REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 49 – ANO 9

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2022

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 (Supervisor da Biblioteca
Desembargador RICARDO SANTOS FEITOSA
Desembargador PAULO ROBERTO GRAVA BRAZIL
Desembargador CÉSAR MECCHI MORALES
Desembargador ANTONIO MÁRIO DE CASTRO FIGLIOLIA
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) Apelações 94

c) Embargos de Declaração 369

d) Mandados de Segurança 381

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 386

b) Agravos Internos 401

c) Apelações 413

d) Apelações/Remessas Necessárias 554

e) Embargos de Declaração 570

f) Remessas Necessárias 573

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos de Instrumento 583

b) Agravos em Execução Penal 586

c) Apelações 609

d) Correições Parciais 693

e) Embargos de Declaração 704

f) Embargos Infringentes 706

g) *Habeas Corpus* 716

h) Mandados de Segurança 781

i) Recursos em Sentido Estrito 786

j) Revisões Criminais 797

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 809

b) Agravos Regimentais 883

c) Conflitos de Competência 885

d) *Habeas Corpus* 903

e) Mandados de Segurança 906

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 931

b) Apelações 934

c) Conflitos de Competência 975

d) Conflitos de Jurisdição 989

5- Câmara Especial de Presidentes 995

6- Conselho Superior da Magistratura 1020

7- Noticiário 1035

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 IX, n. 49, jan./fev. 2022 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2022.

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 RICARDO Mair ANAFE

Vice-Presidente
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

RICARDO Mair ANAFE
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
MOACIR Andrade PERES
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
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
FÁBIO Monteiro GOUVÊA

Maria CRISTINA ZUCCHI
José JACOB VALENTE
JAMES Alberto SIANO
CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
João Francisco MOREIRA VIEGAS
ROBERTO Caruso Costábile SOLIMENE
Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
ELCIO TRUJILLO
DÉCIO de Moura NOTARANGELI
GUILHERME Gonçalves STRENGER
FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador RICARDO Mair ANAFE

Vice-Presidente
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO
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 RICARDO Mair ANAFE (Presidente)
Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER (Vice-Presidente)
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO (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
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**
Desembargador JOÃO BAPTISTA GALHARDO JÚNIOR**

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 VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**

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

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
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO**
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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

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

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
Desembargador JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE***
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
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 407/425)

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

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

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

Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA***
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**

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 RICARDO Cunha CHIMENTI
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 SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ**

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
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTII**

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***
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

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
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 504)

33ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

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

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA***
Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargadora LÍGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargador TERCIO PIRES**
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 501)

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**
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**

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**
Desembargador MARIO DACCACHE**

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

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

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargadora ANNA PAULA DIAS DA COSTA**

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

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

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

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

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

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

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

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
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO**

13ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA***
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN
Desembargador DJALMA Rubens LOFRANO FILHO
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

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

14ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 5ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araújo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador ALOÍSIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA
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 MARCO ANTONIO BOTTO MUSCARI**
Desembargador FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI**

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
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**
Desembargadora FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ**

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
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
Fernando Figueiredo Bartoletti
Fátima Vilas Boas Cruz
João Baptista Galhardo Júnior
Guilherme Ferreira da Cruz

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2210266-96.2021.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que são agravantes JOSÉ CARLOS DELLA ROVERE, IZABEL APARECIDA DELA ROVERE RODRIGUES e MARIA DONIZETE DELLA ROVERE, é agravado LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR.

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 51751)**

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2021.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE - Cumprimento de sentença - Decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo à impugnação - Inconformismo dos executados - Acolhimento - Presença dos requisitos do art. 525, § 6º, do CPC - A garantia é suficiente, os fundamentos da impugnação são relevantes e o prosseguimento do cumprimento de sentença, com eventuais atos de execução forçada, é manifestamente suscetível de causar aos executados -agravantes grave dano de difícil ou incerta reparação - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

1) Insurgem-se os agravantes contra r. decisão proferida nos autos do cumprimento de sentença movido pelo agravado, na qual o MM. Juiz "a quo" recebeu a impugnação ao cumprimento de sentença sem a suspensão da execução. Alegam, em síntese, que: o Cumprimento de Sentença n.º 0004647-

Acesso ao Sumário

58.2020.8.26.0189, que rege o recebimento dos créditos dos agravantes está suspenso, sem qualquer pagamento realizado em favor dos ora recorrentes; ocorre que, apesar de suspenso o processo principal, os recorrentes foram surpreendidos com a intimação para pagamento dos honorários advocatícios do ora agravado, Dr. Luís Manoel Gomes Junior, que abriu um Cumprimento de Sentença sob n.º 0003325-66.2021.8.26.0189, para receber seus honorários advocatícios fixados no ACORDO DE VONTADES; o ACORDO DE VONTADES vinculou o pagamento dos honorários ao recebimento do valor principal pelos agravantes, logo, enquanto não receberem seus haveres, nada é devido aos advogados; o agravado subscreveu o ACORDO DE VONTADES, logo aceitou se submeter ao tempo de recebimento atribuído aos haveres discutidos no processo principal.

Foi concedido o efeito suspensivo ao recurso.

O agravado apresentou resposta aduzindo que o valor é devido e não há condição ou termo algum pendente; seria ilícita por potestativa uma condição tal que dependa exclusivamente da vontade dos agravantes; deve haver a interpretação da regra do item 1.2. do acordo que tinha por pressuposto um acordo posterior, agora na forma dos pagamentos, o que não ocorreu; os agravantes faltam com a verdade já que receberam valores após o acordo e não pagaram percentual algum da verba honorária devida; nos termos do acordo, teriam os agravantes direito aos valores mensais e proporcionais, havendo os respectivos recebimentos, mas nada foi pago a título de honorários; os agravantes são litigantes de má-fé.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

Na demanda originária, os autores-agravantes postularam a procedência da ação, para declarar a retirada deles da sociedade empresarial JIM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS FERNANDÓPOLIS LTDA., condenando as rés ao pagamento de seus respectivos haveres societários.

Posteriormente houve a prolação de sentença (fls. 417/420 dos autos nº 1005323-86.2020.8.26.0189), seguida de acordo entre as partes, no sentido de delimitar qual o *quantum* total dos bens e direitos dos agravantes, devidamente homologado pelo MM. Juiz "a quo", convertendo-o em novo título executivo judicial (art. 515, II c.c. art. 487, III, b, ambos do CPC), decisão transitada em julgado.

Os agravantes então ajuizaram o Incidente de Liquidação de Sentença de n.º 0004647.58.2020.8.26.0189, para dar cumprimento ao acordo de vontades.

Sobreveio a r. decisão de fls. 8804/8805, que homologou o laudo pericial e determinou o pagamento pelas rés do valor apurado, no prazo de 15(quinze)

dias, sob pena de multa e honorários advocatícios, conforme art. 523, do CPC, decisão essa publicada em 19.04.2021 (certidão de fls. 8808).

Contra essa decisão, as rés interpuseram o Agravo de Instrumento nº 2087619-02.2021.8.26.0000, no qual foi concedido efeito suspensivo, tendo sido comunicado ao juízo de origem em 30.04.2021 (fls. 8842).

Portanto, da publicação da primeira intimação para pagamento no dia 19.04.2021 até a notificação do MM. Juízo de origem acerca do efeito suspensivo concedido no agravo de instrumento em 30.04.2021, transcorreram apenas 7 (sete) dias úteis, considerando a suspensão dos prazos no dia 21.04.2021.

Em 13.07.2021 foi publicado o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento.

Assim, ainda remanescia o prazo de oito dias para efetuar o pagamento, o qual deveria ter sido restituído às rés.

Ao invés disso, o MM. Juízo "a quo", no mesmo dia da publicação do acórdão denegatório, sem intimação para pagamento no prazo remanescente, determinou o bloqueio nas contas das rés do valor integral executado (R$ 61.780.190,51), somado à multa e honorários do cumprimento de sentença, equivalente à quantia de R$ 82.353.828,15, o qual foi frutífero na ordem de R$ 111.371,17 (fls. 66/70 do agravo).

Contra essa r. decisão, as rés interpuseram o Agravo de Instrumento nº 2181794-85.2021.8.26.0000, o qual foi provido na parte conhecida, determinando que fosse declarada a nulidade da penhora realizada, a fim de que as rés fossem devidamente intimadas do prazo remanescente para o pagamento da obrigação (fls. 104/112).

Em consulta àquele incidente constata-se que as rés foram intimadas para que, no prazo de oito dias (remanescente, nos termos do decidido naquele agravo), paguem a dívida atualizada (fls. 9330), decisão esta disponibilizada em 24.11.2021 (certidão de fls. 9332).

O presente Cumprimento Provisório de Sentença recebeu o nº 0003325-66.2021.8.26.0189 e foi instaurado pelo patrono das rés, Sr. LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, ora agravado, requerendo o pagamento pelos agravantes da parte que lhe cabe de honorários advocatícios.

Intimados, os agravantes apresentaram impugnação e requereram a concessão de efeito suspensivo.

O MM. Juiz "a quo" recebeu a impugnação sem a suspensão da execução e é contra essa r. decisão que os agravantes se insurgem.

Merece prosperar o recurso.

Os honorários advocatícios de sucumbência objeto deste incidente foram vinculados aos pagamentos dos saldos de indenização que são devidos aos agra-

Acesso ao Sumário

vantes, ora executados, nos autos principais, conforme se comprova pela leitura dos itens 1.1 e 1.2, do "ACORDO DE VONTADES" (fls. 41/43).

> "*1.1. Os honorários de sucumbência que deverão ser suportados, reciprocamente, pelas partes, Autores e Réus, em favor dos advogados da parte contrária, ficam ora estipulados, no percentual único de 10% (dez por cento) sobre o valor total da INDENIZAÇÃO a ser estipulada, como decidido na r. sentença, cujo montante será fixado na prova pericial na forma prevista na r. sentença ora ratificada, e ser partilhados na proporção de 50% (cinquenta por cento) para os advogados dos autores e os 50% (cinquenta por cento) restantes para os advogados dos réus, ou seja, 5% para cada um.*
>
> *1.2. Os pagamentos dos honorários de sucumbência serão realizados pelas partes responsáveis, nos mesmos dias, e, na mesma forma, em que forem ajustados os pagamentos dos haveres dos autores da ação.*" (g.n.)

Ocorre que, conforme acima exposto, ainda não houve o pagamento dos haveres dos agravantes, já que concedido efeito suspensivo nos autos do Agravo de Instrumento nº 2181794-85.2021.8.26.0000, o qual foi provido na parte conhecida, determinando que fosse declarada a nulidade da penhora realizada, a fim de que as rés fossem devidamente intimadas do prazo remanescente para o pagamento da obrigação e ainda pendente de pagamento tal saldo.

O acordo de vontades vinculou o pagamento dos honorários ao recebimento do valor principal pelos agravantes, assim, enquanto não receberem seus haveres, nada é devido aos advogados!

O agravado subscreveu o acordo de vontades, logo, aceitou se submeter ao tempo de recebimento atribuído aos haveres discutidos no processo principal.

É certo que, nos termos do acordo, os agravantes têm direito ao recebimento de suas participações mensais na empresa "JIM" enquanto não forem quitados os valores que lhe cabem de haveres (cls. 2 - fls. 42).

Mas a cls. 1.2 é expressa ao dispor que os pagamentos dos honorários de sucumbência serão realizados nos mesmos dias, e, na mesma forma, em que forem pagos os haveres dos agravantes (fls. 42), portanto, não há que se falar em pagamento de honorários antes do pagamento dos haveres.

Dispõe o art. 525, § 6º, do CPC:

> "§ 6º A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito *suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta repa-*

Acesso ao Sumário

ração."

Assim, sendo relevantes os fundamentos e o prosseguimento da execução manifestamente suscetível de causar aos executados grave dano de difícil ou incerta reparação, tendo em vista o elevado valor da execução (R$ 3.089.009,52), bem como que os executados-agravantes indicaram à penhora uma parte de seu crédito em execução nos autos principais (fls. 38/46 do incidente), possível a atribuição de efeito suspensivo à presente impugnação, merecendo reforma a r. decisão agravada.

Sobre o tema:

"*Ação de obrigação de fazer, em fase de cumprimento provisório de sentença - Decisão que rejeitou embargos de declaração opostos pelos executados contra decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo à impugnação - Inconformismo dos executados - Acolhimento - Presença dos requisitos do art. 525, § 6º, do CPC - A garantia (depósitos judiciais) é suficiente, os fundamentos da impugnação são relevantes e o prosseguimento do cumprimento de sentença, com eventuais atos de execução forçada, por exemplo, o bloqueio de recursos financeiros, é manifestamente suscetível de causar ao executado (agravantes) grave dano de difícil ou incerta reparação - Decisão reformada - Recurso provido.*" **(Agr. Inst. nº 2172708-27.2020.8.26.0000 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Rel. Des. GRAVA BRAZIL - j. 01.09.2020)**

"*CUMPRIMENTO DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO - COBRANÇA DE MULTA - IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO EXECUTADO - EFEITO SUSPENSIVO - COMERCIALIZAÇÃO DE CÂMERA FOTOGRÁFICA 'GO PRO' - A impugnação ao cumprimento de sentença, em regra, é desprovida de efeito suspensivo. Pelo art. 525, § 6°, CPC, é possível atribuir-se efeito suspensivo à impugnação, desde que haja garantia do juízo - Todavia, no caso em apreço, há dúvida sobre a exigibilidade da obrigação e que reclama dilação probatória - Discussão sobre se a comercialização da câmera fotográfica 'GO PRO' viola a cláusula de não concorrência, prevista no acordo - Instrução que pode afetar a própria exigibilidade da obrigação - RECURSO DESPROVIDO.*" **(Agr. Inst. nº 2144366-40.2019.8.26.0000 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Rel. Des. SÉRGIO SHIMURA - j. 10.03.2020)**

Dessarte, não há que se falar em condenação dos agravantes por litigância de má- fé.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2253580-92.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante APARECIDA CORDEIRO MARTINS, é agravado IGREJA MUNDIAL DO PODER DE DEUS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.259)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2021.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Locação de imóvel - Ação de execução por título extrajudicial - Decisão que indeferiu os benefícios da justiça gratuita à autora - Reforma - Cabimento - Suficiência da afirmação de pobreza, no caso de pessoa natural - Inteligência aos arts. 98, "caput", e 99, §3º, do CPC - Elementos dos autos a indicar que a parte faz jus à benesse legal. Recurso provido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão copiada às fls. 12/14, proferida nos autos da ação de execução por título extrajudicial proposta por Aparecida Cordeiro Martins em face de "Igreja Mundial do Poder de Deus" (não citada), que indeferiu os benefícios da gratuidade de justiça em favor da autora/agravante e determinou o recolhimento das custas iniciais no prazo de 15 dias, sob pena de indeferimento da exordial.

Aduziu, em síntese, que faz jus à benesse legal, ao que requereu a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

Recebido no efeito suspensivo.

Dispensada a vinda de informações, bem como a intimação da agravada para contraminuta, porquanto sequer citada.

É o relatório.

O recurso comporta acolhimento.

Acesso ao Sumário

Os arts. 98, "caput", e 99, §3º, do Código de Processo Civil, estabelecem que: "***A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei***". "***Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural***".

Verifica-se dos presentes autos que a agravante alegou ser pobre na acepção jurídica do termo (fls. 09 da origem), e isso é o quanto basta, na hipótese, para comprovar, ainda que momentaneamente, a impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Ademais, extrai-se da exordial que a parte se encontra desempregada. Às fls. 19/21 da origem acostou termo de confissão de dívida para fins de quitação de dívida envolvendo fornecimento de energia elétrica, mediante parcelamento do débito em 36 prestações.

Às fls. 24/27 do presente reclamo, juntou extratos bancários que não evidenciam grande movimentação financeira e retratam ausência de saldo em 24.08.2021. A parte também comprovou que é isenta da obrigação de declarar sua renda perante a Receita Federal (fls. 28/31).

O Juízo de origem se valeu de dois fundamentos para indeferir a benesse legal à autora. O primeiro, atrelado ao fato de ter se valido da contratação de advogado particular, e o segundo envolvendo o ajuizamento da ação fora de seu domicílio, mediante renuncia de direito conferido pela legislação consumerista.

O fato de a parte ter se valido da contratação de advogado não é causa capaz de denegar a benesse legal, tal como expressamente previsto no art. 99, §4º, do Código de Processo Civil.

De outro lado, ao que consta, inexiste relação de consumo entre as partes, mas sim locação imobiliária regida pelos ditames da Lei nº 8.245/91, tendo a agravante ajuizado a ação no foro de eleição do contrato, correspondente à sede da locatária.

Ademais, não se pode deslembrar que, em se tratando de ação de execução por título extrajudicial, a lei estabelece a possibilidade de ajuizamento da ação no foro de domicílio do executado, nos termos do art. 781, inciso I, do Código de Processo Civil[1], faculdade que obviamente não guarda relação com eventual renúncia de direitos, já que visa conferir efetividade à execução e, com efeito, não pode ser interpretada em desfavor da recorrente.

Raciocinar do modo contrário significaria cercear o acesso à Justiça da recorrente que, segundo consta da exordial, já tem suportado prejuízo com o

Acesso ao Sumário

1 Art. 781. A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte:

I - a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos;

inadimplemento do débito envolvendo o contrato de locação firmado entre as partes, ante a falta de pagamento dos locativos avençados em R$ 2.000,00, além das faturas de consumo de energia elétrica envolvendo o imóvel objeto da lide.

Por outro lado, a revogação da benesse poderá ocorrer a qualquer tempo, caso verificado que a beneficiária não preenche os requisitos necessários para sua concessão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2266717-44.2021.8.26.0000, da Comarca de Morro Agudo, em que é agravante LUCILEI DO NASCIMENTO, é agravado SINDNAPI - SINDICATO NACIONAL DOS APOSENTADOS.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39290)**

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

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - DECISÃO QUE DECLINOU A COMPETÊNCIA E DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO - AUTORA QUE PRETENDE A REPETIÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE DESCONTADOS - NATUREZA DE CONTRIBUIÇÃO ASSOCIATIVA (E NÃO DE IMPOSTO SINDICAL), SENDO COMPETENTE A JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR A DEMANDA - DECISÃO MODIFICADA - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls.

23/24 da origem, nos autos da ação de repetição de valores, declinou a competência e determinou a remessa dos autos para a Justiça do Trabalho.

Sustenta a parte agravante que não se trata de relação jurídica trabalhista, sendo inexistente qualquer vínculo empregatício entre as partes, a ensejar a referida redistribuição da demanda. Prossegue argumentando sobre a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a presente demanda de natureza consumerista, com o desconto indevido em seu benefício previdenciário, sem a sua anuência. Acrescenta que não se trata de imposto sindical, sendo que na propaganda, a ré oferece lazer, saúde e crédito, aos associados. Pede o provimento ao recurso, reformando-se a r. decisão agravada.

Recurso formalmente em ordem e ora recebido, dispensando-se as diligências contidas no artigo 1.019 do Novo Código de Processo Civil, uma vez que reúne condições de imediato julgamento.

É o relatório.

No caso vertente, a autora pretende a devolução dos valores indevidamente descontados de seu benefício previdenciário.

Trata-se, pois, de demanda de natureza consumerista e não trabalhista ou sindical, por envolver a legalidade de descontos no benefício previdenciário da autora e agravante, a título de contribuição sindical facultativa (contribuição associativa), não se tratando da contribuição sindical compulsória (imposto sindical).

Assim, a lide não envolve a discussão acerca de representação sindical (artigo 114, inciso III, do CPC) ou de ação indenizatória decorrente de relação de trabalho (artigo 114, inciso VI, do CPC), mas de relação consumerista, em que se discute a possibilidade ou não de proceder aos descontos.

Deste modo, uma vez que o pedido e a causa de pedir diz respeito aos descontos no benefício previdenciário da autora, à sua revelia, à título de contribuição associativa, a competência é da Justiça Estadual Comum.

Neste sentido a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMPETÊNCIA - DESCONTO SUPOSTAMENTE INDEVIDO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - DECISÃO QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA E DETERMINA A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO - INCONFORMISMO - **ACOLHIMENTO - DESCONTO EFETUADO A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO ASSOCIATIVA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM - PRECEDENTE DO STJ** - DECISÃO REFORMADA - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento nº 2122755-60.2021.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. ALEXANDRE COELHO, julgado em 18 de agosto de 2021). (grifo nosso)*

Dito isso, modifica-se a r. decisão para determinar o processamento e julgamento da demanda na Justiça Estadual, sendo desnecessário o processamento por se tratar de fase inicial da ação.

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2252517-32.2021.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL, é agravado HENRIQUE MAGALHÃES FARIAS (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 40667)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Tutela antecipada concedida. Insurgência contra o valor arbitrado a título de multa diária para o caso de descumprimento da obrigação, bem como em relação ao prazo fixado para cumprimento desta. Valor da multa que deve ser expressivo para manter a sua força coercitiva. Impossibilidade de extensão do prazo fixado para cumprimento da multa. Ré que deve estar organizada e dotada de estrutura para o atendimento. R. decisão mantida. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão, em "ação de obrigação de fazer e dar com pedido de liminar em antecipação de tutela", que

dispôs:

"*1. Constata-se que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ademais, a concessão das tutelas de urgência depende sempre da concomitante presença dos requisitos da probabilidade da existência do direito afirmado pelo autor (fumus boni juris) e do risco de seu perecimento pelo decurso do tempo (periculum in mora CPC, art. 300, caput). Diante da opção feita pelo novo Código ao bifurcar as tutelas de urgência entre as cautelares e as antecipadas, permanece relevante distinguir os conceitos referentes a cada uma delas. São cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e consequente produção, no futuro, de resultados úteis e justos (fontes de prova ou bens suscetíveis de constrições, como a penhora); e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo, e as segundas às pessoas. Assim, in limine litis, inaudita altera parte, acolhe-se o pedido do(s) demandante(s), determinando-se que o(a) demandado(a), operador(a) de plano de assistência à saúde, disponibilize o(s) procedimento(s) de pág./págs. 37 ('10 SESSÕES DE CÂMARA HIPERBÁRICA NO HOSPITAL 9 DE JULHO PARA AUXÍLIO NO COMBATE A INFECÇÃO, E EVITAR NOVA CIRURGIA'). Prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Ressalta-se que a consequência do descumprimento da decisão é a multa de R$ 1.000,00 por dia, até R$ 100.000,00 (...)*".

Aduz a agravante ser excessivo o valor arbitrado a título de multa, bem como exíguo o prazo concedido para o cumprimento da obrigação; o entendimento jurisprudencial do E. TJSP de que, mesmo em casos mais graves, deve haver um prazo mínimo de 20 dias para cumprimento da liminar e que as astreintes possuem função única de coação, não devendo servir como prêmio ou indenização ao beneficiário da ordem judicial.

O efeito suspensivo não foi concedido.

Contraminuta as fls. 88/92.

Sobreveio parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo improvimento do recurso (fls. 97/99).

É o relatório.

Presentes os requisitos, foi possível o juízo positivo de admissibilidade do recurso, razão pela qual foi processado e está em condições de julgamento.

O tratamento solicitado tem caráter de "extrema urgência", visa combater infecção e evitar nova cirurgia, como constou no relatório de fl. 37 dos autos da

Acesso ao Sumário

origem, o que justifica a fixação do prazo de 24 horas para o cumprimento da liminar.

Além disso, a agravante não justificou a necessidade de ampliação do prazo para o cumprimento da obrigação imposta na decisão agravada, que envolve, a princípio, apenas a autorização para as sessões de câmara hiperbárica.

Ademais, o prazo se mostra suficiente para a providência determinada, sendo imperioso lembrar, ainda, que a ré desenvolve atividade de assistência à saúde, de modo que a urgência não pode ser uma surpresa para ela. Portanto, a ré deve estar organizada e dotada de estrutura para esse atendimento, de modo que, a princípio, não se vê falta de razoabilidade no prazo fixado.

O valor da multa fixada para o eventual descumprimento da ordem judicial é razoável e adequado às circunstâncias da causa, que envolve importante e urgente questão de saúde de um adolescente. Não haverá enriquecimento ilícito do agravado, já que o cumprimento da decisão depende tão somente da conduta da agravante.

Ora, nenhum sentido, como se tem decidido, teria um valor inexpressivo como fator de coerção. Se, aliás, a ré deseja mesmo cumprir a tutela inibitória, como alega, não há razão para insurgência.

Assim, mantem-se a r. decisão agravada.

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2181760-13.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BMG S/A, é agravado LUIZ ALBERTO DE LIMA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.131)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 3 de janeiro de 2022.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA - Descontos em conta corrente - Suspensão - Possibilidade - Medida

Acesso ao Sumário

deferida em razão de o Autor já possuir empréstimos consignados que atingiriam o equivalente a 30% dos seus vencimentos - Inconformismo centrado na regularidade da contratação e no descabimento da limitação - Impossibilidade - Limitação adequada, na salvaguarda da subsistência da devedora e de sua família - Preenchimento dos requisitos do artigo 300, do CPC - Multa cominatória - Cabimento - Parâmetros compatíveis com o quadro fático - Provimento mantido - Recurso improvido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 127/128 dos autos de origem, que deferiu a tutela de urgência, para determinar que o Réu, ora Agravante, abstenha-se de realizar descontos na conta corrente do Autor em função de empréstimo pessoal (contrato nº 1603136), no valor de R$ 468,52, sob pena de multa de R$ 500,00 por desconto indevido, limitada a R$ 20.000,00.

Sustenta o Agravante que o Agravado litiga de má-fé ao omitir informações. Disserta sobre a regularidade da cobrança. Alega que se trata de empréstimo pessoal mediante descontos em conta corrente, descabendo a limitação prevista para empréstimos consignados. Afirma que não cabe a fixação da multa e pleiteia a redução do seu valor. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso tempestivo, preparado e processado sem a concessão da tutela recursal de urgência.

Contraminuta às fls. 80/94, alegando o Agravado a litigância de má-fé do Agravante.

É o relatório.

De proêmio, a questão da litigância de má-fé, reciprocamente imputada, dever ser aferida oportunamente, eis que o tema exige cognição mais aprofundada e aqui está em apreciação somente a questão da tutela provisória concedida.

Outrossim, apesar de a medida envolver questão que pode ensejar a suspensão do processo, trata-se de tutela de urgência, portanto, a circunstância não influi neste julgamento.

Confira-se:

"(...) O autor obteve tutela de urgência, initio litis, para limitação dos descontos, e a suspensão de todos os processos que versem sobre a questão ora discutida, determinada nos REsps 1863973/SP, 1877113/SP e 1872441/SP (tema 1085), não impede a discussão, desde logo, a respeito da concessão (ou não) da tutela de urgência, por força do disposto no art. 314 do Código de Processo Civil. Como se vê, a sus-

Acesso ao Sumário

pensão do processo não traz qualquer prejuízo ao autor. (...).” (TJSP; Agravo de Instrumento 2227354-50.2021.8.26.0000; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/11/2021; Data de Registro: 06/11/2021).

De outra banda, o recurso não merece provimento.

Com efeito, à luz do art. 300, do CPC/2015, *a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*.

Na hipótese, a análise em sede de cognição sumária permite divisar a existência dos requisitos necessários à concessão da tutela na forma almejada, notadamente o *periculum in mora* e a probabilidade do direito alegado.

Importa anotar que na demanda em tela se discutem outros temas, mas para a solução aqui adotada são suficientes os fundamentos que seguem.

Com efeito, o entendimento da jurisprudência é no sentido de ser cabível, em princípio, o desconto em conta corrente e folha de pagamento para quitação de empréstimo, desde que limitados a 30% do rendimento líquido, a fim de que não abranja a totalidade do salário do devedor.

No presente caso, foi determinada a cessação dos descontos em conta corrente.

Assim se decidiu porque o MM. Juíza da causa, pela análise dos elementos, concluiu que o Autor já possuía empréstimos consignados que atingiam o equivalente a 30% dos seus vencimentos, fato que não foi impugnado no recurso.

Nesse contexto, fica expressamente caracterizada a probabilidade do direito do Agravado.

Por sua vez, o perigo de dano é de fácil constatação, eis que a ausência de limitação dos descontos pode colocar em risco a própria subsistência do devedor e de sua família.

Acesso ao Sumário

Acerca do tema, confiram-se decisões proferidas por este Egrégio Tribunal de Justiça:

“***AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA - Decisão que deferiu o pedido de limitação dos descontos das parcelas dos empréstimos ao patamar de 30% dos vencimentos líquidos do autor. Pretensão de reforma. DESCABIMENTO: A concessão da tutela provisória de urgência antecipada é discricionariedade do juízo monocrático e pode ser deferida desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 300 do novo Código de Processo Civil, como ocorreu neste processo. Decisão mantida. MULTA COMINATÓRIA - Pretensão de afastamento da multa ou de sua redução. DESCABIMENTO:***

A fixação de multa pelo descumprimento é plenamente cabível. Visa o cumprimento da ordem judicial e busca dar efetividade ao comando. Valor bem fixado pelo juízo a quo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2189995-08.2017.8.26.0000; Relator (a): Israel Góes dos Anjos; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 45ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/11/2017; Data de Registro: 08/11/2017).

