seu estado civil, sua cor, credo, raça ou mesmo pelo tom dos seus vestidos. Ainda com Beauvoir, de se lembrar que é pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separa do homem, somente aquele poderá garantir-lhe uma independência concreta. Viver sob a democracia é também respeitar sonhos, diminuir diferenças, permitir o pleno exercício da cidadania. Aristóteles, filósofo obrigatório, já dizia que a coragem é a primeira das qualidades humanas porque garante todas as demais. Não há paz onde os gaps entre o menos e o mais se fazem sentir de modo pronunciado, e salvo engano, inexiste lugar melhor para diminui-los do que no Poder Judiciário, última instância de restabelecimento de direitos violados, tal qual o preceituado pela nossa Constituição Federal. Que missão importante e digna a nossa!

É com humildade, respeito e profunda vontade de contribuir que chego a este Egrégio Tribunal. Deixo a beca e visto a toga, enaltecendo a todos aqueles que com muita delicadeza, a exemplo do estimado governador João Doria, souberam tratar a mulher candidata e a candidata mulher, reconhecendo-lhe a importância no contexto da aplicação de uma justiça pensada aos moldes de Platão e Aristóteles, os quais, como sabido, lideram o sentido ético e formal. Para Platão, justiça é virtude suprema que harmoniza as demais virtudes. O justo não se coloca acima das leis, é imparcial tem constante disposição em dar a cada um o que é seu; a justiça é uma exigência permanente.

Sem mais delongas, encerro ladeada por Cora Coralina, e como ela posso dizer que o tempo muito me ensinou, me ensinou a amar a vida, a não desistir da luta e a recomeçar na derrota.

Obrigada a todos e que Deus me ilumine.

Acesso ao Sumário

CÉSAR EDUARDO TEMER ZALAF (Desembargador)

Discurso proferido na Cerimônia de sua Posse como Desembargador e da Desembargadora Ana Paula Zomer (Solenidade realizada em 08.11.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos presentes).

Ao Desembargador Walter Piva Rodrigues o agradecimento profundo pelas palavras, honrado que estou por substituir o Professor Nestor Duarte nessa cadeira que certamente eu terei a máxima alegria em desenvolver o meu trabalho. Divido esse momento com a Doutora Ana Paula Zomer e cumprimento todos os Magistrados e Magistradas, Advogados, Servidores deste Tribunal e aos amigos e à minha família; família, aliás, que saudei por último de propósito, porque a ela ofereça em primeiro plano toda a minha gratidão num nível mais profundo, já estudado e referenciado por Santo Agostinho. Foi do meu pai, Clóvis Zalaf, está com Deus há algum tempo, a inspiração para o Direito e para o trabalho diário que santifica, e da minha mãe, Celina Aparecida Temer Zalaf (que está conosco assistindo, muito orgulhosa), a inspiração para as letras, Professora que é, e para o amor. Meus irmãos, Celso Henrique Temer Zalaf, Clóvis Felipe Temer Zalaf, receberam as mesmas inspirações, que cada um cultiva igualmente em suas vidas. Na mesma intensidade de amor e inspiração está a família que formei ao lado da minha esposa há mais de 30 anos, 26 deles casado: Carolina, e meus filhos, Alice, Eduardo e Isabel, todos com o sobrenome Bagnato Zalaf, como recomenda a tradição das origens, e que são meus presentes de Deus, milagres que me encantam a cada dia e são a razão de tudo.

Família de Advogados e Advogadas, tios, primas e primos, inclusive, a maioria filhos da PUCCAMP, onde me formei há 32 anos. Ainda cursando, ingressei no meu primeiro emprego, de Escrevente Judiciário nesse Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1987. Muitíssimo bem colocado, escolhi a 2ª Vara Cível; quem diria que após 34 anos eu retornaria para onde comecei. Fiquei pouco tempo porque queria ser Advogado e o fui por mais de três décadas. Há 14 anos, quando ingressei no Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, a função de julgar passou a me envolver e inclinar o meu caminho para este momento. Tenho pela Advocacia o mais profundo respeito e gratidão porque nela construí os pilares que sustentam a minha vida pessoal, minha formação profissional, meus valores éticos, morais e minha história. Agora, na Magistratura, envergando a toga nos ombros que até então só apoiavam o peso da beca, sinto-me à vontade em vesti-la com toda a abnegação, admiração e senso de justiça que experimentei brotar em meu espírito pelas trajetórias exemplares dos Juízes, Juízas, Desembargadores e Desembargadoras com quem trabalhei ou me relacionei. Ao

Acesso ao Sumário

me dar conta de que mudei o protagonismo da minha relação com a justiça, vejo que tão importante quanto realizá-la, será evitar que a sua antítese, a injustiça, encontre a menor nesga de oportunidade em brotar, isso só será possível com muito esforço e empenho.

Prestigiar a lei, a doutrina, a jurisprudência e, principalmente, a segurança jurídica, será o propósito que me acompanhará nas decisões que proferir, sempre alicerçado nas virtudes cardeais da fortaleza, da temperança, da mansidão, prudência e justiça, sem nunca me aviltar a consciência. Todas as noites faço um exame de consciência e faço uma oração, a oração de Salomão. Salomão pedia a fortaleza para que pudesse mudar as coisas que ele conseguiria, pediu mansidão para tolerar aquelas que ele não conseguisse e pediu sabedoria para distinguir uma situação da outra.

Termino agradecendo a Deus pelo dom da vida, da fé, da esperança, pela minha família, pelos amigos e por todas as pessoas com quem trabalhei e que me ajudaram a chegar a este ponto. Não vou conseguir citar todos os nomes de Advogados, Juízes e Desembargadores – e nem poderia porque foram muitos, foram mais de 10 anos trilhando esse objetivo –, mas antes de encerrar eu quero mandar um caloroso abraço a todas essas pessoas que de alguma forma contribuíram para o resultado; sintam-se todos individualmente cumprimentados e abraçados. É com muita honra, Doutor Geraldo Francisco Pinheiro Franco, que eu estou aqui hoje recebendo essa posse e colocando esse meu compromisso de bem servir à justiça da melhor forma que eu puder. Deus abençoe a nós todos.

Muito obrigado.

JOÃO DÓRIA (Governador do Estado de São Paulo)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ana Paula Zomer e César Eduardo Temer Zalaf (Solenidade realizada em 08.11.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Acesso ao Sumário

(Cumprimentos às autoridades, Desembargadores, empossados e amigos).

Invertendo a ordem, vou começar por você, César Zalaf, uma figura carinhosa. Gostei muito do seu discurso, um discurso humano, sincero, religioso, de fé, de convicção, típico, aliás, de alguém que tem as suas origens libanesas e as origens cristãs. E normalmente, Doutor Geraldo Pinheiro Franco, quem tem bons sentimentos sabe julgar, porque quem tem bons sentimentos tem justiça no

coração, e nada mais adequado para um Juiz do que ter justiça em si próprio, a sua capacidade de avaliar a sua conduta, suas ações, suas palavras, o seu dia, a sua existência e a capacidade também, com base na lei, de fazer justiça. Então, César, estou muito feliz de ter contribuído para a sua indicação – já estava antes, agora estou ainda mais depois de ouvir o seu discurso. Você somou o coração com a razão, e somou bem, e fez um belo discurso, enobreceu a sua posse, a sua família, aqueles que gostam de você, aqueles que são seus colegas, que já eram e os que a partir de agora passarão a ser.