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação declaratória - Decisão que defere pedido de antecipação de tutela tendente a determinar que a parte ré limite os descontos dos empréstimos a 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos da parte ativa - Os valores descontados dos empréstimos celebrados junto ao agravante superam o percentual de 30% dos vencimentos líquidos da agravada - Necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da proteção à natureza alimentar e ao salário (CF, art. 7º, IV e X) - Preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência (art. 300 do NCPC) - A multa fixada visa dar efetividade ao cumprimento da ordem judicial - Revogação e minoração descabidas - Possibilidade de modificação singular nos termos do Novo CPC, art. 537, § 1º, I - Decisão mantida. Recurso desprovido, com observação.***"

(TJSP; Agravo de Instrumento 2182901-09.2017.8.26.0000; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/2017; Data de Registro: 08/11/2017).

"***Tutela de urgência - Obrigação de fazer - Desconto em folha - Limitação - Possibilidade. Para concessão da tutela de urgência de natureza antecipada, o postulante deve demonstrar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme art. 300 CPC/2015. Presentes esses requisitos concede-se tutela antecipatória. Tendo-se em vista o caráter alimentar do salário e o princípio da razoabilidade, o desconto de prestação de contrato de empréstimo consignado não deve ultrapassar 30% dos rendimentos líquidos do devedor, assegurando-se, assim, o adimplemento do débito e o seu sustento. Recurso provido.***"

(TJSP; Agravo de Instrumento 2206984-26.2016.8.26.0000; Relator (a): Itamar Gaino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/01/2017; Data de Registro: 26/01/2017).

Esta Relatoria, em casos semelhantes, assim se pronunciou:

Acesso ao Sumário

"***TUTELA DE URGÊNCIA - Desconto em conta corrente - Limitação dos descontos a 30% dos rendimentos do Agravante - Possibilidade - Limitação adequada, na salvaguarda da subsistência do devedor e de sua família - Decisão reformada - Recurso provido.***"

(TJSP; Agravo de Instrumento 2086131-51.2017.8.26.0000; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2017; Data de Registro: 16/08/2017).

"***TUTELA DE URGÊNCIA - Desconto em folha de pagamento e conta corrente - Limitação dos descontos a 30% dos rendimentos da Agravada, sob pena de multa diária de R$ 300,00, limitada a trinta dias - Deferimento - Inconformismo centrado na regularidade da contratação e desproporcionalidade da multa - Impossibilidade - Limitação adequada, na salvaguarda da subsistência do devedor e de sua família – Astreinte fixada em valor razoável - Decisão mantida - Recurso não provido***." (TJSP; Agravo de Instrumento 2039176-59.2017.8.26.0000; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/06/2017; Data de Registro: 08/06/2017).

Acerca da multa cominatória, sob o enfoque do Código atual, em caso aplicável à espécie, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "***a multa cominatória (também chamada de astreintes, multa coercitiva ou multa diária) é penalidade pecuniária que caracteriza medida executiva de coerção indireta, pois seu único escopo é compelir o devedor a realizar a obrigação de fazer ou a não realizar determinado comportamento***" (STJ-4ª T., REsp 1.560.976-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 30/05/2019, DJ 01.07.2019).

Portanto, na atual sistemática processual (art. 537, CPC), a previsão de multa exsurge como uma faculdade do Julgador, visando ao efetivo cumprimento do comando jurisdicional, tal como bem define o precedente da Corte Superior.

Por outro lado, afora a finalidade da medida, considera-se o porte financeiro do Agravante, de sorte a não dar margem a critério de conveniência ou oportunidade na obediência do comando jurisdicional.

Assim sendo, considerada a importância do cumprimento da medida deferida, os parâmetros definidos são compatíveis com o quadro fático.

Por esses fundamentos, deve ser mantida a decisão agravada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2209771-52.2021.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante BANCO SOFISA S/A, são agravados AAX PRODUÇÃO E COMÉRCIO DE SEMENTES LTDA., ANA MARIA AGUIAR FRANCHI DE PAIVA AFFONSO e APARECIDO ZAMBELO GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.180)**

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

São Paulo, 10 de janeiro de 2022.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO QUE INDEFERIU O REQUERIMENTO DE PESQUISA DE BENS EM NOME DO CÔNJUGE DO CODEVEDOR PARA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES ACERCA DA MEAÇÃO PENHORÁVEL DO COEXECUTADO - CABIMENTO - É autorizada a pesquisa de bens em nome do cônjuge do executado, visando a localização de patrimônio comum do casal, a fim de possibilitar a penhora de sua meação - Recurso provido.

VOTO

Vistos...

Agravo de instrumento interposto contra a parte da decisão interlocutória que, nos autos de ação de execução de título extrajudicial, indeferiu a expedição de ofício pelos sistemas SISBAJUD e RENAJUD para pesquisa de bens em nome da esposa do coexecutado, que não é parte na execução (fls. 483/484 dos autos de origem).

O banco agravante, postulando a concessão do efeito ativo, sustenta que os bens da meação do codevedor Aparecido, por ser casado no regime da comunhão parcial de bens, devem responder pela dívida executada, razão pela

Acesso ao Sumário

qual não haveria qualquer óbice para a pesquisa de bens em nome da esposa do referido coexecutado (fls. 01/11).

Tempestivo e preparado, o recurso foi processado nos efeitos ativo e devolutivo, e com a intimação dos agravados para contraminuta.

A empresa agravada apresentou resposta às fls. 26/36.

Não houve oposição ao julgamento do recurso em sessão virtual.

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

Respeitado o entendimento adotado pela MM. Juíza de primeiro grau de jurisdição, não se vislumbra impedimento legal para que se realize pesquisa e eventual penhora de bens existentes em nome do cônjuge do cônjuge do coexecutado, a fim de se localizar bens comuns decorrentes do casamento sob o regime de comunhão parcial.

Aludida medida não tem o atributo de extrapolar os limites da personalidade da execução, mas buscar meios de se chegar à efetividade na satisfação do crédito exequendo, nas hipóteses em que os bens penhoráveis comuns do casal estiverem em nome do cônjuge que não figurar como executado.

Com efeito, da mesma forma que nas hipóteses em que a penhora recaia sobre a integralidade dos bens do casal, em que há necessidade de se proteger a meação do cônjuge inocente, a situação inversa também deve ser prestigiada, sob pena de se incorrer em indevida blindagem patrimonial, ainda que não haja má-fé do devedor.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"*BLOQUEIO ONLINE (BACENJUD E RENAJUD). BENS COMUNS DO CASAL DECLARADOS EM NOME DO CÔNJUGE NÃO EXECUTADO. POSSIBILIDADE DO BLOQUEIO DO CORRESPONDENTE À MEAÇÃO DA EXECUTADA.*

1. A pretensão de bloqueio 'online' de ativos financeiros e veículos em nome do cônjuge do executado, no caso, prospera em parte, haja vista a informação da própria devedora no sentido de que seus bens encontram-se declarados no informe de rendimentos do esposo.

2. A constrição, no entanto, deverá observar o correspondente à meação da devedora.

3. Recurso provido em parte para esse fim."

(TJ/SP, 14ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0140183-07.2012, Rel. Des. MELO COLOMBI, julgado em 29/08/2012)

"*EXECUÇÃO - Decisão que indeferiu pedido de pesquisa de bens através dos sistemas Bacenjud e Renajud em nome do cônjuge da executada, bem como bloqueio online de 50% dos valores encontrados em seus ati-*

Acesso ao Sumário

vos financeiros - Os bens de um cônjuge estão sujeitos à execução promovida contra o consorte, 'nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida', o que acontece com as contraídas em benefício da família, consoante previsão do art. 592, IV, do CPC, e arts. 1.643 e 1.644, do CC/2002, ainda que adotado o regime da separação de bens - Compete ao cônjuge, visando à exclusão da meação da penhora, o ônus de provar que a dívida contraída pelo outro consorte não resultou em benefício da família - Na espécie, nos termos da orientação supra, admissível o deferimento do pedido de pesquisa de bens através dos sistemas Bacenjud e Renajud em nome do cônjuge da executada, bem como bloqueio on-line de 50% dos valores encontrados em seus ativos financeiros pela dívida documentada na nota promissória exequenda, observando-se que o cônjuge da executada deverá ser intimado da constrição judicial efetivada e a ele é facultada a prova de que a dívida exequenda não foi contraída em benefício da família, para fins de defesa de sua meação - Pedido limitado ao bloqueio on-line de 50% dos valores encontrados em ativos financeiros em nome do cônjuge da executada, nos termos do pedido formulado pela agravante. Recurso provido."

(TJ/SP, 20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2047337-97.2013, Rel. Des. REBELLO PINHO, julgado em 22/04/2014)

"*CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Decisão que indeferiu pedido de pesquisa de bens em nome do esposo da executada por meio dos sistemas RENAJUD, BACENJUD e ARISP - Insurgência da exequente - Cabimento - Hipótese em que a executada é casado sob o regime de comunhão parcial de bens, de modo que, em regra, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento - Inteligência do art. 1.658 do Código Civil - Nesse contexto, não se afigura descabida a pretensão de pesquisa e constrição de bens em nome do cônjuge da executada - Ademais, o pedido de bloqueio de ativos financeiros respeita a meação do cônjuge que não integra a relação processual, ressalvada, ainda, a possibilidade de impugnação da constrição por meio da via processual adequada - RECURSO PROVIDO, com observação.*"

(Agravo de Instrumento nº 2030278-18.2021.8.26.0000, Relator: Renato Rangel Desinano, J. 19.03.2021).

Nesse diapasão, mostra-se de rigor a reforma da decisão agravada, restando autorizada a pesquisa de bens e eventual constrição judicial sobre patrimônio comum da coexecutado Aparecido, que esteja em nome do seu cônjuge.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso, para deferir o pedido de pesquisa de bens em nome do cônjuge do coexecutado Aparecido Zambelo Gonçalves pelos sistemas SISBAJUD E RENAJUD, de forma a viabilizar**

Acesso ao Sumário

eventual penhora de sua meação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2065938-73.2021.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante ROSEMARTA CHIERICATI DE CARVALHO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, são agravados KF PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA., PREVENT ADMINISTRAÇÃO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA., KEIPER FABRICAÇÃO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA. e W1 FABRICAÇÃO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 38205)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 12 de janeiro de 2022.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. Ausência de probabilidade do direito invocado pela Exequente (art. 300, CPC). Necessidade de prévio exercício do contraditório nos autos. Circunstâncias fáticas que envolvem comprovação de questão fática controversa, qual seja, a comprovação de que as empresas demandadas possam, de fato, ser incluídas no polo passivo da ação de execução antes que seus bens sofram atos de constrição. Decisão mantida. RECURSO DA EXEQUENTE NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão interlocutória proferida pela MMª. Juíza de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Santo André (*e*-fls. 58, autos originários), nos autos do "incidente de desconsideração da personalidade jurídica" ajuizado por ROSEMARTA CHIERICATI DE CARVA-

Acesso ao Sumário

LHO SOCIEDADE DE ADVOGADOS contra W1 FABRICAÇÃO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA. e PREVENT ADMINISTRAÇÃO E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA., que indeferiu o pedido de tutela de urgência pretendida, para que fosse determinado eventual arresto ou penhora de bens ou valores de titularidade das empresas agravadas.

Inconformada com a r. decisão, a Exequente interpôs o presente recurso (*e*-fls. 01/14), simplesmente limitando-se a afirmar a presença dos requisitos da tutela provisória diante da narração dos fatos da petição inicial e dos documentos que a instruem, no sentido de existir comprovação de que tais empresas fazem parte de grupo econômico integrado pela executada METALÚRGICA CAVELAGNI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e de que o débito almejado se trata de honorários advocatícios, verba de caráter alimentar.

Preenchidos os requisitos legais, o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (e-fls. 517/518) e, intimado, a empresa W1 FABRICAÇÃO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS LTDA apresentou contraminuta (e- fls. 521/524).

É o relatório sucinto.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão interlocutória que indeferiu a tutela de urgência postulada, que tinha por escopo a concessão de arresto ou penhora de bens ou valores de titularidade das empresas agravadas no bojo do referido incidente.

O presente recurso não merece provimento.

Pois bem. Ocorre que em se tratando de concessão liminar da tutela provisória, tem-se que a medida é excepcional, não podendo ser concedida se não estiver expressamente mencionada como uma das hipóteses legais ou ficar realmente demonstrado o risco de dano no caso de não concessão da ordem.

Com efeito, não demonstrou a Exequente/Agravante a necessidade da tutela sob o prisma da urgência da medida, consistente na probabilidade do direito alegado.

Note-se que nos casos onde se pleiteia a concessão da tutela de urgência, faz-se necessário o preenchimento dos pressupostos autorizadores da medida, segundo o que dispõe o art. 300, do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

"*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.*"

Em primeiro lugar, a probabilidade do direito prevista no art. 300 do CPC/2015, deve ser revestida da robustez necessária, a ponto de justificar a antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse sentido, sustenta o ilustre Fredie Didier Jr. (Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 11ª edição. Editora JusPodium. Salvador. 2016. p.

Acesso ao Sumário

608.):

"Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.".

Sobre o perigo de dano, continua (p. 610.):

"Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito."

Extrai-se que a Agravante/Exequente pretende a antecipação da tutela, para que o d. Juízo "a quo" possibilite a constrição antecipada dos valores e bens de titularidade das empresas que, em tese, fariam parte do grupo econômico da empresa Ré.

Ora, na hipótese em apreço, verifica-se que não há, ao menos por ora, qualquer elemento nos autos que pudesse ensejar o reconhecimento da verossimilhança das alegações.

Isso porque, a questão envolvendo a constrição antecipada dos valores e bens de titularidade das empresas que ainda estão sob o julgo do magistrado, sob o fundamento de se tratar de verba de caráter alimentar e de que já houve o reconhecimento de grupo econômico entre as referidas empresas e a Executada, por si só, não são suficientes para demonstrar que estão se desfazendo de seus patrimônios a fim de frustrar o adimplemento do débito.

Outrossim, deve ser efetivamente comprovada a intenção da Executada na fraude e no desvio de seus bens para a empresa, em prejuízo da execução, fato que não restou demonstrado pelo suporte fático-probatório constante nos autos até o momento.

Mesmo porque, ao que se extrai dos documentos colacionados, não se nega a eventual existência de grupo econômico entres as partes, entretanto, não há indícios, elementos e provas de que tais vícios possam gerar maiores danos à Agravante/Exequente tão somente para que se mantenham hígidos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim, no juízo de cognição sumária a que se submete o pedido da tutela provisória de urgência, não é possível o atendimento à pretensão veiculada pela Exequente, justamente por não se vislumbrar a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano irreparável.

Ressalte-se que não se desconhece a existência de pontos obscuros ainda pendentes de elucidação, sendo prudente que se aguarde a instauração do contraditório, momento em que o pedido poderá ser reiterado, desde que preenchidos os requisitos legais.

Dessa forma, ausentes os requisitos autorizadores da medida pleiteada (CPC/2015, art. 300), a decisão de primeiro grau não comporta reforma.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento interposto pela Exequente, ficando mantida a r. decisão interlocutória.

No caso de interposição de **embargos de declaração** contra a presente decisão colegiada, ficam as **partes intimadas**, desde logo, para que se manifestem no próprio recurso acerca de eventual **oposição** ao **julgamento virtual**, nos moldes do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com a redação alterada pela Resolução nº 772/2017, do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, **advertindo** que, no **silêncio**, o recurso será **automaticamente** incluído no **julgamento virtual**, ressalvando que no recurso de embargos de declaração **não cabe** sustentação oral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2240446- 95.2021.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL HOLANDA.

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 49272)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente sem voto), SCHMITT CORRÊA e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 13 de janeiro de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação indenizatória. Vícios construtivos. Insurgência contra decisão que rejeitou as preliminares e prejudiciais de mérito e determinou a citação do Fundo de Arrenda-

Acesso ao Sumário

mento Residencial. Preliminar de ausência de fundamentação rejeitada. Suficiência da fundamentação evidenciada pelo próprio teor da decisão agravada, que inclusive possibilitou a interposição de recurso. Ilegitimidade ativa acolhida. Impossibilidade de o condomínio pleitear indenização por danos morais. Inocorrência de prescrição ou decadência. A pretensão de ressarcimento pelos vícios construtivos há de observar o prazo prescricional (e não decadencial) decenal (artigo 205, CC). Conexão ou litispendência inexistentes. Ações indenizatórias propostas por outros condomínios e que discutem vícios construtivos em suas respectivas áreas comuns. A ação civil pública não induz a litispendência (art. 104 do CDC). Impossibilidade de acolhimento do pedido de denunciação da lide em demanda submetida à legislação consumerista. Ausência, ademais, de enquadramento a uma das hipóteses do art. 125 do CPC. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em ação indenizatória contra a r. decisão de fls. 1211/1214, que rejeitou as preliminares e prejudiciais de mérito e determinou a citação do Fundo de Arrendamento Residencial.

Insurge-se o banco réu alegando, preliminarmente, que a decisão agravada e a complementação dela em apreciação dos embargos de declaração são nulas por ausência de fundamentação. Assevera que o prazo decadencial para a busca do direito vindicado foi exaurido antes do ajuizamento da demanda. Defende a necessidade de deferimento da denunciação à lide.

Recurso não respondido.

Ao julgamento virtual não se fez oposição.

É relatório.

O recurso comporta acolhimento parcial.

De proêmio, impende anotar que, embora nem todos os temas contidos na decisão agravada integrem o rol do artigo 1.015 do CPC, há urgência decorrente da inutilidade do reexame (preliminares e prejudiciais de mérito) no julgamento do recurso de apelação (Tema 988/STJ), motivo pelo qual serão conhecidos e analisados neste agravo de instrumento.

Da preliminar de nulidade da decisão agravada

A preliminar deve ser rejeitada.

Acesso ao Sumário

Os fundamentos expostos demonstram a integral apreciação das alegações, cabendo anotar que o ato decisório pode emitir justificativa sucinta, pois o que não se admite é a total ausência de fundamentação.

No caso, a suficiência da motivação da decisão combatida é evidenciada pela própria leitura de seu teor, tanto que a parte pôde interpor o presente recurso, insurgindo-se contra os seus fundamentos.

Cabe esclarecer que o argumento da ilegitimidade ativa invocado nos embargos de declaração como matéria não apreciada pelo juízo *a quo* foi, na verdade, enfrentado, tendo sido decidido que o condomínio possui legitimidade para pleitear as indenizações. Assim, ainda que o agravante não concorde com o teor da decisão proferida, é certo afirmar que as questões foram devidamente analisadas, não havendo justificativa para a pretendida anulação das decisões de fls. 1211/1214 e 1222.

Passa-se à análise do mérito do recurso.

Da ilegitimidade ativa

Tem razão o requerido quando defende a ilegitimidade ativa do condomínio autor para pleitear a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Isto porque o pedido formulado pelo requerente foi alicerçado em supostos vícios construtivos existentes nas dependências do empreendimento, sendo o condomínio legitimado a promover somente a defesa do interesse comum dos condôminos, consistentes no caso concreto nos danos materiais relacionados às áreas de uso comum.

Sendo o dano extrapatrimonial uma ofensa à honra subjetiva de cada uma das vítimas, não poderia ser tal direito vindicado pelo condomínio autor, cuja legitimação extraordinária deve observar os limites legais.

Neste sentido, há muito foi consolidado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. O acórdão recorrido enfrentou coerentemente as questões postas a julgamento, mediante clara e suficiente fundamentação, de modo que não merece reparo algum.

2. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em harmonia com a mais recente jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que os condomínios não possuem personalidade jurídica própria, nem detém legitimidade para demandar direitos dos condôminos em ação de indenização por danos morais. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1812546/

Acesso ao Sumário

MG, Rel. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**, QUARTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 09/12/2019)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONDÔMINOS.

REPRESENTAÇÃO. ILEGITIMIDADE DO CONDOMÍNIO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o condomínio não detém legitimidade para representar os condôminos em ação de indenização por danos extrapatrimoniais.

3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no AREsp 1223974/SP, Rel. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 11/06/2018)

DIREITO CIVIL, CONSUMERISTA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEFEITOS NA CONSTRUÇÃO DO IMÓVEL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS PELOS CONDÔMINOS. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CONDOMÍNIO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL.

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

2. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

3. A legitimidade para atuar como parte no processo, por possuir, em regra, vinculação com o direito material, é conferida, na maioria das vezes, somente aos titulares da relação de direito material. O CPC contém, entretanto, raras exceções nas quais a legitimidade decorre de situação exclusivamente processual (legitimidade extraordinária). Para esses casos, o art. 6º do CPC exige autorização expressa em lei.

4. Conforme regra prevista nos arts. 1.348, II, do CC e 22, §1º, "a", da Lei 4.591/64, o condomínio, representado pelo síndico (art. 12, IX, do CPC), possui legitimidade para promover, em juízo ou fora dele, a defesa dos interesses comuns.

5. O diploma civil e a Lei 4.591/64 não preveem a legitimação extraordinária do condomínio para, representado pelo síndico, atuar como parte processual em demanda que postule a compensação dos danos extrapatrimoniais

Acesso ao Sumário

sofridos pelos condôminos, proprietários de cada fração ideal, o que coaduna com a própria natureza personalíssima do dano extrapatrimonial, que se caracteriza como uma ofensa à honra subjetiva do ser humano, dizendo respeito, portanto, ao foro íntimo do ofendido.

6. O condomínio é parte ilegítima para pleitear pedido de compensação por danos morais em nome dos condôminos. Precedente da 3ª Turma.

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos e nessa parte providos. Sucumbência mantida. (REsp 1177862/RJ, Rel. Ministra **NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 01/08/2011).

Portanto, merece acolhimento o recurso para reconhecer a ilegitimidade do autor quanto ao pedido de indenização por danos morais.

Da conexão ou litispendência

Por outro lado, não prospera a pretensão de reconhecimento da conexão.

É certo que houve o ajuizamento de outras demandas com o fito de buscar a reparação pelos vícios construtivos relacionados ao empreendimento Viver Melhor Rio Claro I, mas considerando que as demais ações foram propostas por outros condomínios, cada qual discutindo os vícios construtivos relacionados a sua área comum, não caberia o reconhecimento da identidade da causa de pedir.

Aliás, os pareceres técnicos colacionados aos autos denotam que as áreas foram cindidas por condomínios e que as ações discutem as falhas estruturais de suas dependências (fls. 82 e 1146).

Tampouco caberia o reconhecimento da continência com a Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pois além de não envolver as mesmas partes que a presente demanda, o Código de Defesa do Consumidor é claro ao afirmar que a ação coletiva não induz a litispendência (art. 104).

Decadência

Ademais, o tema da decadência foi bem refutado.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça mostra-se pacífica, há tempos, ao reconhecer que, quanto à pretensão de ressarcimento pelos vícios construtivos, há de se observar o **prazo prescricional** (e não *decadencial*) **decenal** (artigo 205, CC), à míngua de previsão específica.

A propósito:

"*CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO CONTRA O CONSTRUTOR. DEFEITOS NA CONSTRUÇÃO. 1. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO PARA OBTER, DO CONSTRUTOR, INDENIZAÇÃO POR DEFEITO DA OBRA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 É DE 10 ANOS. 2. VÍCIO CONSTRUTIVO. LAUDO PERICIAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O prazo prescricional da ação*

Acesso ao Sumário

para obter, do construtor, indenização por defeito da obra na vigência do Código Civil de 2002 é de 10 anos. 2. O laudo pericial comprovou cabalmente os defeitos apresentados no edifício, não constatando a alegada falta de manutenção. Portanto, rever o acórdão recorrido enseja o reexame do conjunto probatório dos autos, o que é defeso na instância especial, de acordo com o disposto no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 3. Em face da ausência de qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente recurso. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO" (STJ - 3ª Turma - AgInt no AREsp nº 661.548/RJ - Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze** - j. em 26.05.2015 V.U.).

No mesmo sentido: AgInt no AREsp nº 1.020.418/SP, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, 3ª Turma, j. em 02.05.2017; AgRg no REsp nº 1.344.043/DF, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, 4ª Turma, j. em 17.12.2013; AgRg no Ag nº 1.366.111/MG, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, 4ª Turma, j. em 06.09.2012.

Destarte, não se poderia acolher tal suscitação da parte recorrente.

Da denunciação da lide

Por fim, não prospera a pretensão de denunciação da lide. As intervenções de terceiros em demandas que se embasam na legislação consumerista somente são admitidas quando houver interesse do hipossuficiente, o que não corresponde à realidade desta contenda.

Sendo assim, se for o caso, eventual direito de regresso deverá ser assegurado por meio de ação autônoma promovida pelo agravante, sendo relevante salientar que o caso concreto sequer encontra enquadramento nas hipóteses do art. 125 do Código de Processo Civil.

Neste panorama, o recurso comporta acolhimento tão somente para reconhecer a ilegitimidade ativa do condomínio quanto ao pedido de indenização por danos morais.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2268862-73.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A, é agravada JACIRA BARIZON ZAPAROLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nega-

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22/47192)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente), LUIS MARIO GALBETTI e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de Obrigação de Fazer - Plano de Saúde - Cirurgia prescrita por médico responsável pelo tratamento do paciente - Decisão que deferiu a tutela de urgência - Presença dos requisitos do art. 300 do CPC - Relatório médico juntado aos autos que é suficiente para demonstrar a relevância e a urgência da realização do procedimento cirúrgico - Material inerente ao procedimento cirúrgico - Junta médica criada pela Agravada não pode estabelecer qual o método mais adequado para tratamento da doença - Jurisprudência do c. STJ e desta e. Corte - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Recurso de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida em Ação de Obrigação de Fazer que deferiu a tutela de urgência para que a Agravante providencie o necessário para a realização da cirurgia indicada, com os materiais apontados pelo médico assistente.

Recorre a Ré, buscando a revogação da medida de urgência. De início, esclarece que não houve recusa do procedimento cirúrgico, mas tão somente dos materiais a serem utilizados. Aduz, em resumo, ser necessária a prevalência da opinião exarada pela junta médica da operadora, nos termos do previsto na RN 424 da ANS. Alega inexistir urgência ou emergência no procedimento cirúrgico, consoante o art. 35-C da Lei 9656/98. Pede a antecipação da tutela recursal pretendida.

Em cognição inicial, neguei a antecipação da tutela recursal pretendida (fls. 157/159).

Contraminuta apresentada (fls. 162/165).

É o Relatório.

Anoto, a princípio, que a relação entre usuário e operadora de plano de saúde, como qualquer outra relação consumerista (art. 35-G da Lei nº 9.656/1998), é regida pela boa-fé (art. 4º, III, CDC), princípio do qual se extrai

Acesso ao Sumário

o dever da fornecedora cumprir seu dever com presteza, sendo certo que há previsão contratual para cobertura ao procedimento cirúrgico como anotado pela própria Agravante.

Também no que diz respeito à *relevância e urgência* da realização do procedimento, entendo que *estão presentes*, tendo em vista que, conforme previsto no relatório médico (fls. 23, daqui em diante sempre dos autos de origem), a paciente tem antecedente de duas cirurgias na coluna lombar e vem evoluindo com déficit motor progressivo em membros inferiores e distúrbio esfincteriano associado ao quadro álgico. Ainda há menção a compressão medular importante.

Cabe ao médico que acompanha o paciente requisitar os materiais que entende necessários ao sucesso do procedimento, sendo assim devida a cobertura dos materiais prescritos.

Dispõe o artigo 10, inciso VII, da Lei nº 9.656/98, que fica proibida a exclusão da cobertura de material ligado ou indispensável ao ato cirúrgico. E, no caso dos autos, é incontroversa a necessidade da realização do procedimento cirúrgico.

O material é inerente ao procedimento cirúrgico, de modo que a negativa de cobertura do material equivale à negativa da própria cirurgia, ou seja, fere o escopo do contrato que visa a preservação da saúde do beneficiário.

Por fim, não é crível a realização de junta médica para se analisar a necessidade da realização do procedimento cirúrgico e dos materiais relacionados ao ato prescritos pelo médico, vez que cabe tão somente ao profissional responsável pelo acompanhamento do paciente estabelecer quais os materiais necessários ao êxito do procedimento cirúrgico.

Nesse sentido já decidiu o E. STJ no REsp 1.053.810/SP, relatado pela Min. Nancy Andrighi, (3ª Turma, j. 17/12/2009) - grifei:

> "***(...) O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia (...)***
>
> ***- 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 (...)***
>
> *- Cercear o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de 'seguro-saúde' (...)*".