A você, Ana Paula Zomer, mulher e mãe, fico feliz de ver o seu filho ao seu lado desde o início dessa transmissão, e feliz em poder ter contribuído para indicar uma mulher para o Tribunal de Justiça de São Paulo. Nada contra os homens, mas tudo a favor das mulheres. Que me perdoem meus colegas homens, mas quanto mais mulheres tivermos no Tribunal de Justiça, quanto mais mulheres tivermos em governos, em funções públicas, no Legislativo, no Executivo e no Judiciário, melhor será a performance e o desempenho do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Não escondo e não deixo de revelar a minha preferência em trazer mais mulheres para a vida pública em qualquer dos Poderes.

Ana, você me surpreendeu com o discurso brilhantemente preparado, redigido e lido com sentimento; poucas vezes nos últimos tempos acompanhei um discurso tão bem formatado, tão bem induzido, com referências filosóficas tão acertadas, tão ajustadas. Só um coração feminino seria capaz de fazer isso e você o fez enobrecendo a sua profissão, enobrecendo aquilo que representou sua opção desde muito jovem pelo campo da justiça. Ganha, e ganha muito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Geraldo Pinheiro Franco, Desembargadores e amigos que estão aqui.

Que belíssima cerimônia tive aqui a oportunidade aqui de presenciar e participar com você, César Temer Zalaf, e com você, Ana Paula Zomer. Demonstraram fraternidade também, um dirigindo ao outro a sua consideração, o seu carinho, mostrando companheirismo (embora as sentenças e os julgamentos sejam individualizados), espírito de cooperação, amizade e fraternidade. São sempre muito importantes em qualquer circunstância, seja na área pública, seja na área privada e, principalmente, no âmbito do cotidiano de uma sociedade civil tão vilipendiada, tão ameaçada, tão machucada, especialmente nos últimos tempos.

Viva a justiça brasileira, minha gente, viva a justiça de São Paulo, que traz aqui dois exemplos de grandeza com os dois novos Desembargadores do maior Tribunal de Justiça do país. E parabéns, Doutor Geraldo Pinheiro Franco, por dar posse a esses dois extraordinários Desembargadores que somarão a sua inteligência, a sua sensibilidade, a sua capacidade de fazer justiça a outros Desembargadoras e Desembargadores, que já fazem deste Tribunal um Tribunal

Acesso ao Sumário

honrado, um Tribunal que faz a sua fama, a sua história centenária de produzir justiça.

Obrigado.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Encerramento da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ana Paula Zomer e César Eduardo Temer Zalaf (Solenidade realizada em 08.11.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Saúdo todos aqueles que me antecederam na fala, especialmente o desembargador Walter Piva Rodrigues, pela sua oração em nome do Tribunal de Justiça, e o Senhor Governador do Estado, que sempre honra o Judiciário.

Eu queria dizer que o Tribunal de Justiça está sempre se renovando. Os valores novos vêm preencher as lacunas existentes. Essa renovação não é apenas uma exigência natural, mas absolutamente necessária e desejada, porque representa a mensagem dos novos tempos, da vida em contínua transformação, o rejuvenescimento imprescindível à renovação do direito.

Em nome do Tribunal de Justiça saúdo a Desembargadora Ana Paula Zomer e o Desembargador César Eduardo Temer Zalaf, nomes de estirpe intelectual e moral e de quem tudo esperam as tradições desta Corte, que são o sacrifício, o trabalho, o compromisso, o amor à causa pública e inteira dedicação aos que buscam para os seus direitos doentes a cura da Justiça.

O que poderia ser dito a dois novos Magistrados, ainda que tarimbados no mundo do Direito? Digo o que todos os Magistrados Paulistas se propõem diariamente a observar:

Dediquem-se à Magistratura com entusiasmo, porque ela representará a própria vida de cada um. Sejam fiéis ao Direito.

Vejam nele a razão e a forma de contribuir para o engrandecimento da Pátria e o bem-estar do cidadão.

Jamais fujam de suas responsabilidades e ajam com absoluta independência em prol do cidadão que bate às portas da Justiça, tendo em mente que não há outra sede para sua súplica.

Entendam que o crescimento pessoal e profissional necessita, dentre outros requisitos, de paciência, de apego intransigente à dignidade, de humildade, da simplicidade natural, da cordialidade (privilegiando o respeito mútuo), da

verdade cultivada a cada dia, da lealdade para consigo mesmo e para com os outros, da honestidade, do trabalho desenvolvido com dedicação e perseverança, da consciência da falibilidade, da imensa necessidade de ouvir com ânimo de entender, de confessar o engano e sempre – sempre – reconsiderar o erro.

Acreditem na Justiça. Falível, embora, como falíveis somos todos nós, é composta de cidadãos comprometidos com o que há de mais importante para todos: a preservação, a qualquer custo, do Estado de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana. Sem o Direito não há Sociedade e não há Democracia. E sem Democracia, o cidadão está ao desamparo pleno em face do poder do Estado e das intervenções nocivas de outros cidadãos.

Declarem com firmeza, a cada dia, uma profissão de fé: a firme disposição, amparada nas lições dos Juízes mais antigos, de seguir a trilha da justiça por todos sempre palmilhada, de forma a auxiliar na construção de uma justiça operante, forte, rápida, corajosa e respeitada.

Respeitem a todos para serem respeitados. O respeito não decorre do título ou do tratamento especial. Mas da conduta, do exemplo, do bom uso da força da pena nas decisões. O Juiz é a expressão da lei viva, que cria na sua aplicação. E a verdadeira força do poder estatal que lhe foi cometido está fundada, principalmente, no respeito da sociedade.

O Juiz, em sua atividade jurisdicional, não se assemelha por nenhum aspecto aos agentes públicos em geral. Ele é órgão de um Poder do Estado, distinto dos demais Poderes. Em suas mãos o povo deposita, em última instância, a guarda de sua liberdade e de seus direitos. Atua a vontade da lei com independência e imparcialidade, fixando-lhe o pensamento. Ele é a própria lei que fala. A decisão concretiza o direito, que é a ordem da conduta humana. O Juiz não se prende a horários. Sacrifica parte dos finais de semana e até das férias, porque há decisões que lhe requerem mais estudo, tempo e meditação. O Juiz é a expressão da lei viva, que cria na sua aplicação.

Servidor da lei e não simplesmente seu escravo, não há de o Juiz perder de vista que a sociedade lhe comete a função de julgar, contando com sua inteligência e sua sensibilidade, contando, ademais, com a independência que começa por libertar-se de seus próprios impulsos e paixões (Edgard de Moura Bittencourt). E nas decisões não há campo para política e ideologia.

Estejam certas Vossas Excelências que, observando o interesse maior do cidadão e do serviço público, terão, por seus méritos, a admiração e respeito de seus pares e da sociedade.

Desejo sucesso e muita felicidade nesses novos tempos e nessa nova trajetória. Sintam-se abraçados por todos os presentes.

Declaro encerrada a solenidade.

Acesso ao Sumário

RICARDO BRAGA MONTE SERRAT (Juiz de Direito)

Discurso proferido na Cerimônia de Instalação da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Ribeirão Preto e entrega do título de "Cidadão Ribeirão-pretano" ao Presidente do TJSP, Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco (Solenidade realizada em 18.11.2021).

Eminentes autoridades cujos nomes e cargos já foram anunciados pelo cerimonial do Tribunal de Justiça.

Senhoras e senhores.

Gostaria de destacar os presentes um a um.

No entanto, havendo necessidade imperiosa de que sejam breves as manifestações nesta importantíssima solenidade, solicito a todos que me permitam saudá-los nas pessoas do chefe do Poder Judiciário deste Estado, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, e do Presidente da Casa de Leis que representa os ribeirão-pretanos, Vereador Alessandro Maraca.

Peço a essas autoridades e a todos os presentes que me permitam, neste momento inicial, fazer o registro da homenagem que os magistrados de Ribeirão Preto e das demais comarcas da 41ª Circunscrição Judiciária renovam ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia pela recente e consagradora eleição para o cargo de Corregedor Geral da Justiça.

Essa grandiosa conquista, que renova esperanças de juízes e jurisdicionados, veio emoldurada em ouro quando se leva em conta as qualidades pessoais dos demais concorrentes que também aspiravam ao exercício desse que é um dos cargos pinaculares do Poder Judiciário paulista.

Passando ao tema que deu causa a esta prestigiosa sessão solene conjunta do Tribunal de Justiça bandeirante e da Câmara Municipal desta cidade, observo que Shakespeare certa vez disse - e disse bem - que "nós somos feitos da mesma matéria dos sonhos".

Acesso ao Sumário

Ele tinha razão. Nossos sonhos, juntamente com nossos ideais, nossas crenças, nossos valores éticos e tantos outros componentes que formam o patrimônio emocional de nossa alma, nos inspiram, impulsionam nossas ações e expressam para o mundo exterior aquilo que somos e do que somos feitos, o que se revela, geralmente, por meio de nossas escolhas e ações.

Pois bem, a um sonho de um grupo de juízes ribeirão-pretanos somou-se o ideal de desembargadores dirigentes do Tribunal de Justiça, liderados pelo homenageado de hoje, Presidente Geraldo Pinheiro Franco, e agora, por meio de escolhas e ações que venceram dificuldades extraordinárias, é instalada nesta

comarca a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher!

Permita-me o Presidente da Câmara, o nobre Vereador Alessandro Maraca, uma inconfidência: contar aos presentes sobre o júbilo, a emoção cheia de felicidade de Vossa Excelência quando lhe passei a notícia do novo serviço judiciário a ser oferecido à população de Ribeirão Preto!

Essa celebração do Chefe do Legislativo local é partilhada, sem dúvida, por todos os que testemunhamos, a cada dia, a brutalidade, a covardia, a verdadeira caçada da qual, cada vez mais, são vítimas as mulheres neste país, não sendo nossa cidade, infelizmente, uma exceção a essa terrível realidade.

Mas se uniram o sonho e o ideal de ilustres magistrados e nossa cidade e comarca contam, agora, com órgão jurisdicional que aperfeiçoará a luta contra essa dramática chaga da sociedade.

Ao primeiro juiz titular da nova Vara, Dr. Caio Cesar Melluso, desejo pleno sucesso em suas atividades, a fim de que supere as maiores expectativas desta cidade em relação ao novo e esperado serviço judicial. Peço-lhe que me permita deixar consignada homenagem à memória de seu saudoso pai, o Juiz Dr. Carlos Alberto Melluso, meu colega de ingresso na Magistratura paulista há quase 44 anos, que certamente muito se emocionaria, já no descanso do Criador, ao contemplar mais esta conquista profissional de seu filho.

Destaco que a vinda do Presidente do Tribunal de Justiça à nossa cidade também conduz à inauguração da sala de teleaudiências, conhecidas como "audiências sem juiz", avanço tecnológico que permite a magistrados de locais tão distantes como o interior do Rio Grande do Sul ou do Acre, realizarem audiências tomando diretamente o depoimento de testemunhas residentes em Ribeirão Preto, ficando dispensadas as onerosas, demoradas e pouco eficientes cartas precatórias, dispensando esse novo instrumento, ainda, a presença de juízes desta localidade no ato processual realizado à distância.

Muito gostaria de dizer dessas duas inovações, mas, em respeito a todos os presentes, caminho para o término desta fala.

Senhor Presidente e novo Cidadão Ribeirão-pretano: bem-vindo à nossa terra, agora como parte de nossa gente!

Foi-se o tempo em que, em cerimônias como esta, me preocupava em destacar a importância desta sua nova terra natal, empenho já desnecessário, eis que há muito Ribeirão Preto, pujante Capital Regional, atrai a admiração de todo o país e de outras nações.

Seu título ganha peso, Senhor Presidente, não apenas por ter sido proposto por toda a Mesa Diretora da edilidade local, como, também, por ser conferido por Câmara Municipal que acompanho de perto há muitas décadas, admirado pelas conquistas e inovações que asseguram renovado prestígio a essa Casa Legislativa.

Acesso ao Sumário

Estou certo, Desembargador Geraldo Pinheiro Franco, que o bem que Vossa Excelência trouxe para Ribeirão Preto e para sua honrada população, e que justificou a concessão da cidadania honorária que hoje será sacramentada, lhe foi motivo de grande felicidade.

Penso assim por ter aprendido com Pascal que o prazer dos grandes homens consiste em poder tomar outros mais felizes.

Permitam-me encerrar estas palavras complementando o pensamento desse notável filósofo e matemático francês do Século XVII, adicionando ao seu pensamento as palavras de um grande acadêmico brasileiro de passado mais recente.

Refiro-me a Coelho Neto.

Estivesse hoje entre nós esse grande escritor, poderia ele ter-se inspirado na figura do atual presidente do Tribunal de Justiça quando escreveu:

Se o gênio é uma grandeza, a bondade é uma excelência,· o homem mais digno é aquele que mais se preocupa com o bem geral, procurando com a força de seu espírito corrigir os males e minorar os sofrimentos dos infelizes.

Esse homem mais digno, preocupado com o bem geral e que, com a força de seu espírito, vem corrigindo males e sofrimentos, é Vossa Excelência, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, a quem prestam homenagem os juízes desta comarca porque hoje se toma Cidadão Ribeirão-pretano!

Senhoras e Senhores, concluo minha manifestação desejando a todos muita paz, liberdade e justiça, e que o Senhor Jesus Cristo, Deus e Salvador, os abençoe!

Muito obrigado.