Ainda nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"***(...) PLANO DE SAÚDE. COBERTURA SECURITÁRIA. PRÓTESE NECESSÁRIA AO SUCESSO DA CIRURGIA COBERTA PELO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA. INCIDÊNCIA CDC****. SÚMULA 83/STJ.* ***1. A jurisprudência desta Corte é pacífica em repudiar a recusa de fornecimento de instrumental cirúrgico ou fisioterápico, quando este se encontrar proporcionalmente interligado à prestação contratada, como é o caso de próteses essenciais ao sucesso das cirurgias ou tratamento hospitalar decorrente da própria intervenção cirúrgica.*** *2. Encontrando-se o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento firmado nesta Corte Superior de Justiça, incide à hipótese o enunciado da Súmula 83/STJ (...) 3. Não tendo o agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental não provido.*" (AgRg no Ag 1.226.643/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05/04/2011 - grifei).

Também, a esse respeito, julgados desta E. Corte, inclusive desta C. Câmara:

"*Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Tutela de urgência deferida. Paciente apresenta lombalgia com déficit de força, piora progressiva dos sintomas patológicos, cuja enfermidade não foi solucionada por procedimentos conservadores, havendo a possibilidade de comprometimento neurológico cervical permanente. Médico responsável recomendou realização de cirurgia, com utilização de materiais específicos. Procedimento indicado que, em análise perfunctória, se mostra necessário para o resultado exitoso do tratamento. Cobertura apta a sobressair. Requisitos restaram suficientemente demonstrados. Risco de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação é patente e inerente à demora no tratamento. Divergência de entendimento com a junta médica da agravante que, por si só, não é capaz de obstar a intervenção. Em sede de cognição sumária, não cabe à recorrente interferir na relação médico-paciente. Agravo desprovido.*" (TJSP; Agravo de Instrumento 2250661-33.2021.8.26.0000; Relator (a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caieiras - 1ª Vara; Data do Julgamento: 11/11/2021; Data de Registro: 11/11/2021)

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA MAXILAR. Recusa, ao argumento de não constar do rol da ANS e divergência apontada por junta médica em relação a procedimentos e materiais Abusividade. Indicação médica expressa. Eventual divergência da junta médica, por si só, não autoriza a recusa do custeio. Controvérsia que deve ser discutida nos autos originários, com exercício do contraditório. Elementos autorizadores da tu-*

tela configurados, até análise do mérito na origem. Decisão mantida. AGRAVO DESPROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2210759-73.2021.8.26.0000; Relator (a): Márcio Boscaro; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Louveira - Vara Única; Data do Julgamento: 10/11/2021; Data de Registro: 10/11/2021)

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Decisão que concedeu a tutela antecipada para determinar que a ré autorize a realização da cirurgia (artrodese de coluna cervical) com fornecimento dos materiais indicados. Insurgência da ré. Negativa de cobertura em razão de junta médica que emitiu parecer restringindo os materiais. Operadora que não pode se sobrepor à indicação do médico assistente para estabelecer os materiais necessários. Cirurgia já realizada. Multa. Valor fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para conferir efetividade à decisão judicial. Decisão mantida. Recurso desprovido.*" (TJSP; Agravo de Instrumento 2274510-39.2018.8.26.0000; Relator (a): Maria de Lourdes Lopez Gil; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/04/2019; Data de Registro: 30/04/2019)

"*Agravo de instrumento - Obrigação de fazer - Plano de Saúde - Negativa de fornecimento de materiais necessários para a realização de procedimento cirúrgico prescrito à autora para tratamento de 'anomalia de relação entre as arcadas dentárias' - Antecipação de tutela - Decisão que a concedeu - Recurso da interessada - Alegação de que não estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela antecipada, vez que a junta médica considerou determinados materiais impertinentes à cirurgia - Descabimento - Agravada que não pode realizar junta médica para se imiscuir na escolha da cirurgia ou da técnica utilizada pela agravante, tampouco os materiais inerentes à sua realização, mas apenas na análise da cobertura do procedimento - Inteligência do art. 4º, inciso V, da Resolução 08/98, do CONSU - Caução pretendida pela agravante que consiste em faculdade do juiz - Decisão mantida - AGRAVO DESPROVIDO.*" (TJSP; Agravo de Instrumento 2172959-84.2016.8.26.0000; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2017; Data de Registro: 24/02/2017)

Por fim, no que diz respeito à recusa apresentada pela Ré que se baseia nas divergências quanto ao material que o médico pretende utilizar na cirurgia, convém anotar que, caso a ação venha a ser julgada improcedente, a saúde do autor estará preservada e a Ré poderá buscar o devido ressarcimento - motivo por que entendo pela reforma da decisão, concedendo-se a tutela pleiteada.

Acesso ao Sumário

Isso posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2210878-34.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VANESSA MARTINS DE ANDRADE, é agravado PRÉ ESCOLA RECANTO DO PICA PAU LTDA ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO NÃO PROVIDO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.773)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente), LUÍS ROBERTO REUTER TORRO e ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO.

São Paulo, 20 de janeiro de 2022.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título Extrajudicial. Acordo firmado entre as partes e homologado pelo Juízo arbitral. DECISÃO mediante a qual o MM. Juiz "a quo" declinou da competência, determinando a remessa dos autos para a Justiça do Trabalho. INCONFORMISMO deduzido no Recurso. EXAME: Autora que moveu Ação contra a Instituição de Ensino demandada, perante Juízo Arbitral, visando à cobrança de verbas de natureza trabalhista. Causa de competência da Justiça do Trabalho, "ex vi" do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Execução de Título Extrajudicial que a agravante move contra a agravada, proferida pelo MM. Juiz "*a quo*" nos termos da cópia de fl. 16.

Argumenta a autora, ora agravante, que a sentença em causa foi proferida

no Juízo Arbitral e o título judicial deve ser executado na Justiça Comum Cível; a competência do Juízo Arbitral é relativa; deve ser observado o disposto no parágrafo único do artigo 516 do Código de Processo Civil; estão presentes os requisitos para a Execução da sentença arbitral; o artigo 876 da Consolidação das Leis Trabalhistas não prevê a sentença arbitral no rol de títulos executivos (fls. 1/13).

Recebido o Recurso com o efeito suspensivo (fl. 26), os autos vieram conclusos para o reexame (fl. 37).

É o **relatório**.

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

> "*Vistos. A sentença arbitral de fls. 8/10 diz respeito a verbas trabalhistas, razão pela qual a competência em razão da matéria é da Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal. Posto isto, reconheço a INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA deste juízo para processar a execução da sentença arbitral em matéria trabalhista e DETERMINO a redistribuição da ação à Justiça do Trabalho. Int.*" ("*sic*", cópia de fl. 16).

Malgrado o inconformismo da autora, ora agravante, a r. decisão agravada não comporta reparo.

Com efeito, prevê o artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, "*in verbis*", que:

> "*Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*
> *I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*"

É mesmo possível inferir do teor da petição inicial da Execução de Título Extrajudicial que o autor trabalhava na Instituição de Ensino demandada, mas a agravada deixou de cumprir as obrigações assumidas. Consta que a autora ajuizou a Ação contra a demandada na Câmara Arbitral da Cidade de São Paulo, que culminou com acordo homologado por sentença (v. fls. 18/24).

Embora o teor das razões recursais, o título executivo judicial formado no Juízo Arbitral envolve verbas rescisórias, multa do FGTS e verbas salariais, cuja execução é de competência da Justiça do Trabalho.

Assim, considerando que a cobrança é de natureza trabalhista, de rigor a manutenção da r. decisão agravada.

A propósito, eis a Jurisprudência:

2192549-71.2021.8.26.0000

Acesso ao Sumário

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Espécies de Títulos de Crédito

Relator(a): Simões de Vergueiro

Comarca: Atibaia

Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 13/12/2021

Data de publicação: 13/12/2021

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO QUE REJEITOU ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CITAÇÃO - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA - ***CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL TRABALHISTA - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA COMUM - JUSTIÇA DO TRABALHO QUE DETÉM PLENA COMPETÊNCIA PARA JULGAR EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL QUE TRATA SOBRE DIREITOS TRABALHISTAS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 114, I E IX, DA CF*** *- PRECEDENTES DO C. STJ, ASSIM COMO DESTA E. CORTE - RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA "DE OFÍCIO" (ART. 64, § 1º, DO CPC EM VIGOR), COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA DO PROCESSO PARA JUSTIÇA DO TRABALHO - RECURSO NÃO CONHECIDO, COM DETERMINAÇÃO.*

2279309-57.2020.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Espécies de Títulos de Crédito

Relator(a): Correia Lima

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 07/01/2021

Data de publicação: 07/01/2021

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Cumprimento de sentença arbitral - Reconhecimento da competência para execução da sentença arbitral e indeferimento da justiça gratuita à impugnante - ***Sentença arbitral trabalhista - Competência absoluta da Justiça do Trabalho - Inteligência do art. 114, I, da Constituição Federal - Precedentes - Agravo provido.***

2086453-03.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Prestação de Serviços

Relator(a): L. G. Costa Wagner

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 18/09/2019

Data de publicação: 18/09/2019

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de sentença arbitral trabalhista. Decisão agravada que acolheu a exceção de incompetência para determinar a remessa dos autos à Justiça do Trabalho. Insurgência do

Acesso ao Sumário

autor. Descabimento. ***Justiça do Trabalho detém a competência para julgar execução de sentença arbitral que trata sobre direitos trabalhistas. Inteligência do artigo 114, I e IX, da CF. Precedentes do TJSP e também da própria justiça do trabalho reconhecendo sua competência. Decisão mantida.*** *RECURSO DESPROVIDO.*

2021757-55.2019.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Espécies de Títulos de Crédito

Relator(a): Gilberto dos Santos

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/02/2019

Data de publicação: 28/02/2019

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. ***Sentença arbitral trabalhista. Competência para processar e julgar execução de sentença arbitral que dispõe sobre direitos trabalhistas se define em razão da matéria e deve ser atribuída à Justiça do Trabalho (art. 114, I, da Constituição Federal). Recurso não provido.***

Impõe-se, pois, a rejeição do Recurso, ficando mantida a r. decisão agravada pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2235597-80.2021.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante ADRIANO SANTOS FIGUEIREDO, é agravado ELVIO HISPAGNOL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41301)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO RODRIGUES (Presidente) e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 19 de janeiro de 2022.

MAIA DA ROCHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Impugnação aos cálculos do credor - Tese de excesso de execução que leva em conta valor inferior, ofertado

pelo credor extrajudicialmente - Inviabilidade - Oferta não aceita pelo devedor no momento oportuno - Pedido de cumprimento de sentença que observa o comando condenatório - Impossibilidade de se impor ao credor a satisfação da dívida por valor inferior ao do título exequendo - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 26/37, que rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença que veiculava tese de excesso de execução e buscava a condenação do credor pelo dobro do indébito.

Insiste nas alegações rejeitadas.

Recurso tempestivo, preparado, processado sem o efeito suspensivo e com contrariedade.

É o relatório.

Em ação indenizatória ajuizada pelo ora agravante em face do ora interessado, foi proferido decreto de improcedência no julgamento do recurso de Apelação n. 1000810-75.2019.8.26.0071, com condenação do vencido no pagamento das custas, despesas processuais e honorários fixados em 10% sobre o valor da causa (que era de R$), atualizado.

Dando início ao cumprimento de sentença, o credor, ora agravado, requereu a intimação do ora agravante para pagamento da importância de R$ 15.418,20.

Atentando-se para a planilha juntada na inicial da fase executiva, o credor, partindo da importância de R$ 128.690,00 (que reputa o valor da causa em 6.6.2016), promove sua atualização monetária, obtendo o valor de R$ 154.181,97, sobre o qual aplica os 10% a título de honorários de sucumbência, apurados no importe de **R$ 15.418,20** (fls. 2 do cumprimento de sentença, na origem).

O devedor impugnou para arguir a tese de excesso de execução, haja vista que, por *e-mail* datado de 8.3.2021, o escritório de advocacia do qual o credor é integrante apresentou como valor devido **R$ 4.683,95**, indicando os dados bancários para eventual depósito extrajudicial. E requereu a condenação do credor pelo dobro do indébito, nos termos do disposto no art. 940, CC. Nos moldes de sua planilha (fls. 19), a base para os cálculos da verba exequenda seria R$ 47.629,69. Comprovou ter depositado em juízo, em 23.4.2021, **R$ 4.762,97** (fls. 20/21).

Com a manifestação do credor, elucidou-se que o executado teria promovido alterações do valor da causa, prevalecendo o de R$ 150.000,00. Afirmação

Acesso ao Sumário

comprovada com a análise dos autos principais, por intermédio da qual se verifica o prevalecimento do valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), consoante requerido às fls. 98/100 e deferido pelo juízo às fls. 105.

Também restou esclarecido que a oferta realizada extrajudicialmente pelo credor não foi aceita pelo devedor. Tanto que o devedor teve que se valer do incidente de cumprimento de sentença, notando-se que o devedor somente procedeu ao depósito judicial da quantia que entendia devida depois de intimado formalmente nos autos.

Nesse diapasão, escorreita a decisão agravada, que declarou correto o valor exigido pelo credor, o qual observa os termos do título exequendo - vale dizer, a sentença que condenou o devedor em honorários à razão de 10% do valor da causa.

Se não aproveitou a oportunidade de satisfação da dívida extrajudicialmente no momento oportuno, não pode querer que prevaleçam aqueles termos, por ele olvidados.

O pedido do credor atende ao comando condenatório, não podendo se lhe impor a aceitação de termo diversos, ainda que anteriormente objeto de oferta extrajudicial.

A manutenção do valor incorreto nos sistemas internos deste tribunal, por fim, não lhe vem ao socorro. Beirando à má-fé sua insistência nesse ponto.

Não vinga, destarte, a tese de excesso de execução.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2246405-47.2021.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante VIVO SABOR ALIMENTAÇÃO LTDA., são agravados ITAÚ UNIBANCO S/A, COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

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 28549)**

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

São Paulo, 21 de janeiro de 2022.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EIXO RESTAURANTES LTDA. - PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES - Decisão agravada que estabeleceu que a alienação de imóvel (matrícula nº 105.722) somente seja concretizada mediante a expressa aquiescência da instituição financeira, titular do direito em garantia (CEF), a ser manifestada no momento da futura alienação, bem como declarou a ilegalidade das cláusulas 14 e 6.6 do plano de recuperação judicial - Inconformismo da Recuperanda - Não acolhimento - NECESSIDADE DE AQUIESCÊNCIA DO CREDOR NA VENDA DE BEM IMÓVEL DADO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - Ainda que previsto no plano de recuperação judicial que parte do produto da alienação será destinado à quitação integral do saldo devedor detido pelo credor fiduciário, é indispensável sua anuência expressa, nos termos do art. 49, § 3º, 50, § 1º e 59, caput da Lei nº 11.101/2005 - Súmula 61 deste E. TJSP - RECURSO DESPROVIDO.

CLÁUSULA QUE PREVÊ NOVAÇÃO DA DÍVIDA - DESONERAÇÃO DOS GARANTIDORES O plano de recuperação judicial deve observar os limites impostos pelo art. 59 e pelo § 1º do art. 49, ambos da Lei 11.101/2005 - Súmula nº 581-STJ - Orientação firmada pelo STJ, ao aplicar a "Lei de Recursos Repetitivos" (REsp. n. 1.333.349-SP) - No caso dos autos, o plano retrata apenas a dicção legal, sendo expresso no sentido de que a novação das dívidas se dará exclusivamente com relação à recuperanda, não afetando ou beneficiando terceiros coobrigados garantidores - RECURSO DESPROVIDO.

CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DO PLANO - É nula a cláusula que prevê que, em caso de inadimplemento de qualquer obrigação, haja prévia notificação da devedora e a não purgação da mora em 30 dias - Cláusula que viola o disposto nos arts. 61, § 1º, e 73, IV, Lei n. 11.101/2005 - O descumprimento de qualquer obri-

Acesso ao Sumário

gação contida no plano poderá autorizar a convolação da recuperação judicial em falência - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por EIXO RESTAURANTES LTDA. contra a r. decisão que, após homologar seu plano de recuperação judicial, acolheu embargos de declaração dos credores para exigir a aquiescência do credor fiduciário na alienação do imóvel previsto no plano, além de declarar a nulidade da cláusula que desonera os coobrigados e da que condiciona a convolação da recuperação judicial em falência.

Inconformada, a recuperanda vem recorrer, sustentando, em resumo, que a decisão deve ser reformada, uma vez que o plano foi votado e aprovado pela Assembleia Geral de Credores; aduz ser desnecessária a aquiescência do credor fiduciário, titular do direito em garantia (CEF), para venda do imóvel previsto no plano, sendo inaplicável o art. 50, §1° da Lei n° 11.101/2005; é lícita a suspensão da exigibilidade das garantias fidejussórias, inexistindo afronta ao disposto na lei. Por fim, diz ser possível a convocação da Assembleia Geral de Credores em caso de descumprimento do plano, para deliberação acerca de sua convolação em falência.

Assim, requer a reforma da decisão, determinando que seja mantido o plano inicialmente homologado pelo MM. Juízo "a quo".

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 403/404), sobrevieram resposta recursal (fls. 404/413, 418/424 e 437/450) e manifestação do Administrador Judicial (fls. 428/435).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 455/459).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Depreende-se dos autos que em 21/07/2020 a ora agravante EIXO RESTAURANTES LTDA. (atual denominação de VIVO SABOR ALIMENTAÇÃO LTDA.) distribuiu pedido de recuperação judicial, cujo processamento foi deferido em 04/08/2020 (fls. 620/621 dos autos de origem).

O plano de recuperação judicial foi apresentado em 20/10/2020 (fls. 3201 e 3202/3270 dos autos de origem), com aditivo em 08/07/2021 (fls. 5809/5835, dos autos de origem disponível também no link: (endereço eletrônico constante no texto original)), sendo designada a Assembleia Geral de Credores para 20/07/2021.

Em Assembleia, o plano foi aprovado na Classe I (credores trabalhistas)

por 100% dos credores presentes; na Classe II (credores com garantia real) por 100% dos credores da classe; na Classe III (credores quirografários) por 68,75% dos créditos (R$ 6.563.576,93 de R$ 9.441.521,26) dos 89,25% dos credores presentes; e na Classe IV (ME/EPP) por 89,29% dos credores presentes (R$ 1.377.245,59 de R$ 1.615.042,54).

Adveio decisão que concedeu a recuperação judicial à empresa EIXO RESTAURANTES LTDA., com efeitos retroativos à data da Assembleia Geral de Credores, realizada em 20/02/2021, com fundamento no art. 58 da Lei n° 11.101/2005 (fls. 5923/5925, dos autos de origem).

Houve embargos de declaração pela CEF, ITAÚ e CPFL (fls. 5949/5951; fls. 5954/5958; fls. 5959/5962, origem).

Sobreveio, então, r. decisão que acolheu em parte os embargos de declaração dos credores, estabelecendo que:

> 1) "a alienação do bem imóvel objeto da matrícula nº 105.722, do CRI local, tal como aprovada pela Assembleia Geral de Credores, somente seja concretizada mediante a expressa aquiescência da instituição financeira, a ser manifestada no momento da futura alienação" (fls. 6197).
>
> 2) RECONHECER e DECLARAR a ilegalidade da cláusula 14, do PRJ, afastando-se destarte qualquer condicionante, ainda que indireta, à convolação da recuperação judicial em falência, em caso de descumprimento do PRJ homologado;
>
> 3) RECONHECER e DECLARAR a ilegalidade da cláusula 6.6 do modificativo do PRJ apresentado, de maneira que a exoneração dos coobrigados apenas poderá abranger os credores que a ela expressamente anuíram, não sendo oponível aos demais (fls. 6196/6199 dos autos de origem).
>
> Diante deste quadro, o recurso não merece provimento.

De início, é importante ressaltar que a deliberação da Assembleia Geral de Credores deve respeitar a legalidade e o direito do grupo de credores, sob pena de não ser homologado.

Nesse contexto, o Enunciado 44 da 1ª. Jornada de Direito Comercial - CJF/STJ estabelece que "*A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade*".

O c. STJ já decidiu: "RECURSO ESPECIAL, RECUPERAÇÃO JUDICIAL, APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provi-

Acesso ao Sumário

do." (REsp 1.314.209-SP; Rel. Min. Nancy Andrighi; DJ de 1º/06/2012).

Passa-se, pois, à análise da irresignação da agravante.

1. Necessidade de aquiescência do credor fiduciário quanto à alienação do imóvel previsto no plano de recuperação judicial. Insurge-se o agravante contra a r. decisão que acolheu embargos de declaração da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, fixando a necessidade de anuência do credor fiduciário, titular da garantia, em caso de alienação do imóvel dado em garantia fiduciária.

Cabe anotar que o credor titular de garantia fiduciária é proprietário fiduciário do bem, estando seu direito de propriedade expressamente previsto no art. 49, § 3°, da Lei n° 11.101/05.

Eventual alienação do bem, com transferência da propriedade a terceiro, sem ônus, nos termos do parágrafo único do art. 60 da Lei n. 11.101/05, pressupõe extinção da propriedade fiduciária mediante quitação débito perante o credor fiduciário.

Além disso, se na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia exige aprovação expressa do credor titular da garantia (art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/2005), com maior razão o credor fiduciário tem de anuir com a venda do bem, objeto do negócio fiduciário.

Ainda, cumpre anotar que o credor, titular da garantia fiduciária, sequer tem direito de voto na assembleia geral de credores que delibera sobre o plano de recuperação judicial, de modo que a cláusula que afeta seus direitos é inválida, devendo ser desconsiderada como bem destacado pelo MM. Juízo "a quo".

Assim, apesar de previsto no plano de recuperação judicial que parte do produto da alienação será destinado a quitação integral do saldo devedor detido pelo credor fiduciário, é indispensável sua anuência expressa, nos termos do art. 49, § 3º, 50, § 1º e 59, *caput* da Lei nº 11.101/2005.

Aplica-se ao caso a Súmula 61 deste E. TJSP: "Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular".

Acesso ao Sumário

2. Impossibilidade de suspensão de ações e execuções e liberação das garantias, em clara ofensa ao disposto no art. 49, § 1º e art. 59 da Lei nº 11.101/05 - Responsabilidade dos garantidores.

Consta da **cláusula 6.5 (Novação da dívida)**: "esse Plano de Recuperação Judicial Modificado e Consolidado quando aprovado em Assembleia Geral de Credores e homologado pelo Juízo da Recuperação Judicial, implicará em novação objetiva e real dos créditos sujeitos aos seus efeitos, e obriga a **Eixo Restaurantes** e todos os credores a eles sujeitos, conforme disposto no art. 59 da lei nº 11.101/2005 e o artigo 360 do Código Civil" (fls. 5831, origem).

"**6.6. Exigibilidades:** ficam suspensas a exigibilidade de garantias reais

ou fidejussórias enquanto o plano de recuperação judicial estiver em execução, de modo que os credores conservam e preservam seus direitos e garantias, podendo, contudo, apenas serem retomados os direitos de ação, na hipótese de convolação da recuperação judicial em falência, consoante dispõe o artigo 61, § 2° da Lei 11.101/05" (fls. 5831, origem).

Nesse ponto, vale lembrar que o art. 59, *caput*, da Lei 11.101/2005 preconiza que "o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no §1º do art. 50 desta Lei".

O art. 49, §1º, LRE, enuncia que "Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso".

Assim, o plano de recuperação judicial deve observar os limites impostos pelo art. 59 e pelo § 1º do art. 49, ambos da Lei 11.101/2005, não podendo impedir o prosseguimento de ações e execuções em face dos coobrigados e devedores solidários, oferecendo-lhes quitação ampla e irrevogável.

A questão foi pacificada no c. Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso representativo de controvérsia, sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, a saber: "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO E CONCESSÃO. GARANTIAS PRESTADAS POR TERCEIROS. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DEVEDORES SOLIDÁRIOS E COOBRIGADOS EM GERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, CAPUT, 49, § 1º, 52, INCISO III, E 59, CAPUT, DA LEI N. 11.101/2005. 1. Para efeitos do art. 543- C do CPC: 'A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005'. 2. Recurso especial não provido" (REsp n. 1.333.349-SP, j. 05/09/2014).

Nesse sentido, inclusive, foi editada a Súmula nº 581 do Superior Tribunal de Justiça, que assim preceitua: "*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória*".

Na espécie, o plano retrata apenas a dicção legal, sendo expresso no sentido de que a novação das dívidas se dará exclusivamente com relação à

Acesso ao Sumário

recuperanda, não afetando ou beneficiando terceiros coobrigados garantidores (cláusula 6.5).

Daí ser irretocável o pronunciamento do MM. Juízo "a quo", ao acolher embargos de declaração opostos, "(...) *declarar ilegalidade da cláusula 6.6 do modificativo do PRJ apresentado, de maneira que a exoneração dos coobrigados apenas poderá abranger os credores que a ela expressamente anuíram, não sendo oponível aos demais*".

3. Cláusula que condiciona a convolação em falência em caso de descumprimento do plano de recuperação judicial. É nula a cláusula que prevê que, em caso de inadimplemento de qualquer obrigação, haja prévia notificação da devedora e a não purgação da mora em 30 dias, por ofender o disposto nos arts. 61, § 1º, e 73, IV, Lei n. 11.101/2005.

O art. 61, §1º, da Lei n. 11.101/2005 reza que: "*Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. § 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei*".

E o art. 73, IV, Lei n. 11.101/2005, reitera que "O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial (IV) por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei".

Assim, o descumprimento de qualquer obrigação contida no plano é suficiente para convolação da recuperação judicial em falência, independentemente de realização de Assembleia Geral de Credores, muito menos com prazo para purgação da mora.

Nesse sentido: "Recuperação judicial - Decisão agravada que homologou plano aprovado pela assembleia geral de credores - Inconformismo de um dos credores - Acolhimento em parte - Princípio da soberania assemblear que não é absoluto - Possibilidade de controle de legalidade do plano aprovado pelo Poder Judiciário - Clausula de supressão de garantias reais e fidejussórias que é eficaz apenas em relação aos credores que tenham com ela concordado, expressa e individualmente - Inteligência dos arts. 49, § 1º c.c. 59, caput, da Lei 11.101/05 - Entendimentos sumulados pelo C. STJ e por este E. TJ - Anuência que também é necessária quanto à alteração da obrigação dos coobrigados - Ressalva que, ex officio, é aplicável a todos os credores não concordantes - Condições de pagamento aos credores da classe II (deságio, prazos, correção monetária e juros) que foram aprovadas de forma clara - Natureza contratual do plano que deve ser respeitada - Precedente recente do C. STJ - Autonomia de vontade e

Acesso ao Sumário

liberdade de contratação - **Descumprimento do plano que é apto a levar ao decreto de falência (arts. 61, § 1º, e 73, IV, da LRF)**" (Agravo de Instrumento n. 2073040-54.2018.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Grava Brazil, j. 10/12/2018).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2281888-41.2021.8.26.0000, da Comarca de Pompéia, em que é agravante BANCO C6 CONSIGNADO S/A, é agravado ANTONIO ROBERTO COMINE.

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 33.255)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO GOSSON (Presidente) e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2022.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA DEFERIDA PARA OBRIGAR A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A SOBRESTAR OS DESCONTOS INCIDENTES SOBRE O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO AUTOR, MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. AUTOR QUE CUMPRIU SUA CONTRAPRESTAÇÃO, AO DEPOSITAR JUDICIALMENTE A QUANTIA CREDITADA EM SUA CONTA A TÍTULO DE MÚTUO. MULTA COMINATÓRIA. NECESSIDADE. FINALIDADE DE EVITAR CONDUTA RENITENTE DA PARTE RÉ. MULTA FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Trata-se de tempestivo e preparado agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão de fls. 16/17 dos autos de origem, que deferiu o pedido de tutela de urgência formulado na inicial, determinando a suspensão dos descontos junto ao benefício previdenciário do autor, sob pena de multa de R$ 500,00 por desconto realizado, até o limite de R$ 5.000,00, mediante depósito caucionário, no valor de R$ 6.211,36, sob pena de revogação da medida.

Irresignado, o banco/réu recorre, aduzindo que não pode persistir a aplicação da multa cominatória, que foi arbitrada em valor excessivo e desarrazoado, implicando em enriquecimento ilícito por parte do agravado. Alega que, diante da alegação de nulidade do contrato, a devolução da quantia creditada em sua conta bancária é medida que se impõe. Por tais motivos, pugna pelo provimento do agravo.

O recurso foi processado no ordinário efeito devolutivo (fls. 96/97).

Contrarrazões a fls. 100/101.

É o relatório.