CAIO CESAR MELLUSO (Juiz de Direito)

Discurso proferido na Cerimônia de Instalação da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Ribeirão Preto e entrega do título de "Cidadão Ribeirão-pretano" ao Presidente do TJSP, Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco (Solenidade realizada em 18.11.2021).

Acesso ao Sumário

Bom dia aos senhores e às senhoras, é difícil dizer algo depois de ouvirmos tão brilhante orador como o nobre diretor do Fórum, Dr. Ricardo Braga Monte Serrat.

Agradeço, do fundo do meu coração, ao colega Ricardo Monte Serrat pela referência respeitosa a meu saudoso pai, em seu discurso de abertura.

Hoje é dia de **GRATIDÃO, GRATIDÃO NÃO COBRADA** e **NÃO ESPERADA,** apenas **GRATIDÃO.**

A **GRATIDÃO** faz de um **estranho** um **amigo,** de um **amigo** um **irmão,** dá sentido ao nosso **passado,** traz **paz e alegria ao presente, FAZ FLORESCER A ESPERANÇA NO AMANHÃ E FORTALECE A FÉ.**

Sr. Presidente, **Des. Pinheiro Franco,** em primeiro lugar, no aspecto **pessoal,** pelas muitas razões que Vossa Excelência já sabe, **ETERNA GRATIDÃO** é a única expressão que posso usar para me referir à Vossa Excelência e à vossa excepcional assessoria, nas pessoas dos **Drs. Nogueira, Galhardo, Andretta, Tasso, Teotônio, Gabriel, Genofre e Reger.**

No aspecto **profissional,** gostaria, em nome dos juízes e juízas da 6ª RAJ, com a licença do colega Gentile, de **parabenizá-lo** e agradecer-lhe pela brilhante gestão à frente do e. TJSP, durante as **MAIORES E CONCOMITANTES CRISES ORÇAMENTÁRIA E SANITÁRIA** da nossa história.

Na epístola de Paulo aos Hebreus, 10:38, o evangelista diz: **"TODAVIA, O MEU JUSTO VIVERÁ PELA FÉ E SE RETROCEDER, NELE NÃO SE COMPRAZ MINHA ALMA".**

Vossa Excelência, **DES. PINHEIRO FRANCO, NÃO RETROCEDEU,** pelo contrário, Vossa Excelência seguiu **em frente, viveu pela fé;** tenho certeza de que muitas vezes padeceu da mais profunda solidão durante aquele período desesperador do início da pandemia. Vossa Exa. foi **O HOMEM JUSTO, RETO, NO LUGAR CERTO e na HORA CERTA,** e citando o salmista, Excelência, para aqueles momentos de vossa angústia e solidão, vem o reconforto em 6:10: **"o teu escudo foi Deus, que salva os retos de coração".**

Premente **agradecer** e **parabenizar** Vossa Excelência, **TAMBÉM,** por implementar as políticas públicas **DE COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO,** empenhando esforços nos 3 **eixos:** do 1º, **COMBATE,** do 2º, **ASSISTÊNCIA,** e do 3º, **PREVENÇÃO** à violência doméstica, mesmo diante das **draconianas limitações orçamentárias,** estas severamente agravadas pela **PIOR PANDEMIA DA HISTÓRIA.**

Vossa Excelência, Sr. Presidente, é um paradigma **TAMBÉM** no combate à perpetuação **do ciclo da violência doméstica, QUER** ao incentivar e apoiar o fortalecimento da **COMESP, QUER** ao instalar **Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher,** tais como esta e a de São José do Rio Preto, no dia de amanhã.

Ainda nesse sentido, Sr. Presidente, Des. PINHEIRO FRANCO, tenho a certeza de que Vossa Excelência e o d. Des. RICARDO ANAFE, nosso futuro presidente, eleito no último dia 10, SEMPRE TENTARÃO, na medida do possível, dotar ESTA e as demais Varas de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher dos equipamentos necessários para seu aprimora-

Acesso ao Sumário

mento, **COM O FIM DE PROMOVER A ADEQUADA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A EFETIVAÇÃO DO PREVISTO NA LEI MARIA DA PENHA.**

Vossas Excelências, Presidente Des. PINHEIRO FRANCO, Sua Exa. Des. RICARDO ANAFE, Presidente eleito, e Vossa Excelência, Des. Fernando Torres Garcia, d. Corregedor Geral da Justiça eleito, são exemplos de PAIXÃO pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pela jurisdição e, SOBRETUDO, pelo jurisdicionado.

A **Lei Maria da Penha** e a **Vara ora instalada NÃO** atendem **apenas** as mulheres em situação de violência doméstica, **NÃO** visam apenas romper o patriarcado de Gerda Lerner, **NÃO** visam apenas combater o machismo estruturado durante séculos, **MAS, SIM, ATENDEM A TODA A SOCIEDADE, notadamente as crianças e os adolescentes filhos dessas mulheres. CUIDAR DESSES FILHOS É CUIDAR DA NOVA GERAÇÃO, É COLOCAR UM BASTA NO CICLO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO.**

Sr. Presidente, as palavras do mestre Rui Barbosa vestem Vossa Excelência como um manto, quando o mestre diz: "NÃO HÁ NADA MAIS RELEVANTE PARA A VIDA SOCIAL QUE A FORMAÇÃO DO SENTIMENTO DA JUSTIÇA" e, "A INJUSTIÇA, POR ÍNFIMA QUE SEJA A CRIATURA VITIMADA, REVOLTA-ME, TRANSMUDA-ME, INCENDEIA-ME, ROUBANDO-ME A TRANQUILIDADE E A ESTIMA PELA VIDA".

Por essas e por muitas outras razões que o tempo não me permite expor, **Ribeirão Preto muito se engrandece com seu mais novo e ILUSTRE CIDADÃO, Des. GERALDO PINHEIRO FRANCO.**

Sr. Presidente, em nome da população de Ribeirão Preto e de todos os colegas da 6ª RAJ, **PARABENIZO-O PELA GESTÃO, PELO HONROSO, JUSTO E MERECIDO TÍTULO DE CIDADÃO RIBEIRÃO-PRETANO** e **AGRADEÇO PELA INSTALAÇÃO DE TÃO IMPORTANTE VARA.** Vossa Excelência é e sempre será um **norte para muitos de nós magistrados e magistradas.**

Peço licença, em que pese a ausência, para saudar Sua Excelência, d. Presidente eleito, Des. Ricardo Anafe, em nome dos juízes e juízas da 6ª RAJ, transmitindo nossas homenagens pela vitória no pleito do último dia 10, com **a certeza do sucesso de Sua Excelência à frente do** nosso gigante e amado TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

A Sua Excelência, Des. Corregedor Geral da Justiça, Des. Ricardo Anafe, Presidente eleito do e. TJSP, no aspecto pessoal, é imperioso que expresse minha ETERNA GRATIDÃO, pelas razões já conhecidas por Sua Excelência.