2) Admito o recurso, pois a decisão recorrida versa sobre tutela provisória de urgência, matéria prevista no rol de decisões interlocutórias impugnáveis em separado, por agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, inc. I).

3) O agravo foi tirado de ação declaratória de inexigibilidade de relação jurídica c/c indenização por danos morais, em que foi deferida a tutela provisória de urgência, para obrigar a instituição financeira ré a se abster de efetuar descontos no benefício previdenciário do autor, sob pena de multa por descumprimento fixada em R$ 500,00, até o limite de R$ 5.000,00, mediante a prestação de caução.

Remanesce controversa, no âmbito recursal, a matéria relativa à imposição da *astreinte*, o seu valor e o pedido de que o autor deposite nos autos o valor creditado em sua conta a título de mútuo.

Como se vê, condicionou-se a concessão da tutela provisória à prestação de caução, o que já foi cumprido pelo autor, ora agravado, consoante se observa das fls. 21/22 do processo de origem. Logo, a agravante carece de interesse recursal nesse ponto.

Noutro turno, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, as *astreintes* buscam evitar a conduta desidiosa e renitente do devedor, que posterga o cumprimento da obrigação, tendo a finalidade de "*cria*[r] *em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo.*"[1] Visam, portanto, a conferir coercibilidade às

1 *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 535.

Acesso ao Sumário

decisões judiciais e garantir o respeito à autoridade estatal.

Na espécie, ante a natureza da obrigação imposta ao réu, foi bem arbitrada pelo douto magistrado *a quo* a multa de R$ 500,00 por desconto realizado; trata-se de instrumento de coerção que foi fixado em valor razoável, com moderação, e só produzirá efeitos práticos se o agravante se negar a cumprir a ordem judicial, motivo pelo qual deve ser mantido.

Ademais, a multa foi limitada a valor módico (R$ 5.000,00), que não implicará em enriquecimento ilícito por parte do autor, não comportando redução.

Não se deve deixar de levar em conta a gravidade de eventual descumprimento da liminar deferida com vistas a garantir a subsistência do autor.

Destaca-se que a agravante é instituição financeira de reconhecida solidez e certamente goza de estrutura administrativa capaz de implementar a medida sem maiores dificuldades.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2178312-32.2021.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é agravante SUPERFOR SP VEÍCULOS LTDA. e Interessado FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA., é agravado MARCELO OLIVEIRA ALVES.

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 50741)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente) e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

MELO BUENO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - BEM MÓVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Vício oculto - Airbag - Decadência - Descabimento - Pretensão indenizatória que se sujeita ao prazo prescricional - Art. 27 do CDC - Decisão mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra r. decisão de fls. 52/53 que, dentre outras deliberações, afastou a decadência, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, fundada em bem móvel. A agravante sustenta, em síntese, reconhecimento da consumação do prazo decadencial; extinção da ação com resolução do mérito.

O recurso foi processado no efeito devolutivo (fls. 85), com resposta a fls. 88/91.

É o relatório.

Ocorre que, o agravado promoveu ação de indenização por danos morais e materiais originária do presente recurso em 27/02/2019, ao fundamento de que adquiriu um veículo New Fiesta, em 2016, fabricado pela interessada e comercializado pela agravante. Em abril/2017, o agravado colidiu frontalmente com um ônibus e o airbag não foi acionado, sendo que, em maio/2017 contatou a fabricante, bem como a agravante, relatando o ocorrido, sem lograr êxito na solução do impasse.

Com efeito, não subsiste a alegação de decadência, pois no presente caso incide o prazo prescricional quinquenal, não extrapolado, por se tratar de indenização por danos, nos termos do artigo 27 do CDC, sendo certo que o agravado não pretende o conserto de defeito, desfazimento do negócio jurídico ou no abatimento do preço da coisa, mas, sim, a reparação pelos prejuízos suportados. A propósito, confira-se jurisprudência desta c. Corte:

> "**APELAÇÃO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS REJEITADAS AS PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO E CERCEAMENTO DE DEFESA - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO NOVO EIVADO DE VÍCIOS DE QUALIDADE SENTENÇA QUE RECONHECEU DECADÊNCIA INOCORRÊNCIA PLEITO INDENIZATÓRIO PRETENSÃO QUE SE SUBMETE AO PRAZO PRESCRICIONAL ESTABELECIDO NO ARTIGO 27, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DECADÊNCIA AFASTADA EVIDENCIADO QUE O AUTOMÓVEL NOVO ADQUIRIDO PELO AUTOR PRECISOU SER SUBMETIDO A REPAROS POR SETE VEZES DURANTE PERÍODO DE UM ANO SITUAÇÃO QUE EXCEDE A NORMALIDADE E ENSEJA O DEVER DE REPARAR - DANOS MATERIAIS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS DE RIGOR A CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DAS CORRÉS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A ESTE TÍTULO INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO QUE AUTORIZE A REPETIÇÃO DE INDÉBITO PRETENDIDA - LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - INDUVIDOSO TRANSTORNO VIVENCIADO PELO REQUERENTE CARRO NOVO QUE SE COMPORTOU COMO VEÍCULO USADO INDENIZAÇÃO FIXADA EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIO-**

NALIDADE - SENTENÇA REFORMADA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO"[1].

No mesmo sentido, entendimento desta c. Câmara:

"**Prestação de serviços. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Recurso do autor. O prazo decadencial de 90 dias previsto no art. 26, inc. II e § 3º, do CDC, somente se aplica ao pedido redibitório fundado no vício do produto com o objetivo de requerer: (I) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (II) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou, (III) o abatimento proporcional do preço (art. 18, § 1º, do CDC). Pretendendo o autor ser indenizado pelos danos materiais e morais por ele suportados em razão da prestação dos serviços, sua pretensão está sujeita ao prazo prescricional quinquenal previsto no art. 27, do CDC. Prescrição não verificada no presente caso. Ausência de comprovação da alegada má prestação do serviço. Impossibilidade da realização de perícia no motor do veículo. Motor que já foi reparado pelo autor. Recurso desprovido**"[2].

Deste modo, nada há a reparar na r. decisão agravada, que fica mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2296010-93.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes CLAVI INCORPORAÇÕES LTDA. e VCON ENGENHARIA LTDA., é agravado PAULO EDUARDO LIMA.

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 26430)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), AZUMA NISHI e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

1 1010566-20.2019.8.26.0068, Rel. Des. CESAR LUIZ DE ALMEIDA, 28ªC., 07/12/2021.
2 AP 1056814-09.2018.8.26.0576, Rel. Des. MORAIS PUCCI, j. em 24/01/2022.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. PRIMEIRA FASE. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. SÓCIO OCULTO QUE NÃO RECEBEU SUA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. ÚLTIMO RELATÓRIO APRESENTADO EM 2016, ONDE CONSTA A VENDA DE 80% DO EMPREENDIMENTO. PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão copiada às pp. 10/15 (fls. 711/715 dos originais), que julgou procedente a primeira fase da ação de exigir contas ajuizada por Paulo Eduardo Lima, "*determinando aos requeridos que, no prazo de 15 (quinze) dias, prestem as contas de todas as unidades imobiliárias do empreendimento objeto da sociedade em conta de participação constituída entre as partes, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que a parte autora apresentar, em conformidade ao artigo 550, § 5º, do Código de Processo Civil*".

Insurgem-se as requeridas, alegando, em síntese, que: a) todos os sócios sabiam que o valor das participações seria pago após a quitação do financiamento junto ao Banco Santander; b) a ação de prestação de contas foi proposta 3 anos após o suposto envio do último relatório; c) as provas pretendidas pelas agravantes foram ignoradas, ressaltando a necessidade da oitiva do contador contratado pelo agravado; d) as contas sempre foram prestadas e estiveram à disposição dos sócios participantes; e) eventual discordância com os números apresentados administrativamente não devem ser discutidos em ação de prestação de contas; e f) o sócio oculto tem o direito de participar dos lucros e o dever de suportar os prejuízos.

Recurso processado, sem pedido de efeito suspensivo (pp. 468).

Contraminuta apresentada às pp. 472/479.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

I) Em que pesem as alegações das agravantes, é o caso de negar provimento ao agravo de instrumento.

II) Como bem descrevem Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lucia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello acerca da ação de prestação de contas:

> "Tal ação destina-se ao acertamento dos números decorrentes de relação jurídica em que alguém (o devedor de contas) acabou por gerir patrimônio de outrem (o credor de contas). Trata-se de ação destinada

Acesso ao Sumário

à apuração dos valores inerentes a determinado relacionamento jurídico em que se deu atividade de administração de recursos de alguém por outrem; obviamente, aquele incumbido da administração de interesses alheios tem de prestar contas de sua atividade." (**Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil - artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 550).

E, consabidamente, na primeira fase da prestação de contas, deve ser apenas decidido se há a obrigação ou não de o réu prestá-las, cabendo a prestação e o julgamento das contas prestadas à segunda fase da demanda, ou seja, "enquanto a natureza condenatória da sentença proferida na primeira fase dessa peculiar ação funda-se, eminentemente, em declaração de obrigação de fazer - de prestar contas, a natureza condenatória daquela proferida na segunda fase estabelece concretamente, uma obrigação de pagar, inclusive com eficácia executiva" (REsp. n.º 1.370.109/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 22/10/2013).

Entretanto, o desdobramento para a segunda fase depende do comportamento da parte ré. A respeito, por elucidativo, destaca-se o seguinte trecho de v. Aresto prolatado no julgamento da Apelação n.º 4002982-48.2013.8.26.0038, pela 29ª Câmara de Direito Privado, sob a Relatoria do Exmo. Des. Carlos Dias Motta (j. em 14/09/2016):

"(...) O momento de abertura da segunda fase depende essencialmente da conduta do réu. Se ele, desde logo, prestar contas, a primeira fase ficará superada, iniciando-se o processo logo pela segunda fase, para a apreciação das contas (art. 915, § 1º, do CPC/73). Existe também a possibilidade do réu apresentar contestação, impugnando a obrigação que lhe é imputada, mas apesar disso, prestar contas.

A respeito disso, 'O legislador não previu, no art. 915, essa possibilidade. A solução há de ser a mais consentânea com a instrumentalidade do processo. Se o réu apresentou as contas, não há mais necessidade de que se discuta se havia ou não o dever jurídico de apresentá-las. Mais conveniente que se passe, desde logo, à segunda fase, para que se possa verificar se elas são ou não boas' (Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil, vol. 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 248). No mesmo sentido, RJTJESP, 84:156."

Observa-se que a r. decisão agravada bem analisou o dever de prestação

Acesso ao Sumário

de contas dos requeridos, ressaltando que "*foi documentalmente provado que as partes constituíram sociedade em conta de participação, tendo por objeto a incorporação de empreendimento imobiliário, sendo que o autor é um dos sócios participantes e as requeridas, sócias ostensivas (fls. 43/53). Assim, demonstrada a relação jurídica entre as partes, consubstanciada em sociedade em conta de participação, o sócio participante ('oculto') tem o direito de fiscalizar a administração exercida pelo sócio ostensivo, que tem, por seu turno, o dever de prestar contas de sua gestão.*"

Anote-se, por fim, que o financiamento junto ao Banco Santander foi quitado há mais de um ano e o último relatório apresentado data de 2016, mostrando-se necessária a presente ação, a fim de permitir ao sócio oculto conhecimento da real situação da sociedade.

Portanto, vê-se que a prestação de contas foi determinada de acordo com a legislação aplicável à espécie, devendo a r. decisão ser mantida em sua integralidade.

III) Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2256097-70.2021.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante HOSPITAL GERAL DE GUARULHOS PROFESSOR WALDEMAR DE CARVALHO PINTO FILHO, é agravado JARBAS DE AMORIM COELHO.

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 42551)**

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

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - JUSTIÇA GRATUITA - Pessoa jurídica - Possibilidade de concessão, quanto se tratar de instituição filantrópica ou sem fins lucrativos, ou mediante prova da impossibili-

dade de custeio do processo - Hospital agravante que é prestador de serviços de saúde ao Sistema Único de Saúde e que passa por notórias dificuldades financeiras - Precedentes jurisprudenciais recentes deste E. TJSP em que concedida a benesse - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 80/82 que, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais, recebeu os embargos de declaração opostos, dando-lhes parcial acolhimento para, sanando a omissão, conceder-lhes efeitos modificativos. Indeferiu, contudo, os benefícios da gratuidade de justiça em favor da agravante, pois inexiste nos autos documentos suficientes e capazes de comprovar a alegada hipossuficiência.

2. Irresignada, insurge-se a agravante, alegando, em síntese, que apresentou contestação (fls. 50/76 dos autos de origem), ocasião em que pleiteou a concessão dos benefícios da justiça gratuita, notadamente porque é associação sem fins lucrativos reconhecida de utilidade pública federal, estadual e municipal, prestadora de serviços de saúde que inclui a população idosa. Ocorre que, inobstante ter juntado a documentação que comprova sua situação financeira precária, evidenciada notadamente por seus 4 (quatro) balanços contábeis que apuraram déficits nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2020, os quais comprovam o expressivo aumento do déficit financeiro enfrentado, o qual se acumula em mais de 200 (duzentos) milhões de reais. (fls. 122/128 dos autos de origem), conforme exigência da Súmula 481 do C. STJ, o MM. Juízo *a quo*, equivocadamente, negou-lhe a benesse pleiteada. Reforça as extremas dificuldades vivenciadas na saúde atualmente em razão da pandemia de COVID-19, cujo impacto da doença se refletiu não só na parte assistencial hospitalar, mas também, e significativamente, teve reflexo na subsistência dos hospitais, notadamente pelo considerável aumento de custos e despesas que se somam aos déficits já vivenciados pelas entidades beneficentes e filantrópicas, tal como a associação agravante, que, inclusive, precisou de doações para se manter em atividade.

3. Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao presente recurso e, ao final, lhe seja dado total provimento, com a consequente reforma da r. decisão agravada.

4. Recebi o agravo, e concedi o efeito suspensivo pretendido pelo hospital agravante (fls. 88/92).

5. Informações prestadas pelo MM. Juízo *a quo* às fls. 96/97 dando conta

Acesso ao Sumário

de que não houve reconsideração da decisão.

6. O agravado, apesar de devidamente intimado, deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar resposta ao presente recurso (vide certidão de fls. 98).

FUNDAMENTOS.

7. O recurso merece provimento.

8. Em que pese haver precedentes deste Relator em casos análogos ao dos autos nos quais se registrou que o fato de ser a pessoa jurídica postulante dos benefícios da gratuidade processual entidade filantrópica de utilidade pública, sem fins lucrativos, por si só, não autoriza a concessão automática dos benefícios, sendo necessário a efetiva demonstração de impossibilidade de custeio do processo, nos exatos termos da Súmula 481 do C. Superior Tribunal de Justiça ("*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*"), dado o caráter de que se reveste a atividade desenvolvida pela agravante, a quem, inclusive, já foi reconhecido o direito à gratuidade da justiça em outras oportunidades, em princípio, entendi que devia ser concedido o efeito suspensivo com a finalidade de evitar-se prejuízos a ela.

9. Inúmeros, aliás, são os precedentes deste Tribunal no que se refere à possibilidade de assistência judiciária gratuita em favor de pessoas jurídicas que se dedicam à filantropia.

10. Destaco, por oportuno, recentes julgados envolvendo o Hospital Geral de Guarulhos Professor Waldemar de Carvalho Pinto Filho:

> "Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Justiça gratuita. Decisão que indeferiu pleito formulado pela associação mantenedora do corréu Hospital Geral de Guarulhos, determinando que arcasse com sua parte no rateio da remuneração do perito designado para atuar no feito. Inconformismo. Acolhimento. Entidade beneficente, sem fins lucrativos, prestadora de serviços de saúde ao Sistema Único de Saúde e que passa por notórias dificuldades financeiras. Precedentes. Benefício concedido. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2153050-80.2021.8.26.0000; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Relatora: Maria de Lourdes Lopez Gil; Data do julgamento: 27.10.21).
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Indenizatória. Erro médico. Reconhecimento da ilegitimidade de parte do corréu médico para figurar no polo passivo da ação. Artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Tema nº 940 do STF - no RE nº 1.027.633/SP. Precedentes. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Pessoa jurídica. Entidade assistencial médico-hospitalar de caráter privado. Comprovação nos autos de dificuldades financeiras enfrentadas por ela. Acolhida a pretensão da agravante à concessão dos benefícios da gratuidade de justiça. RECURSO PROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 2172351-13.2021.8.26.0000; Órgão

Acesso ao Sumário

julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Relator: Jarbas Gomes; Data do julgamento: 20.09.21).

"Agravo de Instrumento. Ação de indenização fundada em danos moral e estético. Gratuidade judiciária. Decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita. Juiz que, ao se deparar com elemento apto a infirmar a hipossuficiente financeira alegada pela parte, deve oportunizar a comprovação do preenchimento dos requisitos legais para a concessão da benesse antes de indeferi-la (CPC, art. 99, §2º). Decisão agravada anulada. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2003186-65.2021.8.26.0000; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Relatora: Maria de Lourdes Lopez Gil; Data do julgamento: 22.02.21).

11. No caso sob exame, entendo que, a princípio, o hospital agravante comprovou a impossibilidade financeira de arcar com as custas do processo sem prejuízo da continuidade de sua atividade.

12. E segundo tenho decidido reiteradamente, apenas situações excepcionais permitem ao Juiz zeloso, de ofício, mediante provas concretas, indeferir a concessão do benefício, quando confirmada eventual suspeita acerca da situação de conforto financeiro da parte requerente.

13. Esta situação jurídica inexorável só se altera, segundo penso, sobrevindo confirmação, com base em sólidas provas, de suspeita de conforto financeiro, de conluio fraudulento entre as partes ou de impugnação ao benefício da assistência judiciária gratuita, também regulada pela lei.

14. Não é este, aparentemente, o caso dos autos, sendo de rigor a reversão da r. decisão agravada e, consequentemente, concessão da benesse ao agravante.

15. Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação supra. Ato contínuo, a fim de evitar futuros questionamentos desnecessários, dá-se por prequestionados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais e constitucionais eventualmente citados em sede recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2273609-66.2021.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante GILDA MARIA DA SILVA, é agravado ATIVOS S.A. SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 25385)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENDES PEREIRA (Presidente sem voto), ELÓI ESTEVÃO TROLY e JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

RAMON MATEO JÚNIOR, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Inconformismo tirado contra decisão que indeferiu a impugnação ao bloqueio de valores. Penhora sobre valor encontrado em conta corrente, alegadamente de fruto salarial. Impossibilidade de penhora. Inteligência e aplicação do art. 833, inciso IV, do CPC. Princípio da dignidade da pessoa humana. Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gilda Maria da Silva, no âmbito do cumprimento de sentença promovido por Ativos S.A. Securitizadora de Créditos Financeiros, em face de decisão que determinou penhora do valor de multa por litigância de má-fé, pelo SISBAJUD, recaindo o bloqueio sobre verba de natureza alimentar

Sustenta a agravante que a penhora recaiu sobre conta utilizada como poupança, cujo valor irrisório é destinado para reserva de uso emergencial, pois é solteira, desempregada e possui filha menor dependente.

Pede o provimento do recurso.

Deferido o efeito ativo, para evitar a transferência dos valores para conta judicial, o recurso foi regularmente processado.

É o Relatório.

No âmbito de cumprimento de sentença foi realizada pesquisa de aplicações financeiras e de bens pelo sistema BACENJUD, resultando na constrição de R$ 507,98, em conta corrente do Banco do Brasil, de titularidade da devedora.

Afirma a ré-agravante que o valor bloqueado recaiu sobre conta poupança, mantida para própria subsistência, com objetivo de uso emergencial, já que é solteira, está desempregada e possui filha menor dependente.

O inconformismo volta-se contra decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio, sob o fundamento de não haver provas de que a conta onde localizados os valores é poupança.

Acesso ao Sumário

Determina o art. 833, X, do Código de Processo Civil: "*São impenhoráveis a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos.*"

Embora o objetivo maior da execução seja a satisfação do credor, merece ser lembrado e respeitado o princípio da menor onerosidade do devedor (art. 805 do CPC), não se compreendendo e nem se tolerando qualquer forma de tratamento desumano ou degradante. A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), nela se encontram inseridos os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade.

A exegese do art. 833 do Código de Processo Civil é, justamente, garantir que o executado não sofra constrições que gerem riscos à manutenção de uma vida com dignidade.

Busca-se proteger o **sustento das necessidades essenciais do ser humano**, conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*in* "*Instituições de Direito Processual Civil*", v. IV, 3 ª ed., Malheiros, p. 380): "O mais importante dos objetivos que levam o legislador a ditar a impenhorabilidade de certos bens é a preservação do mínimo patrimonial indispensável à existência condigna do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis. Não se trata de excluir da responsabilidade executiva os próprios direitos da personalidade, porque estes nada têm de patrimonial e, por si próprios, não são suscetíveis de qualquer constrição judicial executiva; são declarados impenhoráveis certos bens sem os quais o obrigado não teria como satisfazer as necessidades vitais de habitação, alimentação, saúde, educação, transporte e mesmo lazer, nos limites do razoável e proporcional esses, sim, direitos de personalidade. **A execução visa à satisfação de um credor, mas não pode ser levada ao extremo de arrasar a vida de um devedor**" (destaquei).

Na hipótese em análise, o crédito que se pretende satisfazer não possui natureza alimentar; e, para não vulnerar o princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode olvidar da garantia constitucional do direito à sobrevivência da devedora (agravante), tendo a penhora recaído sobre reservas destinadas à eventual situação de exceção; além de ser inferior a 40 salários mínimos, portanto, impenhorável.

Observe-se que a regra legal tem o propósito de assegurar os bens indispensáveis à preservação de um mínimo, para que a devedora (no caso, a agravante) possa fazer frente às suas necessidades vitais, incorporando desse modo o ideal humanitário.

A tendência que vem se estabelecendo na jurisprudência vai ao encontro desse ideal humanitário, entendendo que a intenção do legislador na elaboração desse dispositivo (preservar a impenhorabilidade de dinheiro até 40 salários-mínimos depositada em caderneta de poupança), visava a proteção do pequeno

Acesso ao Sumário

investidor, atribuindo-lhe uma função de segurança alimentícia ou de previdência pessoal ou familiar (REsp. nº 1.191.195/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI).

O Tribunal da Cidadania aponta a orientação no sentido de que a impenhorabilidade deve abranger valores encontrados em **conta-corrente**, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, **pouco importando a natureza do investimento** (com abrangência até mesmo do papel moeda), destacando que é possível o devedor poupar sob o beneplácito da impenhorabilidade até o valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, pouco importando que seja em caderneta de poupança, ou em qualquer outra modalidade de investimento, como conta corrente ou mesmo em fundos de investimentos (STJ, Embargos de Divergência no REsp n. 1330567- RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, publicado em 19.4.2014). No mesmo sentido as seguintes decisões:

> ***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. VALORES DEPOSITADOS EM CONTAS BANCÁRIAS. MONTANTE INFERIOR A QUARENTA SALÁRIOS-MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE. 1. Cuida-se, na origem, de execução de título extrajudicial. 2. São impenhoráveis os valores poupados pelo devedor, seja em caderneta de poupança, conta-corrente, fundo de investimentos ou em papel-moeda, até o limite de 40 salários-mínimos. Precedente da 2ª Seção. 3. A simples movimentação atípica apurada pelas instâncias ordinárias, por si só, não constitui má-fé ou fraude a ensejar a mitigação da impenhorabilidade do art. 833, X, do NCPC. 4. Agravo interno no recurso especial não provido. (Ag Int no REsp 1.795.956 /SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/5/2019, REPDJe 29/5/2019, DJe 15/5/2019.)***
>
> ***AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA. ATIVOS FINANCEIROS. CONTA-POUPANÇA VINCULADA À CONTA-CORRENTE. IMPENHORABILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos depositados em qualquer tipo de conta bancária, a impenhorabilidade deve ser respeitada. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AgInt no AREsp 1.643.889/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/8/2020, DJe 31/8/2020.)***
>
> ***PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REGRA DE IMPENHORABI-***

Acesso ao Sumário

LIDADE. VALORES ATÉ 40 SALÁRIOS-MÍNIMOS DEPOSITADOS EM CONTAS BANCÁRIAS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. São impenhoráveis os saldos inferiores a 40 salários- mínimos depositados em caderneta de poupança e, conforme entendimento do STJ, em outras aplicações financeiras e em conta-corrente. Precedentes. 2. Agravo interno não provido. RECURSO ESPECIAL Nº 1812780 - SC - 1ª T. - Rel. Min. Benedito Gonçalves. j. 24.05.21.

Não destoa a jurisprudência desta Corte:

Execução de título extrajudicial. Despesas condominiais. R. despacho que deferiu o bloqueio de valores encontrados em conta corrente da executada. Atual entendimento do C. STJ no sentido de que a impenhorabilidade da quantia de até 40 salários-mínimos não abrange apenas aquela economizada em caderneta de poupança, mas também em conta corrente, em fundos de investimento ou guardada em papel-moeda. Quantia constrita que não supera o montante de quarenta salários-mínimos. Não se olvidando dos estreitos limites do presente recurso, dá-se provimento ao agravo instrumental da executada. Embargos declaratórios opostos pelo exequente. Inocorrência de omissão, obscuridade e/ou contradição. Decisão colegiada unânime clara e objetiva. Os declaratórios devem ser encarados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não como meio hábil ao reexame da causa, apenas porque o decisum refletiu entendimento contrário ao defendido pelo embargante. Embargos de declaração rejeitados (TJ/SP - 27ª Câmara de Direito Privado, rel. Campos Petroni, j. 03.04.2020).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Penhora de dinheiro em conta poupança. Impenhorabilidade. Reserva de capital inferior a 40 salários- mínimos. Interpretação extensiva do art. 833, X, do CPC. Tese encampada pelo STJ desde o CPC/73. Decisão reformada. Recurso provido (TJ/SP - 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Gilson Delgado Miranda, j.06.04.2020).

Nessa senda, deve ser o recurso provido para o fim de se determinar o imediato levantamento da constrição realizada na conta da agravante, dos valores inferiores aos quarenta salários-mínimos, devendo ser consideradas essas quantias como impenhoráveis em razão de sua destinação de *sustento da devedora e de sua família*, liberando-as do bloqueio judicial, reformando-se, portanto, a r. decisão combatida.

Ante o exposto, o meu voto **DÁ PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2292807-89.2021.8.26.0000, da Comarca de São Miguel Arcanjo, em que é agravante AGROMAIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA., é agravado ANDERSON GIMENEZ DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39642)**

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

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: PROCESSO - Decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício à CENSEC, para a pesquisa de bens passíveis de penhora - Adota-se a orientação de que é admissível o deferimento de pedido de expedição de ofícios para a CENSEC, objetivando solicitar informações acerca da existência de escrituras públicas, inventários, testamentos e procurações em nome do executado, por se tratar de medida de interesse da justiça e no interesse do credor para fins de satisfação de seu crédito e conforme autoriza o Provimento nº18/2012, do CNJ - Nos termos dos art. 10 e 19 do Provimento nº18/2012, do CNJ, no que concerne especificamente às informações constantes do CEP - Central de Escrituras e Procurações, estas somente podem ser acessadas por órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como os órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma que necessária a intervenção judicial para a obtenção destas informações - Reforma da r. decisão agravada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento oferecido contra a r. decisão, cuja cópia se encontra a fls. 127 dos autos de origem, na parte em que indeferiu o pedido de expedição de ofício à CENSEC, para a pesquisa de bens passíveis de penhora.

A parte agravante sustenta que: (a) "(…) as pesquisas que podem ser solicitadas por meio do portal eletrônico, não só pela parte, mas sim por todo e qualquer cidadão, uma vez que são de acesso público, são as de TESTAMENTOS, mediante fornecimento de dados que não são conhecidos pela exequente/agravante, como certidão de óbito e documentos do falecido, e de ESCRITURAS PÚBLICAS DE SEPARAÇÕES, DIVÓRCIOS E INVENTÁRIOS, conforme captura de tela do sítio eletrônico"; (b) "(…) é inviável a diligência pela busca de existência de testamentos, tendo em vista que o sistema disponibiliza apenas certidões de testamentos, que já são de conhecimento do consultante, e que não necessita de uma prévia busca para atestar sua existência, eis que detém de todas informações e documentos necessários para solicitar a emissão da certidão"; (c) "O que pretende a exequente é a busca de, não somente, escrituras de separações, divórcios e inventários, que pode ser dispensada considerando o resultado já acostado, e de testamentos, mas também de procurações e escrituras públicas de qualquer natureza, por meio do módulo operacional CEP - Consulta de Escrituras e Procurações, ou seja, da pesquisa completa de atos notariais lavrados em todo território nacional que são disponibilizados pelo Colégio Notarial do Brasil, as quais somente serão disponibilizadas mediante requerimento do Poder Judiciário, nos exatos termos do Art. 10 c.c o Art. 19 do Provimento nº 18/2012, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Notarial de Serviços Notariais - CENSEC" e (d) "(…) a pesquisa direta pelo sistema ou a expedição de ofício ao Colégio Notarial do Brasil, sendo estas medidas de igual efeito, possibilitarão a localização de bens passíveis de penhora do devedor, e auxiliarão em muito a rápida prestação jurisdicional, além de assegurar a efetividade do processo".

O recurso foi processado sem atribuição de efeito suspensivo (fls. 24).

É o relatório.

1. Trata-se de ação de execução promovida pela parte agravante contra o agravado, lastreada em duplicata, objetivando o recebimento do valor de R$1.642,10, para novembro de 2015.

Após diligências infrutíferas na busca de bens passíveis de penhora, o agravante requereu a expedição de ofício ao CENSEC - Centro Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados, para fins localização de bens de titularidade da parte agravada (fls. 123/125 dos autos de origem).

O pedido foi indeferido pela r. decisão agravada, que segue:

"Vistos.

Fls. 123/125: indefiro.

Acesso ao Sumário

A consulta pelo sistema CENSEC poderá ser realizada pela própria parte interessada através do endereço eletrônico:

(endereço eletrônico constante no texto original)

Manifeste-se a parte autora, em termos de prosseguimento, no prazo de 15 (quinze) dias.

Decorrido o prazo de 30 (trinta) dias e nada sendo requerido, arquive-se.

Intime-se".

2. A pretensão recursal da parte agravante é de reforma da r. decisão agravada, "no sentido de DEFERIR o pedido de pesquisa ou expedição de ofício a CENSEC, a fim de verificar a existência de bens e direitos passíveis de penhora".

3. Desnecessária a intimação da parte agravada prevista no art. 1.019, II, do CPC/2015, para resposta, com juntada da documentação que entender necessária, para o julgamento do recurso, tendo em vista que, após citada, não constituiu patrono nos autos.

4. Reforma-se a r. decisão agravada.

4.1. Adota-se a orientação de que é admissível o deferimento de pedido de expedição de ofícios para a CENSEC, objetivando solicitar informações acerca da existência de escrituras públicas, inventários, testamentos e procurações em nome do executado, por se tratar de medida de interesse da justiça e no interesse do credor para fins de satisfação de seu crédito e conforme autoriza o Provimento nº18/2012, do CNJ.

Isso porque, nos termos dos arts. 10 e 19 do Provimento nº18/2012, do CNJ, no que concerne especificamente às informações constantes do CEP - Central de Escrituras e Procurações, estas somente podem ser acessadas por órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como os órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma que necessária a intervenção judicial para a obtenção destas informações.

Nesse sentido, para casos análogos, com inteira aplicação à espécie, a orientação dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(a)** "Agravo de Instrumento - **Ação de execução de título extrajudicial - Insurgência em face de decisão que indeferiu requisição de informações junto à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) - Procedência do inconformismo - Informações acessíveis somente mediante ordem judicial - Medida direcionada à efetividade ao processo executivo - Hipótese de reforma da decisão hostilizada - Recurso provido**" (12ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº2188734-37.2019.8.26.0000, rel. Des. Jacob Valente, j. 12/11/2019, o destaque não consta do original); **(b)** "EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DILIGÊNCIAS. PENHORA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CENSEC. 1. **De acordo com o provimento**

18/2018 a Censec (Central Notorial de Serviços Eletrônicos Compartilhados), foi insitutida pelo CNJ com o intuito de permitir a parte interessada solicitar informações sobre diversos serviços notórias, tais como testamentos, separações e registros de imóveis. 2. Diante disso e da impossibilidade da parte ter acesso a essas informações pela via administrativo, mostra-se possível a expedição de ofício requerendo informações à CENSEC. Recurso provido" (14ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº2180000-97.2019.8.26.0000, rel. Des. Melo Colombi, j. 07/11/2019, o destaque não consta do original); **(c)** "CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AÇÃO MONITÓRIA - REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES - **Pretensão de expedição de ofício à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) para localização de bens passíveis de penhora - Admissibilidade - Impossibilidade de obtenção das informações em caráter particular - Presente o interesse da justiça** - RECURSO PROVIDO" (11ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº2207414-70.2019.8.26.0000, rel. Des. Renato Rangel Desinano j. 06/11/2019, o destaque não consta do original); **(d)** "**AGRAVO DE INSTRUMENTO. Presunção de natureza alimentar das verbas oriundas do FGTS. Impenhorabilidade do inciso IV do art. 833 do CPC. Não cabe sua penhora nem mesmo para pagamento de honorários advocatícios. Precedentes do STJ. Pesquisa junto à CENSEC, entretanto, que pode ser deferida.** Recurso parcialmente provido" (20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº2090763-86.2018.8.26.0000, rel. Des. Roberto Maia, j. 11/11/2018, o destaque não consta do original); **(e)** APELAÇÃO CÍVEL - Reconhecimento e dissolução de união estável c/c decretação de divórcio e partilha de bens - Sentença de parcial procedência - Insurgência da autora - Preliminar de cerceamento de defesa - Acolhimento - **Juízo a quo indeferiu o pleito de pesquisa de imóveis de propriedade do réu pela Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) ante o entendimento que a pesquisa pode ser acessada por qualquer cidadão mediante o pagamento de emolumentos - Consulta de Escrituras e Procurações (CEP), que interessa à autora, somente é realizada mediante a intervenção do Poder Judiciário ou requisição dos Órgãos Públicos - Previsão dos arts. 10 e 19 do Provimento nº 18, do CNJ** - Ademais, autora que é beneficiária da gratuidade judiciária - Pesquisa que deve ser realizada pelo Juízo, nos moldes do Comunicado CG 2460/2018, DICOGE - Inteligência do art. 9, II, da Lei Estadual 11.331/2002 - Precedentes deste E. TJSP - Sentença anulada, determinando o retorno dos autos à origem para produção da prova requerida pela autora - RECURSO PROVIDO" (5ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº1000704-83.2020.8.26.0005, rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 21/01/2022, o destaque não consta do original) e **(f)** "Execução de título extrajudicial - **Indeferimento de busca de informações do devedor através da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados**

Acesso ao Sumário

- CENSEC - Módulo CEP - Medida cabível - Inteligência do Comunicado CG 2460/2018, DICOGE 5.1, e artigos 10 e 19, do Provimento CNJ 18/2012 - Necessidade de solicitação das autoridades indicadas no mencionado art. 19, do Provimento CNJ 18/2012 - Recurso provido" (11ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº2184987-11.2021.8.26.0000, rel. Des. Gil Coelho, j. 17/09/2021).

4.2. Na espécie, nos termos da orientação supra, é de se deferir o pedido da parte agravante de expedição de ofício para a CENSEC para fins de apuração acerca da existência de escrituras públicas, inventários, testamentos e procurações em nome da parte executada, que não prescindem de intervenção judicial para serem obtidos.

5. Em resumo, o recurso deve ser provido para reformar a r. decisão agravada para deferir o pedido de expedição de ofício para a CENSEC para fins de apuração acerca da existência de escrituras públicas, inventários, testamentos e procurações em nome da parte executada.

Ante o exposto e para os fins acima, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2269761-71.2021.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL SUÍÇA.

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 26319)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2022.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO POR VÍCIOS CONSTRUTIVOS. LEGITIMIDADE DO BANCO DO BRASIL. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. Insurgência contra decisão saneadora. Manutenção.

1. Fundamentação. Nulidade descabida. Decisão suficientemente motivada.

2. Legitimidade passiva. Instituição financeira que atuou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda. Precedente do C. STJ.

3. Legitimidade ativa. Condomínio para pleitear indenização por vício de construção. Jurisprudência iterativa, no mais, quanto à aplicabilidade das regras protetivas do CDC.

4. Intervenção de terceiros. Não cabimento, inclusive no que tange ao chamamento, porque no caso dos autos não se trata de inclusão da seguradora.

5. Conexão e continência. Descabimento, por fim, de reunião de processos. Partes, imóveis e defeitos diversos.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de ps. 1.138/1.144 e 1.168/1.169 dos autos de origem, que, em ação indenizatória por vícios de construção, proferiu decisão saneadora para reconhecer a legitimidade do condomínio quanto aos danos materiais, bem como a legitimidade passiva do Banco do Brasil, afastar a conexão e continência, manter a gratuidade processual e indeferir a denunciação da lide e o chamamento ao processo.

Pleiteia o banco agravante, preliminarmente, a nulidade do julgado por ausência de fundamentação no que tange a algumas teses levantadas, além da generalidade da decisão que rejeitou os embargos de declaração, a exemplo da omissão acerca da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a obscuridade quanto ao não reconhecimento da conexão porque se trata de condomínios no mesmo empreendimento, porque a realização da pericia seria unificada, sem prejuízo ao andamento do processo e porque se deve atenção ao art. 55 do Código do Processo Civil. Sustenta, ainda, violação a diversos dispositivos constitucionais e legais e ao contraditório.

Alega que o julgado do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ mencionado pela decisão agravada diz respeito, apenas, à denunciação da lide e não ao chamamento ao processo da construtora, que é a responsável técnica pelo empreendimento, nos termos do contrato e dos artigos 389 e 618, CC, sendo perfeitamente cabível (artigos 130 a 132 do CPC).

Em síntese, reitera que inexiste liame jurídico entre agravante e agravado; que não há venda do imóvel ao condomínio agravado; que não há negócio entre o Banco, ou mesmo o FAR, com o agravado.

Acesso ao Sumário

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal.

Apresentada a contraminuta (ps. 37/55), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

De início, afasta-se a preliminar de nulidade.

A decisão, ainda que em parte sucinta, está suficientemente motivada, tendo o MM. Julgador *a quo* se pronunciado sobre todas as questões relevantes levantadas nos autos, transcrevendo dispositivos legais e jurisprudência para fundamentar sua convicção.

Ao que tudo indica, não se conforma o agravante, reiterando os argumentos nesta oportunidade.

São aplicáveis, ademais, as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor no caso em testilha.

Como bem asseverado por Rizzatto Nunes *in* Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, "o sistema de responsabilidade objetiva instituído no CDC impõe ampla solidariedade aos partícipes do ciclo de produção (...) a legislação consumerista estipulou que todos os que participarem, direta ou indiretamente, da produção, oferta, distribuição, venda etc. do produto ou serviço respondem".

O condomínio autor, no mais, tem legitimidade extraordinária para pleitear a reparação dos vícios de construção[1] e deve ser considerado destinatário final nos termos do Código de Defesa do Consumidor porque representante de uma coletividade de indivíduos com interesses e direitos comuns. Destaca-se que é iterativa a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ em aplicar os ditames consumeristas nos processos em que o condomínio edilício discute prestação de serviços e cobranças junto a concessionárias de água e esgoto (AgInt no Aresp 859442 e AResp 1973592).

Não subsiste, ainda, a alegação de ilegitimidade passiva do Banco do Brasil para responder por vícios construtivos existentes em imóvel adquirido pelo programa "Minha Casa Minha Vida", do qual a instituição financeira seria a representante do Fundo de Arrendamento Residencial.

Em relação a esse tema, ressalta-se o voto-vista da Ministra Isabel Gallotti, no REsp n° 738.071/SC, ao distinguir dois grandes grupos de atuação de instituições financeiras públicas (como a CEF) em programas de habitação popular.

Resumidamente, a instituição financeira não tem legitimidade pelos vícios construtivos se atuou apenas como agente financeiro. Do contrário, tal legitimidade se verificará ao atuar como agente executor de políticas federais para a

1 "Tem o condomínio, na pessoa do síndico, legitimidade ativa para ação voltada à reparação de vícios de construção nas partes comuns e em unidades autônomas" (STJ - AgRg no REsp n. 1.344.196/SP, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 30/3/2017).

Acesso ao Sumário

promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda:

> *Penso que a questão da legitimidade passiva da CEF merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas, na concessão de financiamentos com recursos do SBPE (alta renda) e do FGTS (média e alta renda), (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.*
>
> *Nas hipóteses em que a CEF atua meramente como agente financeiro em sentido estrito, não vejo, via de regra, como atribuir-lhe, sequer em tese - o que seria necessário para o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam - responsabilidade por eventual defeito de construção da obra financiada.*
>
> *(...)*
>
> ***No segundo grupo de financiamentos** acima lembrados, há diferentes espécies de produtos financeiros destinados à baixa e à baixíssima renda, em cada um deles a CEF assumindo responsabilidades próprias, definidas em lei, regulamentação infralegal e no contrato celebrado com os mutuários. **Em alguns casos, a CEF contrata a construtora, em nome do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), para a edificação dos empreendimentos e arrenda ou vende os imóveis aos mutuários. Em outros programas** de política de habitação social (recursos do Fundo de Desenvolvimento Social, do Orçamento Geral da União ou do FGTS), a CEF **atua como agente executor, operador ou mesmo agente financeiro**, conforme a legislação específica de regência, concedendo financiamentos a entidades organizadoras ou a mutuários finais, sem assumir qualquer etapa da construção.*
>
> ***Não cabe, no presente voto, adiantar entendimento acerca da responsabilidade da CEF em cada um desses tipos de atuação, o que deverá ser perquirido em cada caso concreto, a partir das responsabilidades assumidas pelas partes envolvidas.***
>
> *Examino, portanto, apenas o caso concreto posto no presente recurso especial.*
>
> ***No caso dos autos, o autor alega que adquiriu o imóvel em agência da CEF, sem possibilidade de escolha da construtora e do projeto. Afirma que a instituição financeira promoveu o empreendimento, escolheu a construtora e as características do projeto, apresentando o negócio completo ao mutuário, dentro de programa habitacional popular com recursos do FGTS.***
>
> *Nos termos em que deduzida a controvérsia, portanto, parece-me clara a legitimidade passiva ad causam da instituição financeira. Esta legiti-*

Acesso ao Sumário

midade passiva não decorre, ao meu sentir, da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas de afirmar o mutuário na inicial, como parte da causa de pedir - e a exatidão de suas alegações será decidida em sentença de mérito, após a instrução - ***que a CEF promoveu o empreendimento, elaborou o projeto com todas as suas especificações, escolheu a construtora e o negociou diretamente, dentro de programa de habitação popular.***

Esse entendimento citado acima tem sido seguido atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça:

*"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS E MATERIAIS. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. MORADIA POPULAR. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. AGENTE DE POLÍTICA FEDERAL DE PROMOÇÃO À MORADIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AGRAVANTE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. '****A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda****' (REsp 1.163.228/AM, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe de 31/10/2012). 2. No caso, deve ser rejeitada a defendida ilegitimidade passiva, na medida em que o eg. Tribunal a quo expressamente assentou que a ora agravante atuou como '(...) integrante de políticas federais voltadas à promoção de moradia para pessoas de baixa renda, eis que, nesse caso, atua não apenas como mero agente financeiro, mas como executor/gestor de programas governamentais'. 3. Agravo interno desprovido." (STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp* nº 1536218/AL, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 24/09/2019 sem destaque no original).

No caso dos autos, os condôminos adquiriram imóvel do vendedor e agente fiduciário Fundo de Arrendamento Residencial, representado pelo Banco do Brasil.

Essa instituição financeira, por sua vez, expressamente reconheceu que atuou como agente executor, conforme item b do quadro resumo e cláusulas 6ª, 8ª e 11ª do contrato.

Além disso, verifica-se pela matrícula de 341 que o Banco do Brasil é comprador do imóvel para execução de um empreendimento imobiliário desti-

Acesso ao Sumário

nado a pessoas de baixa renda.

Portanto, pela distinção mencionada acima, o agravante não atuou apenas como financiador em sentido estrito, mas como agente executor. Nessa situação, concluiu-se pela legitimidade passiva do Banco do Brasil, para responder por eventuais vícios construtivos existentes no imóvel.

Por fim, nada há a ser alterado no que tange ao indeferimento da denunciação da lide e do chamamento ao processo.

Trata-se de ação de ressarcimento de danos e não de indenização securitária ou de demanda visando ao desfazimento do contrato, abatimento do preço, execução da garantia de solidez da obra e da responsabilidade objetiva do empreiteiro. A ação foi ajuizada contra o agente responsável e não contra a seguradora ou contra a empreiteira, cabendo ao consumidor escolher contra quem deseja litigar dentre aqueles integrantes da cadeia de consumo.

Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, decorre ainda a impossibilidade de intervenção de terceiros, nos termos do art. 81, do mesmo diploma legal, de forma a evitar que os consumidores sejam prejudicados com a morosidade do processo e com o atraso da tutela jurisdicional. Nada impede que, se o caso, a agravante exerça seu direito de regresso.

No caso do chamamento ao processo, somente é admitido para a inclusão da seguradora contratada para a cobertura de sua responsabilidade (art. 101, II do CDC), o que não é o caso da Construtora Direcional Poranga.

Descabida, finalmente, a pretensão de reunião de processos por continência ou conexão porque se trata de imóveis, condôminos, áreas e defeitos diferentes ainda que os edifícios reunidos no mesmo empreendimento que, com mais de 70 torres, evidentemente importaria em prejuízo na marcha processual.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2293408- 95.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado DANIEL CURY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.718)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), CAUDURO PADIN e ANA DE LOURDES

Acesso ao Sumário

COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2022.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA - Ação declaratória c.c. indenizatória - Fraude- Movimentação bancária não reconhecida- Abertura de conta corrente e contratação de cartão de crédito- Pedido de tutela de urgência para abstenção de inscrição de apontamento em nome do autor junto aos órgãos de proteção ao crédito- Probabilidade do direito e perigo de dano - Ausência - Inteligência do art. 300 do Código de Processo Civil - Cassação:

- De rigor a cassação da tutela de urgência concedida à parte autora, a fim de que haja a abstenção de inscrição de apontamentos em seu nome, junto aos órgãos de proteção ao crédito, quando não evidenciados probabilidade do direito e perigo de dano, conforme art. 300 do Código de Processo Civil. Elementos dos autos que demandam análise pormenorizada dos pontos controvertidos, incompatível com a presente fase processual.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto da r. decisão proferida a fls. 36/37, nos autos da ação declaratória c.c. indenizatória, ajuizada por DANIEL CURY contra BANCO DO BRASIL S/A, que deferiu parcialmente a tutela de urgência pretendida pelo autor, a fim de impor ao réu obrigação de fazer, consubstanciada na exclusão do nome do autor junto ao rol de maus pagadores.

O réu agrava, sustentando a necessidade de reforma da r. decisão. Alega a ausência dos pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência, tendo em vista não ter sido demonstrada nenhuma irregularidade da sua lavra.

Defende que "*[...] as alegações da Parte Agravada foram insubsistentes e não trouxeram aos autos nenhuma prova capaz de ser considerada inequívoca, como é exigido pelo artigo 300 do Código de Processo Civil*" (fls. 5). Argumenta pela legalidade da anotação de apontamento junto aos órgãos de proteção ao crédito em nome da parte contrária, enquanto exercício regular de direito.

Acesso ao Sumário

Discorre sobre o dever de os referidos órgãos procederem à notificação prévia dos devedores, não havendo qualquer mácula a recair sobre o crédito titularizado na hipótese de inobservância.

O recurso é tempestivo, bem-preparado (fls. 12/13) e foi recebido com a concessão do efeito suspensivo (fls. 15).

O agravado apresentou contraminuta a fls. 19/22, postulando a manutenção da r. decisão de origem por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

I. No particular, não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência, com fulcro no art. 300 do Código de Processo Civil, cabendo a reforma da r. decisão guerreada.

Na origem, alega o autor ter sido vítima de fraude, porque criminosos, valendo-se de seus dados pessoais, procederam à abertura de conta corrente junto ao réu, além da solicitação de cartão de crédito, perfazendo débito de R$ 33.559,36, o qual tem sido cobrado pela instituição financeira, inclusive com ameaça de inclusão de apontamento em seu nome junto ao rol de maus pagadores. Pugnou, em sede liminar, pela suspensão da aludida restrição cadastral, além da indicação pelo réu de todos os serviços e produtos bancários contratados em seu nome, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de incidência de multa cominatória.

Da r. decisão que deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência para a suspensão do apontamento, interpôs a instituição financeira este agravo, que comporta provimento.

Com efeito, a alegação da parte autora de que estelionatários teriam utilizado seus dados e documentos pessoais para a abertura de conta corrente e contratação de produtos bancários com o réu, restou infirmada, em juízo liminar, pela apresentação dos documentos de fls. 106/106 e 109, correspondentes, respectivamente, ao documento pessoal exibido e fotografia do ato da contratação, inexistindo nos autos informação acerca da perda/roubo da CNH por seu titular.

Assim, a análise acerca da regularidade da abertura da conta corrente e contratação do cartão de crédito "Smiles Internacional Visa" n. 141522086 deverá ser apreciada à luz do contraditório e da dilação probatória, cabendo à instituição financeira demonstrar a regularidade da operação, nos termos do art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil, sobretudo em razão da impossibilidade de produção de prova acerca de fato negativo genérico pela parte contrária.

Por ora, instaurada a controvérsia acerca dos fatos, corroborada pelos documentos acima citados, recomenda-se, a revogação da tutela de urgência, pois contrária ao exercício regular de direito, cabendo aguardar a instrução probatória para melhor exame da alegação autoral acerca da ocorrência de fraude.

II. Diante do exposto, por meu voto, **dá-se provimento ao recurso**, a fim

Acesso ao Sumário

de cassar a tutela de urgência concedida na origem.

Respeitadas as decisões dos tribunais superiores, pelas quais vêm afirmando ser preciso o pré-questionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais inferidos violados e a fim de ser evitado eventual embargo de declaração, tão só para esse fim, por falta de sua expressa referência na decisão então proferida, ainda que examinado de forma implícita, dou por pré-questionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2276144-65.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante MRV MRL XXI INCORPORAÇÕES SPE LTDA., é agravada SILVINA MOARA SALVAJOLI PIVA DE CARVALHO.

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 35267)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente sem voto), HERTHA HELENA DE OLIVEIRA e MARIA SALETE CORRÊA DIAS.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2022.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - METRAGEM DE GARAGEM - PLEITO INDENIZATÓRIO - DECADÊNCIA AFASTADA - REGÊNCIA DO ART. 205 CÓDIGO CIVIL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, postulando a Recorrente por modificação da R. decisão que afastou a alegação de decadência; revelando a Insurgente da aplicação do prazo decadencial previsto no Art. 26 do CDC, ou o do Art. 501 do Código Civil, aparente o vício relatado - área menor de vaga de garagem - proposto o feito empós de mais de um ano da entrega das chaves, de rigor a reforma do decisório.

Efeito suspensivo deferido.

Contraminuta a fls. 54/64.

Esse o breve relato.

Com efeito, a insurgência não está por merecer acatamento.

Deveras, não há falar-se em decadência, já que o enquadramento legal da espécie não está no Código de Defesa do Consumidor, pois que não pleiteada alguma das hipóteses do Art. 20 daquele Diploma, senão no Código Civil, já que se cuida de pedido indenizatório, sujeitando-se a ação ao prazo prescricional, e não decadencial, ao contrário do afirmado pela Agravante. Sobre o assunto já se manifestou o Mirífico Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DEFEITOS APARENTES DA OBRA. METRAGEM A MENOR. PRAZO DECADENCIAL. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. SUJEIÇÃO À PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. 1. [...] 4. É de 90 (noventa) dias o prazo para o consumidor reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação no imóvel por si adquirido, contado a partir da efetiva entrega do bem (art. 26, II e § 1º, do CDC). 5. No referido prazo decadencial, pode o consumidor exigir qualquer das alternativas previstas no art. 20 do CDC, a saber: a reexecução dos serviços, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. Cuida-se de verdadeiro direito potestativo do consumidor, cuja tutela se dá mediante as denominadas ações constitutivas, positivas ou negativas. 6. Quando, porém, a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição. 7. À falta de prazo específico no CDC que regule a pretensão de indenização por inadimplemento contratual, deve incidir o prazo geral decenal previsto no art. 205 do CC/02, o qual corresponde ao prazo vintenário de que trata a Súmula 194/STJ, aprovada ainda na vigência do Código Civil de 1916 ("Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra"). 8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 1534831/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018; grifos nossos).

Assim, considerando que a pretensão, aqui, é indenizatória, não se aplica a decadência, incidindo a regra geral do Art. 205, do Código Civil, e não verifi-

Acesso ao Sumário

cada prescrição na hipótese.

Pelo que nenhum reparo merece a R. decisão singular, que fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, à luz do Art. 252 do Regimento Interno desta Relação.

NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso, cassado o efeito suspensivo.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1121971-62.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AYMAN YASSIN, é apelado ITAÚ UNIBANCO 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42792)**

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

São Paulo, 29 de novembro de 2021.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: BANCÁRIOS - Ação de indenização por danos materiais e morais - Alegação de falha na prestação de serviços pela instituição financeira requerida - Roubo de valor sacado pelo autor em agência bancária do requerido (saidinha de banco) - Improcedência - Cerceamento de defesa - Rejeição - Desnecessidade de realização da prova testemunhal - Suficiência da prova produzida que permitiu o julgamento antecipado da lide - Ausência de falha na prestação dos serviços - Roubo ocorrido fora das dependências da agência bancária do requerido - Impossibilidade de manutenção das imagens do circuito interno de segurança da agência bancária pelo prazo de 5 anos - Limite de 30 dias para guarda e exibição - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida em 20 de maio de 2021 (fls. 78/81), de relatório adotado, que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais e morais, e condenou o autor ao pagamento de custas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

Nas razões do recurso é alegado que: houve cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, pois era necessária a realização de audiência de instrução e julgamento para colheita de depoimento pessoa de prepostos do requerido, bem como para oitiva de testemunhas; o ônus da prova (comprovação acerca da regularidade da prestação de serviços) era do requerido, em razão da inversão prevista no CDC; as imagens do circuito interno de segurança do requerido deveriam ter sido apresentadas, não podendo ser acolhida a justificativa de que somente no prazo de 90 dias do fato ocorrido; restaram demonstrados os danos materiais. Pede provimento do recurso para desconstituição ou modificação da sentença (fls. 84/95).

Contrarrazões às fls. 101/107.

Valor atribuído à causa em 19/11/2019: R$ 65.000,00 (fl. 15).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A apelação, interposta em 19/07/2021, é tempestiva e está devidamente instruída com o preparo.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, pela imprescindibilidade da realização de audiência de instrução e julgamento para colheita de depoimento pessoal de prepostos do requerido, bem como para oitiva de testemunhas do autor, não se verifica qualquer ilegalidade ante o julgamento antecipado do feito.

De fato, o destinatário da prova é o juiz, sendo que a ele cabe aferir a necessidade ou não da produção de provas necessárias ao julgamento do mérito. Nos termos do art. 370 do Código de Processo Civil, compete ao juiz à condução da prova.

E, conforme já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, "*a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado*" (RE nº 101.171-8/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).

No mesmo sentido, esta C. Corte deliberou que "*para que se tenha caracterizado o cerceamento de defesa em decorrência da ausência de dilação probatória, faz-se necessário que, confrontadas as provas que foram requeridas com os demais elementos de convicção carreados ao processo, elas não só apresentem capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também*

Acesso ao Sumário

se mostrem indispensáveis à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide. A par disso, cumpre ainda salientar que o juiz, ao apreciar a validade de um negócio jurídico, não fica, em princípio, sujeito a este ou àquele tipo de prova" (TJSP, Apel. 990.10.076540-0, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 9.2.2011, Rel. o Des. Itamar Gaino).

Sobreleva notar que cabe ao juiz e às partes, nos termos do Código de Processo Civil, velar pela rápida solução do litígio, bem assim, verificar as provas necessárias à instrução do processo, evitando diligências inúteis ou meramente protelatórias.

No caso dos autos, os fatos ocorreram no dia 6 de dezembro de 2018. A ação foi proposta somente em 19 de novembro de 2019, portanto depois de quase um ano da ocorrência. E isso dificultaria em muito a lembrança, seja pelas testemunhas ou pelos prepostos do requerido, dos fatos ocorridos, tendo em vista que já se passaram quase três anos do roubo que o autor foi vítima.

Ademais, na especificação de provas (fls. 66/68), o pedido formulado pelo autor foi genérico, sequer indicando quais testemunhas pretendia a oitiva.

Assim, não há falar em cerceamento de defesa, restando suficiente a prova já produzida nos autos e que permitiu o julgamento antecipado da lide.