No aspecto profissional, é necessário o reconhecimento público não apenas do esforço de Sua Excelência, Desembargador Corregedor, para a instalação

Acesso ao Sumário

das Varas de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, MAS, TAMBÉM, pela brilhante gestão à frente da e. Corregedoria Geral da Justiça, dando suporte e orientação aos magistrados e aos servidores, nunca deixando de ser firme, escorreito, imparcial e, acima de tudo, JUSTO em suas posições.

Tenho a certeza de que, **junto** aos servidores da Vara ora instalada e à equipe multidisciplinar, que a **e. Corregedoria Geral da Justiça,** ainda sob a gestão de sua **Exa., Des. Ricardo Anafe, e,** logo mais, sob a gestão do eminente **Des. FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, eleito no último dia 10 Corregedor Geral da Justiça,** com suas brilhantes equipes de juízes e juízas assessoras (cito desde já os colegas Rodrigo e Roger), estará sempre ao nosso lado, **orientando** e nos **corrigindo na busca pelo aprimoramento do serviço público prestado.**

Outrossim, parabenizo, em nome dos **juízes e juízas da 6ª RAJ, Vossa Excelência, Des. FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, desembargador eleito CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA no último dia 10, fazendo** votos de sucesso na gestão que se inicia, **COM A CERTEZA E A ESPERANÇA** de que a **e. CORREGEDORIA GERAL da JUSTIÇA** prosseguirá em sua **histórica e honrosa** missão de, **sobretudo, orientar, corrigir desvios e padronizar as ações,** na busca pelo **APRIMORAMENTO do serviço público prestado ao jurisdicionado.**

Também em que pese a ausência, peço licença para saudar o Exmo. **Sr. Des. VICE-PRESIDENTE, Soares de Mello,** transmitindo-lhe os agradecimentos dos juízes e juízas da 6ª RAJ pelo essencial e incondicional apoio à instalação desta Vara, revelando sua sensibilidade às necessidades urgentes do jurisdicionado e, ainda, parabenizo-o **PELA EXPRESSIVA VOTAÇÃO** alcançada no último dia 10.

Peço licença para, nas pessoas de Vossas Excelências, saudar os demais Desembargadores presentes, sem olvidar do des. Aparecido e Teotônio, e agradecer o **E.**

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA e a COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, bem como peço licença para **PARABENIZAR, em nome dos juízes e juízas da 6ª RAJ,** todos os demais **eminentes desembargadores** eleitos no pleito do último dia 10, **com votos de sucesso e profícua gestão, QUE DEUS LHES DÊ FORÇAS PARA O BOM COMBATE, pois, como ensina Santo Agostinho: "ENQUANTO HOUVER VONTADE DE LUTAR HAVERÁ ESPERANÇA DE VENCER".**

Parabenizo, também, os não eleitos no último dia 10, aqueles **Eminentes Desembargadores que enriqueceram o pleito e exibiram o brilho, a grandeza e a qualidade dos quadros do E. Tribunal de Justiça de São Paulo.**

Acesso ao Sumário

Saúdo e agradeço à **COMESP,** na pessoa da ilustre presidente, **Des. MARIA DE LOURDES RACHID VAZ DE ALMEIDA,** pela qual saúdo as demais **dignas** magistradas integrantes da colenda **COMESP. Rogo,** desde já, **pelo auxílio e pela orientação** de Vossas Excelências na missão que **hoje se inicia.**

Saúdo, **na pessoa do colega Reginaldo, coordenador da Apamagis em Ribeirão Preto,** a presidente da nossa Associação, a **querida colega e amiga VANESSA MATTEUS,** e o nosso **colega e amigo,** ex-presidente da Apamagis e ex-presidente da AMB, **JAVME MARTINS DE OLIVEIRA NETO,** declarando publicamente minha **ETERNA GRATIDÃO,** pelas razões também já conhecidas por ambos. Parabenizo os dois amigos pela luta incansável por nossas prerrogativas, por nossos direitos, em sacrifício pessoal, em prol de **todos** os magistrados. **Eu sou a prova viva da importância da filiação à nossa querida Apamagis.**

Saúdo o diretor da 6ª RAJ - Ribeirão Preto, colega **PAULO GENTILE,** e o **Diretor do Fórum da Comarca de Ribeirão Preto,** colega **Ricardo Braga Monte Serrat,** parabenizando-os pela já conhecida qualidade humana, pela longa e exitosa experiência profissional, pela eficiência na gestão, notadamente em meio a esta terrível pandemia, e, sobretudo, pela luta e pelo sucesso na instalação desta Vara hoje. Nas pessoas de Vossas Excelências, peço licença para saudar os demais juízes e juízas presentes.

Faço uma saudação especial aos colegas criminais da comarca, que mesmo antes da criação do anexo da violência doméstica já aplicavam com denodo a Lei Maria da Penha.

Ainda quanto aos juízes, peço licença para **três breves agradecimentos especiais, ao Dr. SYLVIO RIBEIRO DE SOUZA NETO,** titular da 2ª Vara Criminal e Anexo da Violência Doméstica, pelo empenho na instalação do anexo e desta Vara; **aos Juízes Auxiliares, doutores GIOVANI AUGUSTO SERRA AZUL e VANESSA APARECIDA PEREIRA BARBOSA,** pelo brilhante trabalho junto ao até então **ANEXO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA; e à Dra. CAROLINA GAMA,** 4ª Juíza Auxiliar de Ribeirão Preto, que esteve, por anos, junto ao anexo citado, desenvolvendo um trabalho brilhante, **cuja marca na história da Comarca é indelével.**

Gostaria muito que suas Excelências, **Dra. Carolina, Dr. Giovani e Dra. Vanessa, sempre a critério da e. Presidência do TJSP,** seguissem ao nosso lado, junto à **VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE RIBEIRÃO PRETO,** com a diferença de que, **agora,** como **VARA** e, **sobretudo, JUNTOS,** seremos mais fortes para lutarmos pela **implantação** e pelo **aprimoramento de políticas públicas em prol das minorias,** pela **redução do número de feminicídios na Comarca, contra o ciclo da**

Acesso ao Sumário

violência de gênero e contra o machismo estruturado.

Ao Senhor Prefeito Municipal, **DUARTE NOGUEIRA,** na pessoa de seu secretário aqui presente, parabenizo Sua Excelência pela **gestão voltada ao social e, ainda, pelo enfrentamento dessas terríveis crises sanitária e orçamentária,** TAL COMO VEM FAZENDO SUA EXCELÊNCIA, **Sr. Des. Pinheiro Franco, Presidente do E. Tribunal,** e **fá-lo-á o nobre Des. Ricardo Anafe, Presidente eleito.**

Agradeço ao Sr. Prefeito, na pessoa de seu Secretário aqui presente, pelo apoio já dispensado ao anexo (duas psicólogas) e, desde já, ROGO por mais apoio do Executivo Municipal para a **Vara,** para o **nosso setor técnico** e para a implantação e melhoria das **POLÍTICAS PÚBLICAS REFERIDAS NA LEI MARIA DA PENHA,** notadamente no que se refere à REDE DE APOIO, para que a cidade se torne cada vez mais **GLOBAL** e **ACOLHEDORA, especialmente para as minorias e vítimas de violência doméstica e familiar.**

Ao **Sr. Presidente da Câmara de Vereadores** da nossa querida Ribeirão Preto, Dr. **Alessandro Maraca,** dirijo meus parabéns pela iniciativa da Casa de Leis, **justa e** merecida, de conceder o título de cidadão ribeirãopretano a Sua Excelência, Sr. Presidente do E. Tribunal, Des. GERALDO PINHEIRO FRANCO; sem prejuízo, coloco-me, juntamente com a Vara ora instalada, desde já, à **inteira disposição** da e. **CÂMARA DE VEREADORES, TENDO A CERTEZA DE CONTAR COM O APOIO INCONDICIONAL DESSA COLENDA CASA DE LEIS PARA A IMPLANTAÇÃO E O APRIMORAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DAS MINORIAS E DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES.**

Amigos da Polícia Militar, nas pessoas do Sr. Comandante do CPl-3, **CORONEL ROBSON DOUGLAS,** e do amigo Major HELDER ANTÔNIO DE PAULA, comandante do BAEP de Ribeirão Preto, RECEBAM E TRANSMITAM A TODA TROPA minha saudação e minha gratidão; Amigos da Polícia Civil, na pessoa do Dr. JOÃO OSINSK JR., d. Delegado do DEINTER 3 de Ribeirão Preto, saúdo todos e todas as policiais civis da *6ª* RAJ; Valorosos e bravos membros da GUARDA MUNICIPAL, na pessoa do Sr. Superintendente Domingos Antonio Fortuna Filho: DIGO QUE VOSSOS PAPÉIS SÃO ESSENCIAIS PARA A IMPLEMENTAÇÃO E MELHORIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA E PARA O ROMPIMENTO DO CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. A Vara hoje instalada PRECISA DOS VOSSOS APOIOS para manter e aprimorar os projetos atuais e futuros.

Senhor Presidente, dirijo-me agora ao coração do nosso querido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os servidores e as servidoras, notadamente do outrora Anexo de Combate à Violência Doméstica, parabéns pelo trabalho

Acesso ao Sumário

desenvolvido até aqui.

Peço que **não** temam o **erro, não** temam a **iniciativa, não** temam a **boa vontade, não** temam o **respeito mútuo** **e, especialmente, sintam, sempre, muito orgulho de serem (como eu) servidores do e. TJSP.**

Eu os saúdo na pessoa de minha **irmã, Andrea,** também servidora do E. TJSP, na cidade de Araraquara, **E OS CONVIDO PARA JUNTOS, como uma família forense, COMEÇARMOS UMA NOVA HISTÓRIA, SEM OLVIDAR DA EXCELÊNCIA DO TRABALHO JÁ DESENVOLVIDO ATÉ AQUI.**

Neste momento, não posso deixar de consignar meu **afeto** e **eterno agradecimento aos amados** servidores do 2º Ofício da Família e Sucessões de São Carlos, pessoas **competentes, dedicadas** e **honestas,** que **honram o TJSP** e **muito me ensinaram.**

À equipe multidisciplinar, com atuação no outrora anexo, parabéns pelo trabalho até aqui desenvolvido, **mesmo diante das dificuldades de efetivo (e aqui lanço mais um agradecimento e um pedido ao Sr. Prefeito Municipal, na pessoa de seu Secretário aqui presente, para que busque manter e ampliar nossa equipe).**

As senhoras do setor técnico e as servidoras **são o coração e a alma da chamada Rede.**

Tenham a certeza de que meu desejo é tentar ser um instrumento, junto à Rede, de Justiça Social, contando, para tanto, como o **auxílio** dos senhores e das senhoras.

Dessa forma, também **quero tranquilizar e parabenizar a REDE DE APOIO** do Município pelo trabalho até aqui desenvolvido, convocando todos os seus integrantes para uma **ação unida em prol da implantação de políticas públicas, A FIM DE MINIMIZARMOS E, QUIÇÁ, INTERROMPERMOS O CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MINORIAS.**

O Brasil é o quinto país do mundo em feminicídios, os quais são apenas a ponta do *iceberg* do ciclo da violência doméstica. Acredito que nós todos, **unidos,** podemos contribuir para a queda dos índices de feminicídios **em nossa querida Ribeirão Preto.**

Aos membros do **Ministério Público** com atuação na Vara ora instalada, sejam bem-vindos e bem-vindas; eu os saúdo nas pessoas dos meus **irmãos, de sangue, Dr. CARLOS ALBERTO MELLUSO JUNIOR,** da 3ª PJ de Matão, e **de afeto, Dr. ODILOM COMODARO,** da 13º PJ de Franca, e **Dr. LUCIANO GARCIA RIBEIRO,** da 1º PJ de São Carlos. **Espero** que, agora, com a instalação da Vara, o Ministério Público, **sempre ao seu critério, especialize a atuação de seus membros junto à novel Vara.**

Aos membros da **r. Defensoria Pública,** igualmente, terão em mim um

amigo, ex-estagiário, parceiro na busca da Justiça Social. De igual modo, espero que, agora, com a presente instalação, a d. Defensoria Pública, **sempre ao seu critério, especialize a atuação de seus membros junto à novel Vara.**

Não menos importante, **saúdo os senhores advogados,** classe pela qual tenho profundo respeito e orgulho de ter pertencido por vários anos. Eu os saúdo nas pessoas dos **Drs. Oreste Laspro, Júlio de Macedo, Daniela Danella, Renato Cassio Soares de Barros e Luiz Vicente Ribeiro Corrêa, este d. Presidente da 12ª subseção da OAB-SP, Ribeirão Preto.**

Tenho certeza de que todos nós, **junto com a Sociedade Civil organizada, com a Imprensa Livre e, especialmente, com as Universidades da Comarca,** conseguiremos cumprir e aprimorar a devida prestação jurisdicional.

Senhoras e senhores, sei que não tenho lugar de fala, pois sou homem, branco e de classe média, **porém tenho razões para crer, humildemente,** ter condições de **tentar ser um instrumento de voz para TODA a vítima de violência doméstica e familiar, para TODO hipossuficiente, para TODA a minoria discriminada e, por vezes, ABANDONADA, DESPREZADA e INVISÍVEL.**

E o digo pelo que **aprendo** com meus **saudosos PAIS; pelo que aprendo com meus pequenos filhos;*** o que **aprendo nos meus 22 anos de judicatura no honroso TJSP;**

* o que **aprendo** com a minha **fé cristã;*** o que aprendi com a **educadora física, as fisioterapeutas,** as **terapeutas ocupacionais, os médicos, as médicas,** os **enfermeiros, as enfermeiras, os técnicos e as técnicas** em **enfermagem, em** especial aqueles da UTI do Hospital da Unimed de Ribeirão Preto, aqueles que me seguraram as mãos**.**

Além disso, não posso olvidar o que aprendo com meus **AMIGOS/IRMÃOS,** os quais saúdo, todos, nas pessoas do Dr. **CRISTIANO DE CASTRO JARRETA COELHO,** Juiz de Direito titular do Juizado Especial de São José do **Rio Preto, Diretor da 8ª RAJ, e Dr. OVALDO JOSÉ BACARIN, titular do OFÍCIO DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS E INTERDIÇÕES E TUTELAS de Santa Cruz das** Palmeiras, os quais representam TODOS os AMIGOS/IRMÃOS que MUITO ORARAM POR MIM, e neste ponto não posso deixar de citar Provérbios 17:17: **"O AMIGO AMA EM TODOS OS MOMENTOS; É UM IRMÃO NA ADVERSIDADE".**

Por outro lado, quanto ao norte da Vara hoje instalada, antecipo que o Estado deve, sim, ser repressor, porém, nos CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER é impensável que o Estado seja APENAS repressor; temos que agir em REDE, na busca por implantação de políticas públicas TANTO PARA AS VÍTIMAS em situação de violência doméstica COMO PARA O AGRESSOR E PARA OS FILHOS, pondo fim ou

Acesso ao Sumário

minimizando o chamado ciclo da violência doméstica.