No mais, trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, na qual o autor assim narra os fatos na petição inicial:

"(...) *O Requerente é correntista da instituição Requerida e titular da conta corrente nº 39.268-3, na agência nº 0211. Assim, em 03/12/2018, o Autor se dirigiu à agência bancária de nº 0745 a fim de realizar a reserva para o saque de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), levando consigo uma sacola com produtos de seu comércio. Ocorre que, ao tentar adentrar o local, foi impedido pelo agente de segurança, o qual lhe inquiriu o motivo pelo qual desejava entrar no banco, somente liberando a sua entrada ao explicar minuciosamente os serviços que precisava fazer no estabelecimento e acompanhado da funcionária de atendimento. Constrangido com a rispidez e desnecessária abordagem do agente de segurança, na mesa de atendimento, em espaço amplo e aberto ao público, discretamente, o Autor informou a funcionária que precisava realizar um saque de valor alto. Informou o valor de forma escrita - mais especificamente, escreveu o valor em um pedaço de papel, que então repassou para a atendente - com a devida cautela, cuidado esse não observado pela funcionária, que anunciou em alto e bom tom para todos os presentes no estabelecimento, pelo tipo da conta corrente de titularidade do Autor e, em razão da modificação das normas financeiras, que todos os saques de valores acima de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) precisavam ser solicitados mediante reserva com antecedência mínima de 3 (três) dias. Nessa hora, já consternado e apreensivo com todas as informações particulares dadas publicamente pela funcionária, a mesma*

Acesso ao Sumário

sequer forneceu o número de protocolo do pedido, tampouco esclareceu outras informações necessárias para o saque, principalmente, em relação a reserva de sala privada para o recebimento dos valores, evidenciando falha na prestação de serviços. Em 06/12/2018, ante a urgência e necessidade dos valores para o pagamento de pessoal e de fornecedores, o Autor adentrou no banco com uma mochila, direcionando-se à funcionária do atendimento. Ao informar que veio realizar o saque da reserva realizada no dia 03/12/2018, a mesma simplesmente o desdenhou, informando-o que todo e qualquer saque deveria ser realizado no caixa. Estranhando o comportamento da funcionária, o Requerente seguiu a orientação e, na tentativa de manter a discrição, informou ao atendente do caixa que iria fazer um saque de valor alto, tendo feito reserva há três dias. Para a surpresa do Requerente, ao entregar o cartão e documento pessoal, a atendente do caixa lhe informou não conseguir localizar a reserva realizada, bem como ser impossível a realização do mencionado saque, pois seria necessário aumentar do limite do cartão, informação essa totalmente desconhecida até então. Isso porque o saldo em conta corrente do Autor o permitia realizar um saque no montante de R$ 62.000,00, estando ciente o mesmo de que usaria o limite do cheque especial para completar a operação. Ou seja, o desencontro de informações dos funcionários da instituição somente piorava a situação emocional e psíquica do Autor, o qual não tinha outra alternativa senão cooperar ante a necessidade de pagamento de seus fornecedores e funcionários. Não obstante, no exato momento em que tentava entrar em contato com seu gerente, o atendente do caixa começou a fazer uso do telefone celular particular, sob pretexto de precisar conversar com o responsável do setor, fazendo chamadas para terceiros, passando informações publicamente sobre o saque e o respectivo valor. Obrigado a aguardar por mais de uma hora na agência até a liberação da operação, com a insistência dos funcionários do banco para que o Autor aguardasse no local até a liberação da reserva. Após horas na agência, sem qualquer solução, os prepostos do Réu sugeriram que o Autor realizasse o saque de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) na presente agência e R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) em outra. Ao aceitar a proposta, de repente, o suposto gerente supervisor da agência informa que o valor de R$ 65.000,00 estava pronto para lhe ser entregue. Presumindo que sua reserva foi devidamente processada, o Autor aguardou ser chamado para uma sala reservada, a fim de receber os valores, comportamento mínimo esperado do banco para evitar exposição dos seus clientes e conservar a sua segurança. Todavia, o Requerente é surpreendido quando vê o supervisor com o montante de R$ 65.000,00 na palma da mão, DESFILANDO na frente de todo o público, entregando o montante no próprio caixa convencional, conduta totalmente em desacordo com recomendações de segurança e o bom senso. Ademais, impõe esclarecer que o gerente, visivelmente nervoso, sequer solicitou a assinatura do recibo ou lhe en-

Acesso ao Sumário

tregou o comprovante de saque, simplesmente despachando o Autor da agência após a entrega dos valores (...)" (fls. 1/4).

A ação foi julgada improcedente.

O fato ocorrido no dia 6 de dezembro de 2018 é vulgarmente conhecido como "saidinha de banco", na qual o cliente é abordado pelo roubador fora das dependências da agência bancária da instituição financeira.

E isso foi o que ocorreu, pois o autor teve roubado o valor de R$ 65.000,00 logo depois de tê-lo sacado na agência bancária do requerido e já nas dependências de seu estabelecimento comercial, que está situado próximo da agência.

A responsabilidade da instituição financeira é objetiva, mas apenas quando o crime é praticado nas dependências da agência bancária ou, até mesmo, em estacionamento comercial vinculado à instituição financeira, o que não é o caso dos autos.

E não há qualquer demonstração da ocorrência de falha na prestação dos serviços pelo requerido.

A ação foi proposta depois de quase um ano da data do fato, demonstrando a inviabilidade da produção de prova acerca da responsabilidade do requerido pela falha na prestação de serviços que supostamente culminou no roubo de que o autor foi vítima.

Não era responsabilidade do requerido, ao contrário do que sustenta o autor, manter arquivadas imagens de seu circuito interno de segurança pelo período de 5 anos.

Nos termos do art. 62, III, da Portaria nº 387/2006 - DG/DPF (já com as alterações introduzidas pela Portaria nº 515/2007-DG/DPF), as imagens somente deverão permanecer armazenadas em meio eletrônico por um período mínimo de 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"*Apelação. Tutela cautelar antecedente. Exibição de imagens de circuito interno de caixa eletrônico. Improcedência. Instituição financeira que tem o dever de guardar as filmagens por, no mínimo, 30 dias (art. 62, III da Portaria 387/2006 DG/DPF). Ausência de prova de formalização de pedido administrativo. Boletim de ocorrência lavrado praticamente um mês após os fatos. Ação proposta 75 dias depois. Banco que não tinha mais responsabilidade de guarda das imagens. Precedentes. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno. Recurso improvido*" **(TJ/SP - Apelação nº 1001796-71.2020.8.26.0272 - Rel. Mauro Conti Machado - 16ª Câmara de Direito Privado - Julgada em 29 de julho de 2021)**.

"*PREVIDÊNCIA PRIVADA. Ação de indenização por danos materiais.*

Acesso ao Sumário

Decisão de Primeiro Grau que reconsiderou anterior determinação (item 6, fl. 549) e desonerou o corréu Banco Bradesco S/A da exibição de imagens de vídeo gravadas em 12.04.16, na agência 2331, em razão do extenso decurso de prazo entre a data da filmagem e a determinação de sua apresentação. Posicionamento 'a quo' acertado. Pretensão do agravante de exibição de tais imagens. Por ocasião da prolação do despacho judicial que determinou tal exibição, em 18.11.19, o prazo mínimo de 30 (trinta) dias para que as instituições financeiras preservem seus arquivos de gravações, previsto pelo art. 62, inc. III, da Portaria nº 387/2006 da DG/DOF, já havia se extinguido há muito, o que tornou impossível o cumprimento de tal obrigação. Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido, prejudicado o agravo interno" **(TJSP - Agravo de Instrumento nº 2002695- 92.2020.8.26.0000 - Rel. Airton Pinheiro de Castro - 31ª Câmara de Direito Privado - Julgado em 30 de junho de 2020)**.

Portanto, correta a sentença ao não reconhecer a responsabilidade civil do requerido.

Nesse sentido:

"*APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Roubo após saque de valor - 'Saidinha de banco' - Sentença de procedência - Insurgência das partes - Assalto ocorrido fora das dependências da instituição financeira - Questão de segurança pública a cargo do Estado - Excludente de responsabilidade por fato de terceiro - Inteligência do artigo 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor - Fortuito externo - Falha na prestação de serviço não evidenciada - Precedentes da C. Corte Superior e desse E. TJSP - Sentença de procedência reformada para improcedência - RECURSO DO RÉU PROVIDO E PREJUDICADO O DA AUTORA*" **(TJ/SP - Apelação nº 1009523-68.2018.8.26.0008 - Rel. Lavínio Donizetti Paschoalão - 12ª Câmara de Direito Privado - Julgada em 16 de fevereiro de 2021)**.

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos materiais e morais. Prestação de Serviços. Roubo (saidinha de banco) na via pública, após saque em agência bancária. Ausência de falha no serviço prestado e na segurança interna do banco. Inexistência de ato ilícito. Ação criminosa que ocorreu fora do estabelecimento bancário, não sendo possível concluir, pelo conteúdo probatório, que a subtração tenha sido decorrência da má prestação do serviço. Precedentes. Sentença de improcedência mantida. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Fixação em percentual que atende aos critérios do artigo 85, § 2º, do CPC. Pedido de redução. Não cabimento. RECURSO NÃO PROVIDO*" **(TJ/SP - Apelação nº 1028476-24.2016.8.26.0405 - Rel. Fernando Sastre Redondo - 38ª Câmara de Direito Privado - Julgada em 27 de janeiro de 2020)**.

Acesso ao Sumário

O caso, portanto, é de manutenção da sentença, pois não demonstrado o nexo causal entre a conduta do requerido e os danos materiais e morais suportados pelo autor, pois o roubo praticado contra o autor ocorreu fora do ambiente da agência bancária, inexistindo, assim, falha na prestação dos serviços.

Por fim, cabível a majoração da verba honorária pelo acréscimo de trabalho ao advogado na fase recursal, conforme preconizado no artigo 85, § 11, do CPC. Por conseguinte, arcará o apelante com o adicional de 1% (um por cento) de honorários, totalizando 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado dado à causa.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008994-96.2020.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante ELUCIANA PEREIRA MOREIRA, é apelado BANCO AGIBANK S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por maioria. Declara voto vencido o Relator Sorteado.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34745)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TASSO DUARTE DE MELO, vencedor, CERQUEIRA LEITE, vencido, JACOB VALENTE (Presidente), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 10 de dezembro de 2021.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL.

TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Possibilidade de revisão das taxas de juros se e quando a relação for de consumo e houver desvantagem exagerada ao consumidor (STJ, Recursos Repetitivos, REsp 1.061.530-RS). Taxa de juros praticada flagrantemente abusiva, várias vezes maior que a média de mercado. Taxa declarada abusiva, determinando-se a

aplicação da taxa média de mercado para o período.
REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Admissibilidade. Devolução simples dos valores cobrados indevidamente.
DANO MORAL. Publicidade abusiva, falta de transparência na contratação, flagrante abusividade da taxa de juros e desconto mensal da parcela diretamente da conta corrente da Apelante. Afronta à dignidade da pessoa humana. Danos morais caracterizados. Quantum reparatório fixado em R$ 2.000,00, conforme peculiaridades do caso concreto.
Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de ação revisional de contrato bancário ajuizada por ELUCIANA PEREIRA MOREIRA em face de BANCO AGIBANK S/A.

Adota-se o relatório elaborado pelo D. Des. Cerqueira Leite, Relator Sorteado, que declarará voto vencido ao final:

> "A r. sentença a fls. 96/102, cujo relatório fica incorporado, julgou improcedente a pretensão da autora nos autos de ação revisional de contrato de empréstimo pessoal, cumulada com repetição de indébito e indenização por dano moral, a seu cargo as custas e despesas processuais, os honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, acrescidos de juros de mora, de 1% ao mês, contados do trânsito em julgado, ressalvada a gratuidade.
>
> Inconformada, a autora interpõe recurso de apelação, reiterando a tese de que o réu cobrou juros abusivos, de 20,00% ao mês, superiores à média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil em linhas de crédito congêneres, de 8,20%, afirmando-se credora de indenização por dano moral pelo comportamento reiterado e abusivo do réu, suscetível de abalo moral indenizável ao explorar pessoas simples, de pouca instrução e hipossuficientes. Intenta a reforma, a inversão dos ônus de sucumbência a e majoração dos honorários advocatícios.
>
> Recurso respondido."

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

Conforme relatado no voto vencido, a Apelante pactuou com o Banco -apelado o seguinte contrato de empréstimo pessoal, com desconto direto em conta corrente:

> "Vê-se a fls. 16/18 que no dia 17 de novembro de 2015 a autora contratou empréstimo pessoal de R$ 1.788,16, a ser resgatado em 12 prestações iguais e sucessivas de R$ 370,36, vencida a primeira no dia

Acesso ao Sumário

> 03 de dezembro de 2015 e a última no dia 03 de novembro de 2016, à taxa de juros prefixada de 20,00% ao mês, ou 791,61% ao ano, ao custo efetivo total-CET de 1.111,45% ao ano, visto que diluído no capital financiado o IOF (R$ 41,99), a tarifa de cadastro (R$ 50,00) e o 'prêmio do seguro prestamista' (R$ 77,69)."

Respeitado o entendimento contrário, é notória a prática de cobrança de juros abusivos pela instituição financeira AGIBANK, conforme já decidido por esta 12ª Câmara em vários outros casos análogos.

Conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça consolidado no julgamento do recurso repetitivo representativo da controvérsia (REsp nº 1.061.530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 22/10/2008), as taxas de juros podem ser revisadas em casos excepcionais, desde que haja relação de consumo e comprovada a abusividade na contratação, assim considerada a inserção de cláusula contratual que implique manifesta desvantagem exagerada para o consumidor (art. 51, § 1º, CDC).

Extrai-se do corpo do mencionado acórdão, que os juros remuneratórios são considerados abusivos se e quando superiores à taxa média de mercado praticada por todos os integrantes do sistema financeiro nacional, observadas as circunstâncias de cada contratação.

Comprovada a abusividade, o percentual excedente, como regra, deverá ser reduzido ao patamar da taxa média.

Na espécie, o contrato de empréstimo pessoal apresenta taxa de juros nominal de 20% ao mês e 791,61% ao ano, com "Custo Efetivo Total - CET" de 1.111,45% a.a.

À luz das regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 375 do NCPC), é possível concluir que a taxa de juros praticada pelo Banco-apelado é abusiva, pois superam em muito - três a quatro vezes - a média de mercado, consoante documento de fls. 19.

Do referido documento, constata-se que a AGIBANK se encontra classificada nas últimas posições dentre as instituições financeiras que praticam os juros mais altos do mercado.

Portanto, como os juros pactuados causaram desvantagem exagerada à consumidora, incompatíveis com a boa-fé e a equidade, nos termos do art. 51, inc. IV, do CDC, de rigor a declaração de abusividade das taxas de juros, determinando-se a aplicação da taxa média de juros do BACEN para o período.

Registre-se que o fato da instituição financeira Apelada ser especializada em conceder empréstimos a negativados, o que, em tese, justificaria a cobrança de taxas de juros superiores à média de mercado, não lhe socorre na espécie, pois os mútuos objeto da lide, apesar de não terem sido celebrados na modalidade consignado em folha de pagamento, revestem-se das mesmas características

Acesso ao Sumário

de tal espécie de operação de crédito, haja vista que os pagamentos foram pactuados mediante débito direto na conta corrente.

Dessa forma, o risco de inadimplência é sobremaneira minimizado, não se justificando a exorbitante taxa de juros estipulada nos contratos revisados.

A notória publicidade agressiva da instituição financeira Apelada, aliada à falta de transparência quanto aos encargos contratados em comparação com a média de mercado, foram fatores decisivos para que a Apelante, pessoa simples e de baixa renda, firmasse empréstimo - com características de consignado, minimizando o risco da operação para o credor, como visto acima - a taxas flagrantemente abusivas, comparáveis aos encargos de cartão de crédito, os mais altos do país (quiçá do mundo!).

De rigor, portanto, a devolução dos valores cobrados a maior.

As circunstâncias acima mencionadas deixam claro a agressividade da prática comercial da instituição financeira, que visa apenas o lucro na concessão de empréstimos a juros abusivos, sem se preocupar com o prejuízo à subsistência dos seus clientes.

Portanto, ofendida a dignidade da Apelante, restam configurados os danos morais.

Quanto ao valor dos danos morais, embora a lei não estabeleça parâmetros para a sua fixação, impõe-se observar critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a arbitrá-lo de forma moderada, em montante que não seja irrisório a ponto de não desestimular o ofensor, e nem que seja excessivo a ponto de configurar instrumento de enriquecimento sem causa.

Na espécie, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, dentre as quais o porte econômico das partes e o tempo decorrido desde a assinatura do contrato até o ajuizamento desta ação (mais de 05 anos), o que torna diminuta a ofensa à subsistência da Apelante, arbitra-se em R$ 2.000,00 (dois mil reais) o *quantum* reparatório, suficiente para amenizar os danos morais sofridos pela Apelante e desestimular a reiteração de condutas ilícitas análogas pela Apelada.

Acolhidos os pedidos deduzidos na petição inicial, a Apelada deve ser condenado ao pagamento integral do ônus da sucumbência.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, com a reforma da r. sentença, para: (i) declarar a abusividade do juros remuneratórios pactuados no contrato de empréstimo revisado, determinando-se a aplicação da taxa média de mercado no período; (ii) condenar a Apelada à repetição do indébito, conforme apurado em fase de liquidação de sentença por simples cálculos, devendo incidir correção monetária pela Tabela Prática deste E. Tribunal, a partir de cada cobrança indevida, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação; e (iii) condenar a Apelada ao pagamento de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de danos morais, cor-

Acesso ao Sumário

rigidos monetariamente a partir da data de publicação deste v. acórdão e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Inverte-se o ônus da sucumbência, condenando-se o Banco-apelado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do NCPC.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 37.751)

Vê-se a fls. 16/18 que no dia 17 de novembro de 2015 a autora contratou empréstimo pessoal de R$ 1.788,16, a ser resgatado em 12 prestações iguais e sucessivas de R$ 370,36, vencida a primeira no dia 03 de dezembro de 2015 e a última no dia 03 de novembro de 2016, à taxa de juros prefixada de 20,00% ao mês, ou 791,61% ao ano, ao custo efetivo total-CET de 1.111,45% ao ano, visto que diluído no capital financiado o IOF (R$ 41,99), a tarifa de cadastro (R$ 50,00) e o "prêmio do seguro prestamista" (R$ 77,69).

A pretensão revisional da autora impugna a taxa de juros contratada, de 20% ao mês, sendo discrepante da taxa média de mercado publicada pelo Banco Central do Brasil, segundo ela, de 8,20% ao mês à época para a mesma modalidade contratada.

Pois bem.

Se é verdade que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às instituições financeiras em geral, conforme enuncia a Súmula n. 297 do Col. STJ, também é verdade que o Código não é panaceia para todas as atribulações que afligem o hipossuficiente, se não estão nele parâmetros para juros, sistemática de cálculo, periodicidade e encargos peculiares ao mercado financeiro.

Sem ser necessário prolixa fundamentação, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vai consolidando o entendimento sobre os juros no sistema financeiro nacional.

A Súmula n. 382 do Col. STJ já enunciava que: "*A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade*".

Sobreveio a Súmula n. 648 do Col. STF "***verbis***": "*A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar*".

A Súmula Vinculante n. 7 do mesmo Pretório Excelso pacificou a questão.

A busca pela taxa de juros está atrelada à média do mercado, fiscalizado pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, sem nenhuma

Acesso ao Sumário

integração com regras traçadas para os contratos civis em geral.

Somente em caso de flagrante abusividade os juros podem ser revistos pelo Estado-Juiz e delimitados à média de mercado, desde que o devedor assim pleiteie.

No REsp 1.061.530/RS, afeto à Segunda Seção do Col. STJ conforme o rito do art. 543-C do CPC de 1973 para o julgamento de recursos repetitivos, relatado pela Min. Nancy Andrighi, restou concluído que o posicionamento atual da jurisprudência admite a revisão das taxas de juros em situações excepcionais, desde que esteja cabalmente demonstrado que a estipulação das taxas de juros remuneratórios suplanta a média praticada pelo mercado para a modalidade contratada.

Consta desse precedente que a análise da abusividade dos juros está facilitada a partir de outubro de 1999, quando o Banco Central do Brasil passou a divulgar as taxas médias, ponderadas segundo o volume de crédito concedido, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (cf. Circular n. 2.957, de 30-12-99).

Nesse julgamento para recursos repetitivos foram consolidadas quatro vertentes: "*a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), como dispõe a Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano por si só não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do caso concreto*".

"***In casu***", em que pese a aparente abusividade dos juros remuneratórios, segundo regras de experiência, a mitigação da taxa de juros à média de mercado dependia de prova preconstituída, a cargo da autora, que deveria instruir a petição inicial com relatório obtido junto ao sítio do Banco Central do Brasil na rede mundial de computadores, a fim de provar e cotejar a taxa contratada com a média de mercado em linha de crédito congênere.

Sobre isso, o histórico dos juros divulgado pelo Banco Central do Brasil entre os dias 17 e 23 de novembro de 2015, juntado pela autora a fls. 19, não faz a prova da taxa média de mercado, mas a prova da taxa de cada instituição financeira discriminada.

No precedente do Col. STJ, ao julgar o REsp 1.061.530/RS mencionado, é eloquente o argumento de que: "*Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isso ocorresse, a taxa média*

Acesso ao Sumário

deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros. A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas taxas superiores a uma vez e meia (voto proferido pelo Min. Ari Pargendler no REsp 271.214/RS, rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), ao dobro (REsp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) ou ao triplo (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) da média. Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos".

Por isso, improcede a pretensão da autora à revisão da taxa de juros remuneratórios, sendo o corolário a improcedência da indenização pelo abalo moral do qual se queixa.

Desprovido o recurso, os ônus de sucumbência permanecem a cargo da autora, as custas e despesas processuais de reembolso atualizadas desde os desembolsos e os honorários advocatícios majorados "***ope legis***" (art. 85, §11, do novo CPC) a 12% do valor atualizado da causa, mais juros de mora a contar do trânsito em julgado (§16), observada a gratuidade.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, majorados "***ope legis***" os honorários advocatícios, observada a gratuidade.

CERQUEIRA LEITE, Relator Sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002104-29.2019.8.26.0471, da Comarca de Porto Feliz, em que são apelantes MAYRA ASSUMPÇÃO MIRALES, THIAGO ASSUMPÇÃO MIRALES e NIVIO MIRALES LARIO, é apelado FERNANDO RUIZ TAJIKI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27254)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2021.

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. CORRETAGEM. AÇÃO DE COBRANÇA. Sentença de procedência. Recurso dos réus alegando ter efetuado pagamento. Ausência de comprovação capaz de demonstrar ocorrência de pagamento. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença de fls. 153/154, cujo relatório se adota, que, em ação de cobrança, julgou procedente o pedido para condenar os réus a pagarem solidariamente ao autor a quantia de R$19.709,87, com acréscimo de correção monetária desde a propositura da ação e juros de mora de 12% ao ano (arts. 406 do C. Civil c.c. 161 § 1º do CTN) desde a citação (art. 405 do C. Civil e 240 do CPC). Impôs aos réus o pagamento das despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignados, apelam os réus alegando, em suma, que foi acertado o pagamento em duas etapas: R$18.000,00 (dezoito mil reais) que deveriam ser pagos em espécie, e os R$20.000,00 (vinte mil reais) remanescentes da comissão que deveriam ser pagos via transação bancária ou cheque, com a emissão de Nota Fiscal correspondente; que a primeira parcela foi entregue em mãos do Sr. Fernando Tajiki, e as demais por transferência bancária; que apesar de combinado a entrega de nota fiscal, a mesma não foi apresentada; que a sentença desconsiderou a declaração de imposto de renda IRPF2021 e extratos bancários; e que o autor foi quem deixou de providenciar o recibo de pagamento.

Houve resposta (fls. 178/180).

É o relatório.

O apelo não é de ser provido.

Nota-se dos autos que não há discordância quanto à existência da contratação dos serviços dos autos, bem como não se nega que parte do valor foi pago, o que, de toda forma, também foi comprovado (fls. 47/48).

Todavia, o cerne do recurso, e da discussão em primeiro grau, foi se o valor que agora é cobrado pelo autor foi pago pelos réus ou não.

Afirmam os réus que tal valor foi dado ao autor em dinheiro em espécie quando da conclusão da assinatura do contrato; o apelado nega tal fato.

De qualquer forma, como se verá adiante, a prova do pagamento deve ser documental, e era ônus dos réus, não servindo como escusa o argumento de que houve recusa na concessão de recibo, pois, como bem prevê o Código Civil:

Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.

Acesso ao Sumário

Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

Assim, caso o autor não quisesse/pudesse conceder prova da quitação regular, poderiam os réus reterem o pagamento, enquanto esta não lhes fosse dada.

Com efeito, a prova do pagamento se dá pela quitação, nos termos do artigo 319 do Código Civil. Sobre esse assunto **HAMID CHARAF BDINE JR.** leciona que *a quitação regular é o instrumento que comprova o adimplemento da prestação, de modo que aquele que paga pode exigi-la sempre, inclusive se recusando a efetuar o pagamento se ela não lhe for dada*. (**HAMID CHARAF BDINE JR., *in* Cezar Peluso (coord.), Código Civil comentado, 10ª ed., Manole, 2016, p. 277**) (sem grifos no original)

Contudo, como dito, os apelantes não produziram prova que tenham realizado tal pagamento; e não se pode presumir a sua ocorrência.

Assim, sendo ônus dos réus comprovar fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (artigo 373, II do Código de Processo Civil), e não havendo prova que tenha realizado pagamento em dinheiro em espécie quando da assinatura do contrato, não há como acolher tal fundamentação.

Portanto, a respeitável sentença deu correta solução à lide, e deve, portanto, ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por conseguinte, diante do não provimento do recurso, e nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários fixados na sentença em favor dos patronos do autor para 11% sobre o valor da causa, levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau de recurso e os critérios previstos no §2º do mesmo dispositivo.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000313-23.2020.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A., é apelada ANA DE SOUZA HONORIO (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: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.623)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2021.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT - ACIDENTE DE TRÂNSITO - COBRANÇA - PROCEDÊNCIA - Prescrição e omissão da sentença - Inocorrência - Vítima fatal de acidente de transito ocorrido em abril de 2010 - Reconhecimento em ação declaratória da condição da autora de convivente do de cujus - Pagamento integral ao filho da vítima, inobstante ciência da seguradora de ordem judicial naquela ação de reserva de 50% do valor - Tese de pagamento a credor putativo não aplicável ao caso - Pretensão ao recebimento de parte cabente à autora - Correção monetária - Incidência desde o evento danoso - Súmula 580 do STJ - Vedação à reformatio in pejus - Recurso desprovido, rejeitadas as preliminares.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT ajuizada por ANA DE SOUZA HONÓRIO em face de SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT, julgada procedente, condenada a ré a pagar a autora o valor de R$ 16.344,49, com correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de 1% ao mês desde a citação. Pela sucumbência, a ré foi condenada no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, apela a ré argumentando que o pagamento relacionado ao óbito de Ridário João de Oliveira já foi realizado na via administrativa à Maycon e Francivania, na condição de filho e companheira da vítima, que se apresentaram como únicos herdeiros. O fato sequer foi mencionado na sentença, havendo omissão quanto ao prévio pagamento. Uma vez que já houve o pagamento integral do seguro, não há que se falar em reforma da sentença antes proferida.

Explica que em processo diverso pagou aos herdeiros, obedecendo de-

Acesso ao Sumário

terminação judicial, tratando-se de credor putativo, sendo, por isso, válido o pagamento feito de boa-fé.

Mesmo que se admita a indenização, sustenta que a autora não é parte legítima a receber a totalidade da indenização, considerando não ser a única herdeira. Assim, a condenação não pode exceder o valor de R$ 6.750,00 e eventual correção deve ser calculada a partir da sentença.

Elucida que a pretensão está prescrita, porque houve o pagamento integral do seguro em 04.04.2013 e há entendimento consolidado em sede de recurso repetitivo que o termo inicial conta-se do pagamento administrativo considerado a menor, sendo a ação proposta apenas em 29.01.2020.

Por fim, alega que não há prova do nexo causal de que a morte do companheiro da autora teria ocorrido em razão de acidente automobilístico.

Requer a improcedência da ação, invertidas as sucumbências, prequestionando a matéria.

Vieram contrarrazões às fls. 680/687.

É o relatório.

Narra a inicial que a autora conviveu em união estável com o falecido Sr. Ridário João de Oliveira, sendo reconhecida em ação declaratória a união estável, eis que é dependente do "de cujus", vítima de acidente de trânsito que não resistiu aos ferimentos. Expôs que foi proferida sentença em que se reconheceu o direito da autora ao recebimento de 50% das indenizações dos seguros de vida e obrigatório DPVAT; que a requerida foi oficiada nos autos, suspendendo a prescrição; que a indenização deve ser paga com a prova do acidente e danos decorrentes, e da condição de dependente da autora, pretendendo o recebimento de R$ 16.344,49, inerente a 50% que cabe a autora do seguro obrigatório DPVAT, valor atualizado desde a prolação da sentença.