Senhor Presidente, dirigindo-me ao final, com escusas pelo alongado do tempo, eu me removi para esta Vara, basicamente: PORQUE acredito na causa; PORQUE creio ser possível aprender muito com a prestação jurisdicional nesta Vara; PORQUE aprendi a amar esta cidade e POR TRÊS PEQUENINOS, COMO O SENHOR, ribeirão-pretanos, de tenra idade, a Maria Clara, o Lucca e a Pietra, amores da minha vida e razão do meu viver.

ROGO A DEUS, Sr. Presidente, em "tempos estranhos", como diria o e. Ministro Marco Aurélio, que os **três pequeninos TENHAM** e **SEJAM** exemplos de **TOLERÂNCIA, INCLUSÃO SOCIAL, CORAGEM, LUTA PELO JUSTO, QUE NUNCA SE CALEM DIANTE DO MAL** e **sempre busquem construir uma sociedade com JUSTIÇA SOCIAL, IGUALDADE e FRATERNIDADE.**

Por fim, com muita **gratidão** a **Deus** pela oportunidade de estar presente nesta solenidade, agradeço a paciência e a honrosa presença de todos e todas os senhores e senhoras e, pela última vez, cito o salmista, em 9:18: **rogo a Deus que, NESTA VARA, hoje instalada, "OS POBRES NUNCA SEJAM ESQUECIDOS, NEM SE FRUSTRE A ESPERANÇA DAS PESSOAS NECESSITADAS".** Paz e Bem a todos.

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido na Cerimônia de Instalação da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Ribeirão Preto e por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Ribeirão-pretano" (Solenidade realizada em 18.11.2021).

Bom dia,

Cumprimentos os presentes e afirmo a alegria de estar com todos.

Para mim é motivo de orgulho presidir essa sessão de instalação da Vara de Violência Doméstica E Familiar Contra a Mulher da Comarca de Ribeirão Preto, seja pela importância do passo dado, seja pela importância da Comarca no cenário judiciário de nosso Estado, seja pelo reconhecimento do trabalho executado na Comarca pelos magistrados e magistradas servidores e servidoras que dignificam o Poder Judiciário Bandeirante.

Município pujante, habitado originalmente pelos índios Caiapós, ante-

passados ilustres. Ribeirão Preto, no início de sua formação, era composto por conglomerados de fazendas, próximas a estrada que demandava o Triângulo Mineiro e o Planalto Goiano (caminho de Goiás). A Fazenda Barra do Retiro marcava o centro da área que viria a se tornar o município de Ribeirão Preto. Esta é a formação do Município, hoje Comarca, que, conduzido por administrações progressistas, atingiu lugar de destaque no Estado de São Paulo.

O Poder Judiciário de Ribeirão Preto, conduzido pelas mãos seguras e eficientes dos E. Juízes de Direito RICARDO BRAGA MONTE SERRAT, Diretor do Fórum, e PAULO CESAR GENTILE, Diretor da 6.ª RAJ, se destaca no cenário do Sistema de Justiça, contando com Magistrados e Magistradas de reconhecida competência, em um trabalho de união com os Advogados, Membros do Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias Civil e Militar e Guarda Metropolitana.

A necessidade do aumento e da especialização de varas é patente, não só para dar celeridade, mas para permitir um julgamento ainda melhor e mais técnico, lembrando, sempre, que a atividade do juiz é destinada ao cidadão. E por essa razão, é preciso que tenha talento, conhecimento, mas mais do que tudo, sensibilidade e humanidade, lembrando que a solução deve ter em mente as partes.

E não há dúvida de que o eminente e experimentado CAIO CESAR MELLUSO que hoje inicia seu trabalho na vara instalada terá um trabalho a um só tempo difícil e com um retorno social imenso.

O Tribunal de Justiça preocupa-se com a violência à mulher. Mas preocupação não basta. É preciso ações concretas, materiais. E é o que fazemos, com projetos e ações, reafirmo.

Buscamos combater o feminicídio e dar apoio a suas eventuais vítimas. Os casos de violência doméstica, anos atrás, eram entendidos pela sociedade como pequenas rusgas da relação doméstica/familiar, que a ninguém interessava, senão ao casal e à Família. O enfrentamento da violência de gênero naquela época (apenas uma das várias formas de violência), numa sociedade assentada sobre as bases do patriarcado, era tímido.

Décadas depois, os relacionamentos abusivos ainda são, não raro, mascarados por atitudes vistas como simples "excesso de amor''. O ciúme e os xingamentos podem estar na primeira etapa do chamado ciclo da violência, que alterna agressão, perdão, reconciliação e nova agressão. Em muitos dos casos, essa é a estrada pela qual transita o feminicídio, as agressões morais e físicas e outras tantas.

Apesar de ainda haver grande margem para avanços e aprimoramentos na área, a mulher ganhou força e respaldo para pedir ajuda. Prova disso é que o Poder Judiciário tem sido chamado com mais frequência a intervir e protegê-la.

Acesso ao Sumário

De 2018 para 2020, houve aumento de 73% na concessão de medidas protetivas. Isso nos dá o tom da violência de gênero que permeia nossa sociedade, mas também permite vislumbrar que a subnotificação, marca histórica do tema, vem diminuindo.

Temos o dever de romper o grave ciclo de violência a que estão submetidas as mulheres. O dever é nosso. Devemos intervir sempre. Temos o dever de agir. De dar segurança a elas. De acolhê-las.

De acordo com a Organização das Nações Unidas, o Brasil é o 5° país do mundo com maior número de feminicídios. É urgente que sigamos atuando, de modo firme e estratégico, para prevenir a ocorrência da violência de gênero. E, ocorrendo, cabe-nos criar mecanismos que levem à diminuição da subnotificação de casos. E preciso que tenhamos muito claro em nossas mentes e ações, que esse quadro envergonha a todos e que precisamos excluir a violência contra a mulher de nossa sociedade, seja pela cultura, é verdade, seja peça força do Estado afastando do lar o agente da agressão, tenha ela a natureza que tiver.