Citada, a ré contestou a ação valendo-se dos argumentos já transcritos nas razões do apelo.

Houve réplica, sobrevindo o julgamento.

A priori, rejeita-se a preliminar de prescrição.

Ao que consta dos autos, o acidente ocorreu em 24/04/2010 e a ação foi proposta em 29/01/2020.

O Código Civil, em seu art. 206, § 3º, inciso IX, disciplinou especificamente o prazo prescricional relativo à pretensão de ressarcimento por seguro obrigatório, cujo prazo extintivo para a propositura de ação de cobrança é trienal.

De fato, o prazo a ser considerado é o trienal, tratando-se de questão resolvida pela Súmula 405 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três*

Acesso ao Sumário

anos".

Ocorre que na hipótese dos autos, a autora dependia de reconhecimento judicial da condição de convivente em união estável com a vítima e assim passar a ser beneficiária do seguro obrigatório.

A sentença declaratória que assim reconheceu condicionou a expedição de ofício à Seguradora Líder para liberação de 50% do seguro ao trânsito em julgado, que ocorreu apenas em 29/06/2018, conforme fls. 297 e 480, sendo que 15/06/2010 a empresa estava ciente da liminar concedida quanto a reserva de 50% da indenização securitária, observada resposta apresentada naqueles autos (fls. 102).

Assim, considerando-se o trânsito em julgado, não restou superado o prazo prescricional.

Inocorrente também omissão do julgado, tendo o magistrado fundamentado adequadamente a solução adotada, constando do *decisum* o pagamento equivocado realizado pela empresa, sem observar ordem judicial da ação declaratória, arrematando que *quem paga mal, paga duas vezes*.

No mais, a insurgência não prospera.

O documento de fls. 609, comprova o pagamento no valor de R$ 13.500,00, em 08.04.2013, feito a Francivania, representante de Maycon, filho do acidentado.

Logo, cai por terra a alegação de ausência de nexo causal, porque se houve pagamento, inequívoco que a regulação do sinistro concluiu que a morte decorreu de acidente de trânsito.

Não prospera a tese de que deve ser considerado o pagamento feito ao credor putativo, porque consta da regulação do sinistro a pendência de processo de reconhecimento de união estável assim como carta subscrita pela genitora do filho beneficiário na qual solicita o pagamento da parte cabente a ele, fazendo menção do processo movido pela companheira.

Deste modo, a seguradora estava plenamente ciente de que deveria reservar 50% da verba indenizatória, o que não atendeu. Deve deste modo, responder por seu equívoco, não podendo transferir o prejuízo à autora.

Inexiste pedido de valor além do devido, tendo a autora pleiteado apenas os 50% que faz jus, sendo que a quantia alcança maior valor por conta das atualizações e juros devidos, a partir da procedência da ação declaratória.

Não houve impugnação na apelação em relação aos juros.

Quanto a correção, foi editada a Súmula 580 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"A correção monetária do seguro DPVAT por morte ou invalidez, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6.194/1974, redação dada pela Lei n. 11.482/2007,

Acesso ao Sumário

incide desde a data do evento danoso".

Todavia, observado que a autora corrigiu os valores a partir da data da sentença de procedência da ação declaratória, fica mantida a incidência nestes termos, vedada a *reformatio in pejus*.

Portanto, sem qualquer fato ou direito novo arguido nas razões do recurso, tendo apenas reiterado o inconformismo que a oportunidade permite, prestigia-se a sentença de primeiro grau.

Ficam os honorários advocatícios fixados na sentença majorados para 15%, sob o parâmetro estabelecido, nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil.

Quanto ao prequestionamento, desnecessária a citação de artigo por artigo invocado pela apelante, se o julgado abrange toda a matéria devolvida no recurso, de forma suficiente para suprir o requisito admissibilidade exigido para via recursal às Cortes Superiores.

Em face do exposto, rejeitada as preliminares, ao recurso nega-se provimento, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019219-68.2020.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante LUCIMARA CRUZ, é apelada AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

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 22007)**

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2021.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SERVIÇOS PROFISSIONAIS. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c. c. obrigação de fazer e pedido de indenização por danos materiais. Sentença de parcial procedência. Interposição de apelação pela ré. Veículo objeto do contrato de seguro foi encaminhado pela segurada à oficina da ré, para reparação de avarias decorrentes de acidente de trân-

sito. Orçamento apresentado pela oficina da ré não foi aprovado pela seguradora, ora autora, que, após a realização de vistoria, reconheceu que o veículo em questão havia sofrido perda total e informou que pagaria à segurada indenização integral, desde que recebesse o respectivo salvado livre de quaisquer ônus e restrições, inclusive eventuais débitos decorrentes de diárias por estadia. Ante o reconhecimento da perda total do veículo, cabia à autora promover imediatamente a retirada e o encaminhamento do bem para local adequado, uma vez que já estava ciente da sub-rogação da propriedade do respectivo salvado, mas a seguradora não adotou providências nesse sentido. Ausência de prova apta a demonstrar que a autora tenha impedido que o veículo fosse retirado de sua oficina enquanto não fossem quitados os débitos decorrentes de diárias por estadia. Cobrança de diárias pela estadia do veículo na oficina da ré se mostra adequada, pois a manutenção do salvado no estabelecimento impediu que a ré utilizasse o aludido espaço para o exercício de sua atividade econômica, qual seja, a reparação remunerada de veículos. Ausência de prova hábil a demonstrar que o valor cobrado pela ré a título de diária pela estadia do veículo em sua oficina (R$ 120,00) esteja em desacordo com aquele praticado pelo mercado, o que reforça a regularidade da cobrança em questão. Reforma da r. sentença, para que, além do pedido indenizatório, também seja improcedente o pedido de declaração de inexigibilidade de débito relativo às diárias por estadia do veículo na oficina da ré, prejudicado o pedido de obrigação de fazer, pois a retirada do veículo do estabelecimento da ré já foi promovida pela autora. Apelação provida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em razão da r. sentença de fls. 302/306, que julgou parcialmente procedente a ação movida por Azul Companhia de Seguros Gerais em face de Lucimara Cruz (nome fantasia R P Car Reparos Automotivos), para declarar a inexigibilidade do débito relativo a diárias de permanência do veículo descrito na inicial no estabelecimento comercial da ré,

Acesso ao Sumário

autorizada a remoção do veículo pela autora, o que deverá ser providenciado pela autora, no prazo de 10 dias a contar da intimação pessoal do trânsito em julgado, sob pena de pagamento da diária de R$ 120,00 exigida pela ré, a partir do escoamento de tal prazo, limitada a diária ao dobro do valor do salvado que não poderá ser ultrapassado. Ademais, consignou que, quando a diária atingir o valor máximo (ora estipulado) sem que a autora providencie a remoção do veículo, a ré poderá dar o destino ao bem móvel que melhor lhe aprouver, porque então ficará caracterizado o abandono, sem prejuízo da possibilidade de cobrança das diárias até o limite estabelecido. Em razão da sucumbência recíproca, repartiu igualmente as despesas processuais entre as partes, bem como condenou cada uma a pagar os honorários advocatícios do patrono da outra, arbitrados em R$ 1.000,00, conforme o artigo 85, § 8º, do CPC/2015.

Irresignada, a ré interpôs apelação, sustentando, em síntese, que: o segurado tinha o direito de escolher a oficina em que o seu veículo será reparado e, ainda que a sua oficina não seja credenciada, a autora tem a responsabilidade de pagar as diárias pela estadia do veículo no seu estabelecimento, já que, por força contratual, tem a obrigação de efetuar a liquidação do sinistro e, a partir da decretação da perda total, dar destinação ao salvado, pois este último será vendido, gerando lucro à seguradora; as diárias por estadia do veículo na sua oficina são obrigações *propter rem*, de modo que são impostas à autora em razão da titularidade do bem; não há provas de que tenha impedido a retirada do veículo das dependências de sua oficina; não tinha a obrigação de marcar data para remoção do veículo, eis que competia à autora a adoção de providências para fazê-lo; o veículo permaneceu na sua oficina de 07.11.2018 a 06.10.2021, sem que tenha sido paga qualquer compensação pela utilização da sua oficina como depósito; a sentença deve ser reformada, para reconhecer a exigibilidade das diárias por estadia do veículo na sua oficina (fls. 309/321).

Apelação interposta tempestivamente, com recolhimento da respectiva taxa de preparo (fls. 323/323).

A ré apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença (fls. 331/351).

Não houve oposição à realização do julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, alterada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Compulsando os autos, verifica-se que o veículo objeto do contrato de seguro (Volkswagen/Fox, placa DBW-3317) foi encaminhado pela segurada à oficina da ré, para reparação de avarias decorrentes de acidente de trânsito.

Verifica-se também que o orçamento apresentado pela oficina da ré não foi aprovado pela seguradora, ora autora, que, após a realização de vistoria,

Acesso ao Sumário

reconheceu que o veículo em questão havia sofrido perda total e informou que pagaria à segurada indenização integral, desde que recebesse o respectivo salvado livre de quaisquer ônus e restrições, inclusive eventuais débitos decorrentes de diárias por estadia (fls. 171).

Sucede que, ante o reconhecimento da perda total do veículo, cabia à autora promover imediatamente a retirada e o encaminhamento do bem para local adequado, uma vez que já estava ciente da sub-rogação da propriedade do respectivo salvado, mas a seguradora não adotou providências nesse sentido.

Ademais, ressalta-se que não há prova apta a demonstrar que a autora tenha impedido que o veículo fosse retirado de sua oficina enquanto não fossem quitados os débitos decorrentes de diárias por estadia, haja vista que o suposto impedimento apenas foi mencionado nas notificações extrajudiciais emitidas pela própria autora, tratando-se, portanto, provas produzidas unilateralmente e fora do crivo do contraditório, o que infirma o seu conteúdo (fls. 171/174).

Além disso, cumpre ressaltar que a cobrança de diárias pela estadia do veículo na oficina da ré se mostra adequada, pois a manutenção do salvado no estabelecimento impediu que a ré utilizasse o aludido espaço para o exercício de sua atividade econômica, qual seja, a reparação remunerada de veículos.

Ressalta-se, ainda, que não há prova hábil a demonstrar que o valor cobrado pela ré a título de diária pela estadia do veículo em sua oficina (R$ 120,00) esteja em desacordo com aquele praticado pelo mercado, o que reforça a regularidade da cobrança em questão.

Nesse sentido, menciona-se o seguinte precedente deste E. Tribunal de Justiça:

> AÇÃO DE COBRANÇA. Veículos segurados sinistrados levados pelos contraentes do seguro ou terceiros prejudicados à Oficina não credenciada à Seguradora. Reconhecimento de perda total. Cobrança a título de "vaga técnica". SENTENÇA de improcedência. APELAÇÃO da autora, que insiste no acolhimento do pedido inicial. EXAME: Seguradora demandada que, ciente da perda total dos veículos, deveria ter providenciado a necessária e imediata remoção e encaminhamento para local adequado, porquanto já ciente da sub-rogação na propriedade dos salvados. Ausência de prova de impedimento da retirada dos veículos. Oficina demandante que comprovou a solicitação de remoção dos veículos por diversas vezes à Seguradora. Cobrança de diárias pelo uso da "vaga técnica" que se mostra adequada, notadamente porque a manutenção dos salvados no estabelecimento da autora impediu que ela utilizasse o local para o exercício de sua atividade fim, consistente no reparo remunerado de veículos. Ausência de prova de que a quantia cobrada seja incompatível com o valor praticado no Mercado. Perda do objeto em relação ao pedido de obrigação de fazer, porquanto já liberados e retirados os salvados. Procedência da cobrança das diárias de estadia que era de

Acesso ao Sumário

rigor quanto ao mais. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

(Apelação nº 1003924-69.2018.8.26.0002 - 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Relatora Daise Fajardo Nogueira Jacot - j. 12.11.2019)

Destarte, reforma-se a r. sentença, para que, além do pedido indenizatório, também seja improcedente o pedido de declaração de inexigibilidade de débito relativo às diárias por estadia do veículo na oficina da ré, prejudicado o pedido de obrigação de fazer, pois a retirada do veículo do estabelecimento da ré já foi promovida pela autora (fls. 324/325).

Em razão da sucumbência, condeno a autora ao pagamento da integralidade dos ônus sucumbenciais e dos honorários advocatícios da patrona da ré, os quais arbitro, por equidade, no importe de R$ 2.000,00, com correção a contar da prolação da r. sentença, conforme o artigo 85, § 8º, do CPC/2015.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002399-29.2020.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que é apelante MONICA DOS SANTOS CARNEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) e REBELLO PINHO.

São Paulo, 2 de janeiro de 2022.

CORREIA LIMA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral - Inserção indevida do nome da autora nos cadastros de inadimplentes por dívida não reconhecida - Imutabilidade do capítulo da r. sentença que reconheceu a inexistência do débito anotado pelo réu - Aplicabilidade da Súmula n° 385 do C. Superior Tribunal de Justiça - Histórico de inadimplên-

cia - Dano moral não configurado - Aplicabilidade da Súmula nº 385 do C. Superior Tribunal de Justiça - Indenização indevida - Procedência em parte mantida - Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral (alegada inclusão indevida do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito por débito não reconhecido, fls. 01/15) intentada por Monica dos Santos Carneiro em face de Banco Bradesco S.A., julgada procedente em parte pela r. sentença de fls. 159/160, de relatório a este integrado, para declarar inexigível o débito apontado pelo réu no valor de R$95,05, em 13.03.2017 e, diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor do pedido indenizatório e a ré ao pagamento de honorários no valor de R$200,00, observada a gratuidade.

Inconformada, pelas razões expostas a fls. 163/181 a autora postula o provimento a fim de que o banco réu seja condenado ao pagamento da indenização por dano moral postulada.

A insurgência é tempestiva, foi respondida e é isenta de preparo (art. 98 do Código de Processo Civil).

É o relatório.

2. A irresignação não comporta provimento.

3. Ab initio, insta consignar a imutabilidade do capítulo da r. sentença vergastada que reconheceu a inexigibilidade do débito apontado indevidamente pelo apelado nos órgãos de proteção ao crédito.

A lide recursal reside tão somente em aferir a aplicabilidade ou não da Súmula n° 385 do C. Superior Tribunal de Justiça e, consequentemente, a ocorrência ou não de dano moral indenizável em virtude da anotação indevida do nome da apelante nos órgãos de proteção ao crédito.

Fixada esta premissa, tem-se que nem sempre a anotação indevida de nome do pretenso devedor nos órgãos de proteção ao crédito por determinação do suposto credor acarreta indenização por dano moral, pois se existirem, no momento da inserção, apontamentos anteriores sem qualquer ressalva anotada no cadastro de que há ação judicial em curso em que se discute a existência ou não do débito apontado ou evidência ocorrer de que a inscrição na origem era lícita, conforme entendimento cristalizado na Súmula n° 385 do C. Superior Tribunal de Justiça, não haverá falar em dano moral indenizável.

Referido verbete não ofende o art. 5°, inc. X, da Constituição Federal, mas fortalece o instituto do dano moral, pois apenas se reconhece a ocorrência

Acesso ao Sumário

de lesão extrapatrimonial e condena-se aquele que promoveu a inserção indevida quando inexistir qualquer restrição creditícia precedente anotada em nome do postulante da indenização em relação àquela por ele impugnada, porque, por óbvio, se há histórico de inadimplência, inexiste razão para dizer que houve alguma lesão a direito de personalidade ou até mesmo de abalo de crédito do reclamante (há muito já abalado).

Por outro lado, inexistindo apontamentos anteriores em nome do indigitado devedor em qualquer dos cadastros de inadimplentes sediados no País, de acordo com jurisprudência consolidada deste E. Tribunal de Justiça e do C. Superior Tribunal de Justiça, a inscrição indevida de dívida já paga, inexistente ou não contraída pelo suposto devedor, nos órgãos de proteção ao crédito sempre presume dano moral, que deve ser indenizado pelo agente causador da ofensa independentemente da prova de que o ofendido de fato tenha se sentido humilhado, constrangido ou tenha havido abalo ao crédito, bom nome e honra.

In casu, na ausência de prova inequívoca de que todos os débitos anteriores (fls. 23) também estão sendo discutidos judicialmente em decorrência de suposta fraude ou por qualquer dos outros fundamentos acima mencionados, a Súmula n° 385 do C. Superior Tribunal de Justiça é aplicável para excluir a indenização por dano moral almejada, pois as inscrições desabonadoras existentes em nome da recorrente foram anotadas por credores diversos em datas anteriores ao apontamento promovido pelo apelado em 11.03.2017 (fls. 23). Vale dizer, quando o apelado determinou a inclusão do nome da apelante nos órgãos de proteção ao crédito já havia anotações precedentes em seu nome, de sorte que, naquele momento, já não se poderia mais concluir que a insurgente teria sofrido dano moral por abalo de crédito, eis que seu nome já se encontrava maculado com outra precedente restrição creditícia.

Imperiosa, assim, a manutenção da r. sentença, tal como lançada.

4. Isto posto nega-se provimento ao recurso e, por força do art. 85, § 11, do CPC, majora-se a verba honorária em favor do banco apelado, vencedor nesta seara recursal, de 10% para 12% do valor do pedido de indenização por dano moral, observada a gratuidade da justiça concedida à autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1072001-59.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CASSI - CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL, é apelada TEREZINHA LONGO PESSINA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.509)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e ENÉAS COSTA GARCIA.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

ALEXANDRE MARCONDES, Relator

Ementa: Seguro saúde. Ação de obrigação de fazer. Sentença de procedência. Ré condenada a fornecer à autora o medicamento "Revlimid", conforme prescrição médica. Irresignação da ré. Autora portadora de mieloma múltiplo. Negativa fundada em ausência de previsão no rol de procedimentos da ANS. Recusa indevida. Abusividade nos termos dos arts. 14 e 51, IV e § 1º do CDC. Incidência das Súmulas nº 95 e 102 do TJSP. Fornecimento obrigatório. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 701/703, de relatório adotado, ***julgou procedente*** ação movida por **Terezinha Longo Pessina** em face de **Cassi - Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil**, confirmando os efeitos da tutela de urgência concedida e obrigando a ré a fornecer à autora o medicamento "Revlimid", conforme prescrição médica, condenando-a ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Recorre a ré, alegando que não tem o dever de fornecer o medicamento, pois estranho às diretrizes de utilização e ao rol taxativo estipulados pela ANS. Sustenta que o fornecimento do medicamento implica em desequilíbrio contratual, bem como defende a legalidade das limitações inseridas no contrato, que devem ser obedecidas sob pena de vulneração ao princípio da *pacta sunt servanda* (fls. 708/725).

Contrarrazões a fls. 731/740.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

A autora é beneficiária de plano de saúde contratado com a ré e portadora

Acesso ao Sumário

de *mieloma múltiplo*, patologia grave para cujo tratamento foi prescrito o quimioterápico "Revlimid" (fls. 109).

Solicitada a cobertura do tratamento, houve autorização apenas de quatro aplicações do medicamento, sendo questionada a necessidade de seis doses do remédio (fls. 77/80 e 293).

A ré recusou-se a custear e/ou reembolsar as despesas derivadas do tratamento, invocando como fundamento principal a ausência de previsão do medicamento no rol de eventos e procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (pelo não atendimento às Diretrizes de Utilização - DUT daquela agência reguladora) e, consequentemente, no contrato de seguro (fl. 116).

A recusa da ré é abusiva e não poderia mesmo prevalecer, pois o plano de saúde contratado tem por escopo a disponibilização de serviços para a preservação/recuperação da saúde da autora e para tanto deve abranger todos os meios disponíveis na medicina. E nesse contexto, é patente a violação dos artigos 14 e 51, IV e § 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Não fosse isso o bastante, aplica-se também o entendimento consolidado na Súmula nº 102 desta Corte: "*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*".

Especificamente acerca de medicamentos quimioterápicos, vale anotar que a Súmula nº 95 desta Corte pacificou o entendimento de que "*Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico*".

Também não impressiona o argumento de que o medicamento não deve ser custeado por não estar inserido no rol de procedimentos obrigatórios da ANS.

Com efeito, referidas normas administrativas têm somente natureza de diretriz, constituindo referência básica aos operadores de planos e seguros de saúde na prestação de seus serviços, não tendo o condão de limitar direitos estipulados contratualmente.

Acesso ao Sumário

A recomendação para a realização do tratamento é de ordem médica e são os profissionais que assistem a paciente quem detêm o conhecimento sobre as suas necessidades. É da responsabilidade deles a orientação terapêutica, não cabendo à seguradora negar a cobertura de todo o tratamento, sob pena de colocar em risco a saúde da paciente.

Repita-se: cabe ao médico escolhido pela beneficiária estabelecer qual o método mais adequado para o tratamento da doença, observando-se que, se a cliente elegeu tal profissional e nele depositou sua confiança, o que vale é a sua prescrição.

Nessa linha, precisa a lição do eminente Desembargador Francisco

Eduardo Loureiro: "É rigorosamente irrelevante que a ANS não tenha ainda catalogado o medicamente ou o tratamento ministrado ao paciente pelo médico que o assiste. Entre a aceitação da comunidade científica e os demorados trâmites administrativos de classificação, não pode o paciente permanecer a descoberto, colocando em risco bens existenciais. Evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os *avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados pela comunidade médica com base científica*" **(Planos e Seguros de Saúde in Responsabilidade Civil na Área de Saúde, Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva, Ed. Saraiva, Série GVlaw, 2007, p. 308).**

Além disso, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que sob determinadas condições pode o plano ou seguro saúde definir quais doenças serão cobertas, porém não a forma de diagnóstico ou tratamento, prevalecendo, quanto a estes, e excluídos os casos teratológicos, a prescrição médica.

É o que se decidiu, por exemplo, e ressalvadas as particularidades do caso concreto, no julgamento do REsp nº 668.216, relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (j. 15/03/2007):

"*O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja,* não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta".

Some-se aos fundamentos o entendimento jurisprudencial nº 5 das teses do "Plano de Saúde I" do C. Superior Tribunal de Justiça, aplicável extensivamente ao caso: "É abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano".

Ademais, o próprio STJ tem reconhecido o caráter meramente exemplificativo do rol. Nesse sentido:

"*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. EXAME. RECUSA DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. RECUSA INDEVIDA. 1. A natureza do rol da ANS é meramente exemplificativa, reputando, no particular, abusiva a recusa de cobertura de terapia prescrita para o tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. 2. Agravo interno*

Acesso ao Sumário

desprovido." **(AgInt no REsp 1936452/SP, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 16/08/2021, DJe 19/08/2021)**.

"*CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CDC. INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO COMPLEMENTAR. NORMA PRINCIPIOLÓGICA. ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. EXEMPLIFICATIVO. INTERNAÇÃO DOMICILIAR. EXCLUDENTE DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 568 DO STJ. 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. Embora o art. 35-G da Lei nº 9.656/98 dispõe ser subsidiária a aplicação do CDC a contratos celebrados com operadoras de plano de saúde, o diploma consumerista é norma principiológica e que radica da Constituição, incidindo de forma complementar, em diálogo das fontes, notadamente diante da natureza de adesão do contrato e do teor da Súmula nº 608 do STJ.3. A ausência de determinado procedimento no rol da ANS não justifica a exclusão de cobertura para enfermidade coberta pelo plano, em face de sua natureza exemplificativa, não se exigindo do consumidor a ciência acerca de todos os milhares de procedimentos listados e dos não listados. Precedente. 4. As Turmas que compõem a Segunda Seção são uníssonas no sentido de que é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde excludente de cobertura para internação domiciliar (home care). 5. 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. 6. Agravo interno não provido.*" **(AgInt no AREsp 1759394/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 22/06/2021, DJe 25/06/2021)**.

"*Cabe ressaltar o advento de um precedente da Quarta Turma em sentido contrário ao deste voto - REsp n. 1.733.013/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020 -, conforme apontado pela ora agravante. Entretanto, esse precedente não vem sendo acompanhado pela Terceira Turma, que ratifica o seu entendimento quanto ao caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos.*" **(STJ, AgInt no AREsp 1721252/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15/12/2020)**.

Especificamente acerca da obrigatoriedade dos planos de saúde em fornecer o medicamento objeto desta ação existe precedente desta C. Câmara:

Acesso ao Sumário

"*PLANO DE SAÚDE. Ação visando custeio de medicamento necessário ao tratamento de mieloma múltiplo. Recurso contra sentença de procedência. Descabimento. Recusa de cobertura. Abusividade, sob pena de se frustrar o próprio objeto contratual. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Recurso desprovido, com observação.*" **(Apelação Cível nº 1017578-10.2020.8.26.0405, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi, j. 19/10/2021)**.

Por fim, desprovido o recurso, elevam-se os honorários advocatícios devidos pela ré para 15% do valor da causa, nos termos do § 11 do artigo 85 do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014725-13.2019.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA APARECIDA GIRON LIMA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado WILSON HELENO MARÇAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17. 973)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA e MARY GRÜN.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL - Ação de reparação de danos - Fundamento na devolução do imóvel locado em péssimo estado de conservação - Ausência de vistoria inicial sobre o estado do prédio locado - Prédio locado há quase duas décadas - Ausência de prova pericial, que constituiria ônus probatório do autor, para a demonstração do dano de responsabilidade da ré - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida a fls. 180/183, que julgou parcialmente procedente ação processada pelo rito comum, condenando a ré no valor dos reparos indicados nos orçamentos trazidos pelo autor (fls. 96/98) no limite do que corresponde aos itens que constaram do contrato, na cláusula 4ª, corrigidos a contar da data dos orçamentos ou do desembolso, caso já tenham sido realizados os reparos, mais juros de mora a contar da citação. Estabeleceu a sucumbência recíproca em partes iguais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação, com ressalva do benefício da gratuidade.

Embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados a fls. 207.

Apela a locatária. Alega que a legislação dispõe que o locador será obrigado a fornecer ao locatário descrição minuciosa quanto ao estado de conservação do imóvel no ato da locação, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes, o que não se constata nos autos, uma vez que o autor deixou de apresentar os referidos documentos (vistoria, declaração, etc.). Desta forma, não pode atribuir ao recorrente eventuais danos ao seu imóvel, por defeitos já anteriores à locação ou ainda provenientes de seu desgaste natural, razão pela qual seria indevida a condenação na reparação dos supostos danos.

Recurso tempestivo, isento de recolhimento de preparo e contrariado.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

O apelo comporta acolhimento.

Cuidou o autor em relacionar os gastos com reparos no imóvel, com mão de obra e de materiais, juntando orçamentos a fls. 96/98, a pleitear o valor de R$ 148.835,30.

Insurge-se a locatária no que tange à pretensão de indenização por reparos feitos no imóvel locado.

A sentença assim equacionou a lide:

"*Pretende o autor indenização por danos materiais em virtude do estado em que o imóvel, objeto de contrato de locação entre as partes, foi deixado após a desocupação da ré.*

A ré, de seu turno, afirma que os danos apontados decorrem do uso normal do bem e que não há provas acerca de como o imóvel foi entregue, no início da locação.

Pois, bem.

Consta dos autos contrato de locação celebrado entre as partes (fls. 09-14), bem como termo de entrega das chaves, com a finalização da relação em 13 de março de 2019 (fls. 15).

Anoto que, aludido termo de entrega das chaves subscrito pela lo-

Acesso ao Sumário

catária, bem como consta que a vistoria foi realizada na sua presença.

As fotos juntadas às fls. 16-91 foram tiradas logo após à *saída da ré do imóvel (entre 13 de março e 12 de abril de 2019) e demonstram o estado em que este estava após o encerramento da relação locatícia.*

Ausente laudo de vistoria realizado previamente à entrada no imóvel, não há como acolher integralmente o pedido formulado pelo autor, em face da impossibilidade de constatar o que seria má conservação do imóvel ou deterioração decorrentes o uso normal após mais de duas décadas.

O contrato celebrado, no entanto, previu em sua cláusula 4.a o seguinte (fls. 10).

Desse modo, ainda não seja possível apurar as condições em que o imóvel foi entregue à ré, caberia à *ela mantê-lo e devolvê-lo nos termos em que o contrato dispôs.*

Deverá a ré, portanto, pagar o valor do conserto indicado nos orçamentos trazidos pelo autor (fls. 96-98) no limite do que corresponde aos itens que constaram do contrato, na retro mencionada cláusula (pintura interna, telhado, vidraças, fechos, torneiras, pias, tanques, banheiros, ralos, iluminação e aparelhos sanitários).

Os demais valores devem ser afastados, visto que cabia ao autor comprovar que os entregou em ordem, no início da locação, ônus do qual não se desincumbiu.