Diversas iniciativas de ótimos resultados já estão em prática em Comarcas do Estado de SP. Demandam visibilidade e multiplicação. E outras tantas ainda vão surgir, ajudando a conscientizar potenciais agressores, incentivar a denúncia por mulheres agredidas, aprimorar a atuação do sistema de justiça e contribuir para a redução dos danos experimentados pelas vítimas. E é preciso, e estamos lutando para isso, que a mulher tenha ciência de que pode contar com o Poder Judiciário e que será acolhida quando precisar de defesa.

Vamos nos unir para que a violência de gênero seja definitivamente extirpada. Só assim seremos mais humanos, independentemente do gênero ao qual pertençamos e das dificuldades pelas quais passemos no decorrer da vida.

Não tolerem o intolerável.

“Nos relacionamentos abusivos é só uma questão de tempo para o pior acontecer. Ajude a evitar feminicídios. Rompa o ciclo da violência.”

O Tribunal de Justiça sente-se feliz em poder contribuir ainda mais para a melhoria do extraordinário trabalho jurisdicional na Comarca de Ribeirão Preto, em prol do cidadão. E ela é integrada por magistrados e magistradas que merecem o reconhecimento e o aplauso da Corte pelo trabalho profícuo, homens e mulheres sérios, dedicados, probos, leais, competentes, imparciais, independentes, sensíveis, serenos e cordiais, preocupados com a sociedade e o cidadão, a quem devemos absoluto respeito.

O cidadão de Ribeirão Preto tem razões de sobra para se orgulhar de sua Magistratura. E deve fazê-lo.

Ao Juiz que irá dirigir a nova Vara, Doutor CAIO CESAR MELUSO, meu desejo de pleno Sucesso e de que promova o bem estar na sociedade. Seja muito feliz. E conte com o Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Declaro instalada a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Ribeirão Preto.

LUCIANA CASSIANO ZAMPERLINI COCHITO (Juíza de Direito)

Discurso proferido na Cerimônia de Instalação da Vara de Violência Do-méstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São José do Rio Preto e por ocasião do recebimento do título de "Cidadão Rio-pretense" (Solenidade reali-zada em 19.11.2021).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, a quem peço permissão, para em seu nome, saudar os meus colegas juízes, que me indicaram a Vossa Excelência para eu ser designada Diretora deste Fórum, após o faleci-mento do nosso saudoso Paulo Marcos, que tanto honrou a toga. Confesso que a saudade daquele sorriso largo ainda nos corrói.

Excelentíssimo Senhor Vice-Governador Rodrigo Garcia, meus agradeci-mentos pela honrosa visita. Sabido dos diversos compromissos que o cargo lhe impõe, se dispôs a estar aqui entre nós e abrilhantar esta solenidade.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Carlão Pignatari, que conheço desde os tempos que judicava em Fernandópolis. Sou testemunha de seu trabalho, empenho e esforços pelas demandas do noroes-te paulista. E ainda de pronto atendeu convite para conhecer nosso fórum e nos ajudar na tão necessária reforma deste prédio. Muito obrigada.

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, Edinho Araújo, que trabalha proficuamente para que São José do Rio Preto atinja patamares de excelência em todos os setores e ainda se preocupa com os nossos problemas e anseios. Dentro daquilo que a lei lhe permite fazer, nunca deixou de nos atender.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal, Pedro Roberto Gomes, em seu nome cumprimento os demais Vereadores desta cidade, que com brilhantismo representam os interesses do povo na casa das leis.

Cumprimento o Ilustríssimo Dr. Marcelo Henrique, presidente da OAB local, entidade que não defende apenas os interesses dos advogados, mas de toda a sociedade, sem se esquecer que a advocacia é essencial a administração da justiça.

Excelentíssima Senhora Ana Beatriz Pranuvi Costa Oliveira, promotora

Acesso ao Sumário

de Justiça, neste ao representando o Procurador-Geral de Justiça. O Ministério Público também essencial à prestação jurisdicional e defensor incondicional da sociedade. Em seu nome peço permissão para cumprimentar todas as demais autoridades já nominadas pelo protocolo.

Boa tarde a todos.

Hoje é um dia histórico para a Comarca de São José do Rio Preto. Temos aqui neste salão do Júri, palco de grandes julgamentos, os três Poderes do Estado de São Paulo. Presidente do Tribunal de Justiça, Vice governador e Presidente da Assembleia Legislativa e para instalarmos a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Trata-se de anseio antigo da Comarca e, com a sensibilidade do nosso Presidente, hoje podemos nos orgulhar desta conquista. Sabemos que os recursos públicos são escassos, nem sempre suficientes para todas as demandas, principalmente nesse momento de contingenciamento de verbas, mas a violência contra a mulher é uma demanda social que não pode mais esperar.

Temos que dar um basta à banalização da agressão à mulher. E o Poder Judiciário não ficou alheio.

Em março de 2019 foi instalado o anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher aqui na comarca e vimos o quão necessário ele era. Os números falam por si, pois a distribuição de feitos e principalmente de medidas protetivas só aumentaram. Nós juízes criminais, responsáveis pelo anexo, envidamos todos os esforços para a proteção da mulher. Vários projetos de atendimento a mulheres e aos homens agressores foram criados, mas temos outras atribuições e não podíamos nos dedicar completamente nessa demanda tão sensível. Agora, com a criação da Vara, além de proporcionar celeridade nos julgamentos, cumprindo mandamento constitucional da duração razoável do processo, haverá especialização e dedicação exclusiva de um magistrado. Novas políticas preventivas e de combate à Violência Doméstica poderão ser implementadas, em complemento àquelas que já vem sendo desenvolvidas com sucesso pelo setor da justiça restaurativa local.

Quero frisar que a instalação da Vara de Violência

Doméstica e Familiar contra mulher aqui nessa comarca é a comprovação que o Judiciário Bandeirante está comprometido com os problemas sociais e com a necessidade de romper a cultura de desigualdade aceita como natural.

Minhas palavras são de agradecimento. Aos meus colegas que tanto me apoiaram e me ajudam nessa empreitada. Ser a primeira mulher Diretora do Fórum da Comarca de São José do Rio Preto só aumentou a minha responsabilidade e os meus desafios.

Ao Prefeito Municipal que ergueu essa bandeira deste seu primeiro man-

Acesso ao Sumário

dato e sempre nos apoiou. Ao Deputado Carlão Pignatari e ao Vice-Governador Rodrigo Garcia que também entenderam a nossa demanda, não medindo esforços para nos ajudar.

E, por fim, ao Presidente, Dr. Geraldo Pinheiro Franco, que geriu o maior Tribunal de Justiça do mundo, praticamente durante toda a pandemia da Covid-19, que assolou o mundo, sem se abater. Para salvar vidas fechou os fóruns quando necessário, sem nunca interromper a prestação jurisdicional, colocando as ferramentas tecnológicas a favor dos jurisdicionados. Seu nome ficará marcado na história dessa comarca.

Encerro agradecendo a todos aqui presentes, que abrilhantam esse evento.

Muito obrigada.

Acesso ao Sumário