Os valores deverão ser corrigidos a contar da data dos orçamentos ou do desembolso, caso já tenham sido realizados os reparos. Os juros de mora são a contar da citação".

Pois bem.

A questão aqui é que que não foi realizado, no momento da contratação, em janeiro de 2002, laudo de vistoria inicial, que atestasse sobre as boas condições do imóvel.

Para os propalados danos no prédio, não havia comprovação eficaz, na medida em que não realizado o laudo de vistoria inicial. Isto torna difícil aferir a responsabilidade da inquilina no tema.

Talvez uma prova pericial acabasse por dar respaldo ao pedido acolhido em parte na sentença. Mas isto era ônus do autor da ação e ele, a tanto, não se interessou.

Assim, de fato, não há como garantir que houve a referida deterioração do prédio, por desídia da locatária, numa locação de quase duas décadas.

De acordo com o que pronunciou esta C. Câmara, quando do julgamento do recurso de Apelação nº 0018701-06.2010.8.26.0019, sob a relatoria do Des.

Acesso ao Sumário

Ruy Coppola:

"*Se o autor pretendia receber por danos causados pelo locatário, abstraindo-se o uso normal da coisa, deveria ter se acautelado quando do recebimento do imóvel e providenciado a regular vistoria judicial, para constatar, com segurança, o que era realmente de responsabilidade do locatário:*

'*LOCAÇÃO - DANO NO IMÓVEL - INDENIZAÇÃO - PROVA PERICIAL - NECESSIDADE. Limitada a obrigação do inquilino somente aos danos decorrentes da má utilização do imóvel, a matéria relativa ao tema somente poderá ser apurada por perito portador de conhecimento técnico, na forma do artigo 145 do Código de Processo Civil, assegurando-se-lhe a garantia do contraditório, rejeitada a validade de prova extrajudicial omissa na afirmação de um juízo.*' *(Ap. c/ Rev. 432.162 - 7ª Câm. - Extinto 2º TAC - Rel. Juiz DEMÓSTENES BRAGA - J. 13.6.95).*"

Tem-se, portanto, que, na hipótese, houve omissão do locador na comprovação da situação inicial do prédio locado ou ao menos na apuração pericial técnica que, eventualmente, poderia ser feita em juízo, respeitado o contraditório.

Como sabido, o desgaste natural deve ser suportado, obrigatoriamente, pelo locador.

Nesse sentido:

"LOCAÇÃO RESIDENCIAL - OBRIGAÇÃO DE FAZER – PINTURA - RESTITUIÇÃO - Obrigação de pintura do imóvel ao término da locação, independentemente do estado em que se encontra o imóvel - Cláusula abusiva - Obrigação do locatário em restituir o imóvel no estado em que recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do uso normal - Ausência de prova de desgaste anormal do imóvel". (Apelação nº 0042032-11.2009.8.26.0000, Rel. Luis Fernando Nishi, J. 4.4.2013).

"Dentre as obrigações legais do locatário está a de 'restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal' (art. 23, III, da Lei nº 8.245/91). Assim, o inquilino só responde pelos danos decorrentes de mau uso do imóvel, devendo o locador responder com exclusividade pelo desgaste resultante do uso normal do imóvel. Assim, considerando o caráter cogente da norma supracitada, em razão do disposto no art. 45 do mesmo dispositivo legal, não deve haver condenação na verba pedida para custear a pintura" (Apelação nº 0006768-254.2009.8.26.0196, Rel. Cesar Lacerda, J. 1.6.2012).

"COBRANÇA. LOCAÇÃO RESIDENCIAL. Dever de pintar o imóvel locado após a extinção contratual. Abusividade. A prestação de fazer consistente na pintura do imóvel prevista no contrato de locação, independentemente de se tratar ou não de desgaste natural, é abusiva por afrontar a norma cogente do art. 23, III, da Lei n. 8.245/91. Recurso provido". (Apelação nº

Acesso ao Sumário

014422595.2009.8.26.0100, Rel. Hamid Bdine, J. 10.12.2014).

Julga-se a ação improcedente, condenado o autor nas custas processuais e em honorários advocatícios arbitrados em cinco mil reais, por apreciação equitativa.

Por estas razões, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000829-33.2021.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes/apelados GOL LINHAS AÉREAS S/A e 123 MILHAS - AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA., é apelada/apelante RAYANE DOS SANTOS ALVES FEITOZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos da agência de viagens e da autora, negaram provimento ao da aérea, e majoraram os honorários advocatícios, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19161)**

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

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: TRANSPORTE AÉREO NACIONAL - Ação de indenização por danos materiais e morais - Cancelamento de voo, sem aviso prévio e sem especificação do motivo, e realocação em outro com chegada ao destino com 24 horas após o horário originalmente contratado e sem a devida assistência material - Sentença de procedência - Relação de consumo - Incidência do CDC - Agência de viagens e turismo - Fatos narrados decorrem de evento ulterior e independente da intermediação na compra e venda de passagens aéreas - Excludente de responsabilidade, caracterizada (CDC, art. 14, § 3º, II) - Ação improcedente - Decaimento invertido - Cancelamento do voo ocorrido no embarque a ser operado pela aérea - Legitimidade passiva configurada - Inequívoca falha na prestação

Acesso ao Sumário

do serviço - Danos materiais comprovados - Evento que extrapola a seara do mero dissabor - Dano moral caracterizado - Indenização devida - Quantum majorado - Sentença modificada em parte - Recurso da agência de viagens e o da autora providos, e desprovido o da aérea, e majorados os honorários advocatícios (art. 85, § 11 do NCPC).

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença proferida em 12/07/2021 (fls. 242/249), de relatório adotado, que julgou procedente ação de indenização por danos materiais e morais "*para condenar as requeridas a pagarem à autora, solidariamente, indenização, por danos materiais, no valor R$ 324,42 (trezentos e vinte quatro reais e quarenta e dois centavos), corrigido desde o desembolso e acrescido de juros de mora, a contar da citação, e danos morais, no valor total de R$ 3.000,00 (três mil reais), corrigido monetariamente a contar da publicação desta sentença e acrescido de juros moratórios, de 1% ao mês, a partir da citação. Julgo extinto o processo, com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sucumbentes, as rés arcarão com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, fixados em 20% do valor da condenação*"

Apelo da agência de viagens (fls. 252/271) alegando, em síntese, que não há responsabilidade de sua parte, tendo em vista tratar-se de mera intermediária na compra e venda de passagens aéreas, inexistindo responsabilidade solidária com a companhia aérea, sendo esta quem cancelou e atrasou o voo, fato que caracteriza excludente de responsabilidade por fato de terceiro; que inexiste defeito nos serviços por ela prestados e nexo de causalidade com os danos sofridos pela autora, o que afasta sua responsabilidade no evento e o dever de indenizar. Pede provimento para reversão do julgado.

Apelo da autora (fls. 276/284) requerendo majoração do valor da indenização por danos morais para R$ 15.000,00, sob o argumento de que seu voo foi "*cancelado unilateralmente e sem qualquer aviso prévio, motivo, justificativa ou explicação à consumidora, apenas informando que o novo voo sairia no dia 09/12/2020 às 05:50h, ou seja, 24h em relação ao voo originalmente contratado. Em razão dessa situação, a autora teve diversos gastos extra, relativos à hospedagem, alimentação etc., isso tudo sem nenhum amparo, assistência ou auxílio por parte das fornecedoras.*"; e "*com o atraso decorrente da falha das rés, a apelante, além de perder um dia de trabalho, teve de passar pela situação absolutamente constrangedora de comunicar seu superior sobre sua ausência,*

Acesso ao Sumário

ter de dar explicações, tudo por culpa exclusiva das recorridas."

Apelo da ré (fls. 285/301) alegando, em síntese, ser parte ilegítima, uma vez que o cancelamento do voo ocorreu em trecho operado pela Cia. Passaredo, fato que caracteriza excludente de responsabilidade por fato de terceiro; que tentou contactar a autora acerca da alteração do voo, mas os telefones cadastrados estavam ocupados; que não há comprovação dos danos materiais e morais, devendo a ação ser julgada improcedente, ou reduzido o *quantum* indenizatório por danos morais, com incidência de juros de mora a contar do arbitramento e não da citação.

Contrarrazões da autora às fls. 308/318 e 319/328; e da aérea às fls. 329/337, não sendo ofertadas contrarrazões pela agência de viagens, conforme certificado às fls. 338.

É o relatório.

Recursos conhecidos. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A apelação da agência de viagens, interposta em 02/08/2021, é tempestiva e preparada (fls. 272/273). A apelação da autora, interposta em 05/08/2021, é tempestiva e isenta de preparo (fls. 50). A apelação da aérea, interposta em 05/08/2021, é tempestiva e preparada (fls. 302/303).

Verifica-se dos autos que a autora adquiriu passagens aéreas da corré Gol, por meio do site da corré 123 Viagens, com partida da cidade do Rio de Janeiro/RJ, na data de 08/12/2020, às 06h30min, e destino à cidade de Araçatuba/SP, cuja previsão de chegada era 10h30min do mesmo dia 08/12/2020 (fls. 25/33).

Incontroverso nos autos, tal como admitido pela própria aérea (fls. 162/164), de que houve cancelamento do voo, tendo a autora sido realocada em outro da mesma companhia aérea, com partida prevista para o dia 09/12/2020, às 5h50, e chegada ao destino às 10h15min (fls. 43), ou seja, com quase 24 horas de atraso, causando-lhe danos morais.

A par disso, a corré 123 Viagens, ora apelante, afirma que não há responsabilidade de sua parte, tendo em vista tratar-se de mera intermediária na compra e venda de passagens aéreas, inexistindo responsabilidade solidária com a companhia aérea, sendo esta quem cancelou e atrasou o voo.

No caso, verifica-se que, de fato, não há responsabilidade e obrigação solidária da agência de viagens e turismo pelo evento danoso causado à passageira, eis que gerado pela companhia aérea e em momento ulterior e independentemente da intermediação na compra e venda de passagens aéreas.

Neste sentido são os precedentes desta Corte:

"*TRANSPORTE* AÉREO. Cancelamento de voo, sem que fosse *oferecida alternativa que viabilizasse a participação do autor em concurso público cuja prova seria realizada na cidade de destino, em horário previamente*

Acesso ao Sumário

determinado. Indenização. 1. Danos materiais. Redução determinada no montante da condenação, tendo em vista o estorno do valor da passagem no cartão de crédito do autor. 2. Danos morais. Compensação fixada em valor exagerado. Redução determinada. ***Recurso da corré 'Decolar. com' provido para reconhecer sua ilegitimidade passiva e julgar extinto o processo em relação a ela****, impondo ao autor o reembolso das custas e despesas processuais, bem como o pagamento da verba honorária do patrono da apelante e provido em parte o recurso da corré Azul, apenas para reduzir o montante das indenizações, sem alteração no tocante às verbas sucumbenciais*". (Apelação Cível 1010355-96.2017.8.26.0506; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 19/03/2019) (g.)

"*Transporte aéreo de pessoas - Indenizatória - Bilhete aéreo - As companhias aéreas devem possibilitar a correção de erro material no bilhete de passagem até o momento do check-in, sem cobrança de multa ou taxa para alteração ou correção - Consumidora impossibilitada de ingressar na aeronave em razão de erro na grafia de seu nome no bilhete -* ***Ilegitimidade da ré que intermediou a venda da passagem - Inexistência de nexo de causalidade entre a sua conduta e o fato*** *- Danos materiais - Restituição integral dos valores pagos - Danos morais - Impossibilidade de comparecimento a evento festivo familiar - Reembolso de honorários advocatícios contratuais inviável - Entendimento consolidado - Extinção do processo, sem resolução de mérito, com relação* à *uma das rés - Procedência, em parte, relativamente à outra - Apelação provida, em parte*". (Apelação Cível 1088974-94.2017.8.26.0100; Relator (a): Gil Coelho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 19/03/2019) (g.)

"*JUSTIÇA GRATUITA - Reformulação do pedido em sede recursal (art. 99, caput, e § 7º do NCPC) - Admissibilidade - Restabelecimento do benefício, principalmente diante da ausência de provas aptas à revogação do benefício concedido pelo despacho de fls. 34. TRANSPORTE AÉREO - Extravio de bagagens - Ação proposta também contra a agência de viagens - Não cabimento - Fatos que decorreram de falha intrínseca ao serviço de transporte -* ***Culpa exclusiva da companhia aérea - Inexistência de responsabilidade solidária da agência de viagens, que apenas vendeu e emitiu as passagens - Precedentes*** *- Ilegitimidade passiva da agência de viagens reconhecida, de ofício - Processo extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC. INDENIZAÇÃO - Danos morais e materiais - Transporte aéreo internacional - Extravio de bagagem - Companhia aérea responsável - Danos materiais não comprovados - Abalo moral caracterizado - Dever de indenizar - Fixação da*

Acesso ao Sumário

indenização na quantia de R$6.000,00 (seis mil reais) - Ação procedente, em parte - Sucumbência recíproca - Recurso provido, em parte". (Apelação Cível 1001714-46.2017.8.26.0595; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/02/2019) (g.)

"*Apelação - Ilegitimidade Passiva -Transporte aéreo - Cancelamento de voo pela companhia aérea - **Ação proposta em face da agência de turismo - Impossibilidade - Empresa de viagem que somente intermediou a venda da passagem - Falha da prestação de serviço que se relaciona intrinsicamente com a atividade da empresa aérea - Ausência de ingerência da agência de turismo sobre a decolagem da aeronave - Solidariedade, in casu, afastada** - Recurso improvido*". *(...)* (Apelação Cível 1013186-51.2015.8.26.0001; Relator (a): Claudia Grieco Tabosa Pessoa; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03/12/2015) (g.)

Nessa quadra, é acolhido recurso da corré 123 Viagens e reconhecida a excludente de responsabilidade por fato de terceiro (CDC, art. 14, § 3º, II), seguindo julgada improcedente a ação contra si, e invertidos os ônus do decaimento.

Por outro lado, rejeito a preliminar arguida pela aérea de ilegitimidade passiva.

Isto porque, ao contrário do que afirma, o cancelamento não ocorreu no trecho a ser operado pela Cia. Passaredo, mas no embarque na cidade do Rio de Janeiro/RJ, o qual seria operado pela corré Gol (fls. 25/33), tanto que o bilhete do voo que substituiu o cancelado foi emitido por ela (fls.43).

No mais, constata-se que a relação existente entre passageiro e empresa de transporte aéreo encontra-se albergada pelo Código de Defesa do Consumidor com incidência de suas normas e de seus princípios, com força obrigatória, afora o regramento específico do CC, artigos 734 a 742, e do CBA.

O cancelamento e atraso do voo, embora não justificado pela aérea, geralmente ocorre por manutenção não programada na aeronave ou reestruturação da malha, o que é equiparado a fortuito interno, pois que decorre do risco inerente ao negócio explorado pelas empresas aéreas. Não há nessa situação caracterização da excludente da responsabilidade objetiva, nos termos do que dispõe o art. 14, § 3º, I, do Código de Defesa do Consumidor, respondendo a transportadora objetivamente, consoante prevê expressamente o *caput* da disposição:

"*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição ou riscos*".

Acesso ao Sumário

A responsabilidade não resulta, no caso, ilidida mesmo tendo sido observado o que dispõe o artigo 21 da Resolução 400, de 13 de dezembro de 2016, da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil):

"*Art. 21. O transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos: I - atraso de voo por mais de quatro horas em relação ao horário originalmente contratado; II - cancelamento de voo ou interrupção do serviço; III - preterição de passageiro; e IV - perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador. Parágrafo único. As alternativas previstas no caput deverão ser imediatamente oferecidas aos passageiros quando o transportador dispuser antecipadamente da informação de que o voo atrasará mais de 4 (quatro) horas em relação ao horário originalmente contratado*".

E, nem pelo disposto nos artigos 26 e 27, também da Resolução 400/2016, da ANAC, nos casos de atraso, cancelamento ou interrupção de voo assim como preterição de passageiro, que está assegurado ao passageiro direito de receber do transportador a devida assistência material:

"*Art. 26. A assistência material ao passageiro deve ser oferecida nos seguintes casos: I - atraso do voo; II - cancelamento do voo; III - interrupção de serviço; ou IV - preterição de passageiro*".

"*Art. 27. A assistência material consiste em satisfazer as necessidades do passageiro e deverá ser oferecida gratuitamente pelo transportador, conforme o tempo de espera, ainda que os passageiros estejam a bordo da aeronave com portas abertas, nos seguintes termos: I - superior a 1 (uma) hora: facilidades de comunicação;* ***II - superior a 2 (duas) horas: alimentação, de acordo com o horário, por meio do fornecimento de refeição ou de voucher individual; e III - superior a 4 (quatro) horas: serviço de hospedagem, em caso de pernoite, e traslado de ida e volta.*** *§ 1º O transportador poderá deixar de oferecer serviço de hospedagem para o passageiro que residir na localidade do aeroporto de origem, garantido o traslado de ida e volta. § 2º No caso de Passageiro com Necessidade de Assistência Especial - PNAE e de seus acompanhantes, nos termos da Resolução nº 280, de 2013, a assistência prevista no inciso III do caput deste artigo deverá ser fornecida independentemente da exigência de pernoite, salvo se puder ser substituída por acomodação em local que atenda suas necessidades e com concordância do passageiro ou acompanhante. § 3º O transportador poderá deixar de oferecer assistência material quando o passageiro optar pela reacomodação em voo próprio do transportador a ser realizado em data e horário de conveniência do*

Acesso ao Sumário

passageiro ou pelo reembolso integral da passagem aérea".

No caso, como já acima fundamentado, o cancelamento do voo importou na realocação da passageira para voo que partiu no dia seguinte e chegou ao destino final praticamente 24 horas depois do horário originalmente contratado, sem que a aérea prestasse a assistência material que o caso exigia.

A corroborar tal fato, impõe-se reconhecer que os danos materiais alegados pela autora restaram comprovados, quando ela apresentou nos autos os comprovantes dos gastos que suportou com alimentação e hospedagem (fls. 34/41).

O retro contexto fático demonstra e prova que a aérea falhou na prestação de seus serviços, dando causa ao ocorrido que ultrapassou a seara do mero aborrecimento, inegáveis os reflexos negativos no íntimo da apelada, resultando caracterizado induvidoso dano moral que se aquilata inclusive pela regra da experiência comum do NCPC, artigo 375, configurando dano moral passível da indenização que assegura a CF, artigo 5º, X, de responsabilidade e obrigação da transportadora.

Neste sentido, precedentes da Corte em casos análogos:

"*Apelação - Transporte aéreo nacional - Atraso de voo e perda de conexão - Ação indenizatória - Sentença de acolhimento do pedido - Irresignação improcedente - Atraso na viagem de mais de 10 horas - Aplicação das regras estabelecidas nos arts. 12, 20 e 21 da Resolução nº 400 de 13.12.16 da ANAC, arts. 230 e 231 do Código Brasileiro de Aeronáutica, e art. 741 do CC - Descumprimento pela transportadora ré, que não ofereceu assistência adequada aos passageiros autores, principalmente em termos de fornecimento de alimentação - Irrelevante, diante desse contexto, a causa do atraso - Ilícito caracterizado - Bem reconhecida a responsabilidade da transportadora ré pelos fatos - Inequívoco o dano moral disso proveniente, sobretudo porque, entre os autores, havia uma criança de apenas sete anos de idade - Indenização arbitrada em primeiro grau (R$ 10.000,00 para cada autor) não comportando redução, sobretudo à luz da técnica do desestímulo. Dispositivo: Negaram provimento à apelação.*" (Apelação nº 1064821-24.2017.8.26.0576, Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 19ª Câmara de Direito Privado, DJ 14/03/2019).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Atraso de voo - Necessidade de manutenção - Falha na prestação do serviço - Violação do dever de segurança e pontualidade - Atraso de sete horas - Indenização fixada em R$ 8.000,00 em sua totalidade - Juros de mora que incidem desde a data da citação - Recurso improvido*" (Apelação nº 1032460-87.2018.8.26.0100, Rel. J. B. Franco de Godoi, 23ª Câmara de Direito Privado, DJ 18/02/2019).

A indenização por dano moral é arbitrada em consonância com o Método

Acesso ao Sumário

Bifásico definido e que vem sendo aplicado pela Seção de Direito Privado do C. STJ (REsp 1.473.393/SP) e, no caso, consideradas as circunstâncias do evento e a extensão do dano (CC, artigo 944), exacerbado pelo total de horas de atraso e ausência de assistência material, bem como os princípios do desestímulo, da proporcionalidade e da razoabilidade, mas sem perder de vista a moderação exigida na salvaguarda de enriquecimento via ação, reputo adequado o valor de R$ 6.000,00, não se mostrando excessivo, nem diminuto, e incapaz de causar o enriquecimento ilícito, guardando proporcionalidade com o dano moral suportado.

O valor da indenização por dano moral comporta atualização pela tabela de débitos judiciais a partir da data da sentença, a do arbitramento (STJ, Súmula 362), acrescendo-se juros de mora de 1% a.m. (CC, artigo 406, c/c CTN, artigo 161, § 1º), contados da citação (CC, artigo 405), diante da natureza contratual do evento danoso, ocorrido no âmbito do contrato de transporte, este que segue retificado, de ofício.

Nessa quadra, o recurso da corré 123 Viagens é provido, seguindo julgada improcedente a ação, e invertidos os ônus do decaimento, observada gratuidade de justiça e o CPC, art. 98, § 3º; o recurso da autora é provido para majoração do *quantum* indenizatório; e, o da aérea é desprovido.

E, por ofertadas contrarrazões, majoro os honorários advocatícios devidos pela aérea ao patrono da autora para 15% (art. 85, § 11, NCPC).

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

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

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou provimento aos recursos da agência de viagens e da autora, e nego provimento ao da aérea;** e, majoro os honorários advocatícios (art. 85, § 11 do NCPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1114447-77.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALLIANZ

SEGUROS S/A., é apelado EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, após a ampliação do julgamento na forma prevista no artigo 942, §1º do CPC/2015, deram parcial provimento ao recurso. Ficou vencido o 2º Desembargador, que declara voto." **(Voto nº 28786)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), CERQUEIRA LEITE, TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 17 de dezembro de 2021.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA JULGADA IMPROCEDENTE - DANOS DE SEGURADOS DA APELANTE, DEVIDAMENTE INDENIZADOS - EQUIPAMENTOS ELETROELETRÔNICOS SUPOSTAMENTE DANIFICADOS POR MEIO DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DA APELADA - nexo de causalidade demonstrado relativamente a dois dos três segurados indenizados - danos advindo da prestação de serviços pela concessionária - relação de causa e efeito presente em relação a eles - responsabilidade objetiva - dever da apelada de indenizar a apelante por aquilo que foi comprovadamente desembolsado em favor dos dois primeiros segurados - acervo probatório dos autos que não indicam, todavia, nexo causal entre os danos havidos em equipamento do terceiro segurado e a atividade da apelada - sentença parcialmente reformada para condenar a apelada no ressarcimento do valor da soma das indenizações pagas pela apelante apenas aos dois primeiros segurados - recurso provido em parte para o fim de ser julgada parcialmente procedente a demanda.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação regressiva de ressarcimento de danos ajuizada por Allianz Seguros S/A contra EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A. Ale-

Acesso ao Sumário

gou a autora que firmou contratos de seguro com Condomínio Edifício Jatiuca, Top Quality Soluções Gráficas Ltda. e Condomínio Jardim das Figueiras com cobertura de danos elétricos aos seus imóveis. Em 12/02/2019, 28/04/2019 e 05/05/2019, as unidades consumidoras sofreram oscilação de tensão da rede de distribuição de energia elétrica administrada pela ré, o que ensejou danos aos bens eletroeletrônicos que guarneciam os referidos imóveis. Os segurados comunicaram os sinistros, tendo sido realizadas vistorias nos equipamentos que apuraram a existência dos danos causados por sobrecarga de energia elétrica. Foram pagas indenizações aos segurados no valor total de R$ 12.417,79. Sub-rogou-se no direito dos segurados contra a responsável pelo dano. Pediu a condenação da ré no pagamento do valor indicado (fls. 1/22).

A ré apresentou contestação (fls. 118/133).

A ação foi julgada improcedente, com condenação da autora no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa (fls. 190/193).

A autora interpôs apelação (fls. 196/213). Alegou que os danos nos aparelhos dos seus segurados só ocorreram por conta das oscilações de energia elétrica provenientes da rede da apelada. Os documentos juntados demonstram efetivamente a responsabilidade da concessionária. O nexo de causalidade foi comprovado por meio dos laudos técnicos juntados, emitidos por terceiros que não possuem vínculos com as partes. Foi constatado que as avarias causadas nos bens assegurados advieram da rede de distribuição de energia elétrica da apelada. Aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII do referido diploma legal. Não há necessidade de prévio pedido administrativo para que a apelante seja ressarcida pelos danos, devidamente indenizados, causados aos seus segurados pela apelada. Pelo que expôs, pediu o provimento do recurso para o fim de ser julgada procedente a ação.

Em sua resposta (fls. 218/227), a apelada basicamente defendeu o acerto da sentença prolatada.

Não houve oposição ao julgamento em sessão virtual.

É a síntese necessária.

O recurso de apelação foi interposto dentro do prazo de 15 dias contados da data da publicação da sentença no Diário da Justiça Eletrônico (cf. artigos 219, *caput*, 224, § 2º, 231 inciso VII e 1.003, § 5º, todos do CPC). O preparo foi devidamente recolhido (cf. fls. 214/215). Presentes, portanto, os pressupostos de admissibilidade do recurso. Passa-se, então, ao seu exame.

O apelo comporta provimento parcial.

Como relatado, a apelante, em virtude de contratos de seguro, pagou indenização no valor total de R$ 12.417,79 por danos havidos em equipamentos

Acesso ao Sumário

eletrônicos que guarneciam as unidades consumidoras seguradas, que teriam sido causados por "oscilação de energia elétrica" e "flutuação de voltagem no fornecimento de energia elétrica", nos termos dos laudos de fls. 47 e 77. Este o valor buscado em face da apelada, por conta da propalada responsabilidade dela pelos eventos.

Os pagamentos das indenizações securitárias ficaram devidamente comprovados pelos documentos de 65, 85 e 106, que indicam a realização de transferências bancárias tendo os segurados como destinatários.

Respeitado o entendimento da i. magistrada de 1º grau, relativamente às indenizações pagas aos dois primeiros segurados, a apelante tem o direito de ser ressarcida em regresso, considerado que é objetiva a responsabilidade da apelada na hipótese, por conta do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Em se tratando de dano causado por concessionária de serviço público, a exoneração da responsabilidade - objetiva, nos termos do art. 37, § 6º da CF, bem como do art. 210 da Resolução Normativa nº 414/2010 da Aneel - só se dá desde que feita prova de que o evento foi provocado por caso fortuito externo (não vinculado à atividade da concessionária), força maior, responsabilidade exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva da vítima.

Basta, portanto, para a configuração da responsabilidade, hábil a ensejar a indenização, a demonstração da ação ou omissão da concessionária, do resultado lesivo e do nexo causal entre ambos, independentemente da existência de culpa.

Ademais, realmente se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor. Na hipótese de defeitos no serviço prestado e da ocorrência de fatos danosos relacionados aos riscos da atividade, a concessionária responde, em razão do disposto no artigo 14 do referido diploma legal. Pela sub-rogação, a apelante assume a posição originária do consumidor.

Dito isso, em casos assemelhados ao dos autos que foram submetidos à minha relatoria, tenho decidido pela impossibilidade da inversão do ônus da prova quando não preservados os salvados. Justamente por isso, na maioria de tais ações não concedo a indenização em regresso buscada pela seguradora. Na hipótese, sustento que caberia à seguradora provar a efetiva existência de nexo de causalidade entre qualquer conduta comissiva ou omissiva da concessionária de energia elétrica e os danos suportados pelo seu segurado, nos termos do art. 373, I do Código de Processo Civil.

Nos casos paradigmas, nas hipóteses em que as concessionárias não foram condenadas - nem todos tiveram tal desfecho -, houve pedido de produção de prova pericial por parte delas. Em diversas ações, pleiteou-se a anulação da sentença por cerceamento de defesa. Em comum, nos referidos casos havia a admissão das seguradoras de que não dispunham dos salvados para a realização

Acesso ao Sumário

de perícia e havia o protesto veemente pela produção da prova.

O caso dos autos é diferente.

A apelada não requereu a produção da prova pericial. Intimada para especificar as provas que pretendia produzir, ela afirmou expressamente que "*não há mais provas a serem produzidas*", reiterou seus argumentos de defesa e pugnou pelo julgamento de improcedência do pedido (fls. 183/184).

Diante do manifesto desinteresse da apelada na produção da prova pericial, particularmente no caso dos autos e apenas em relação aos dois primeiros segurados - conforme se verá -, prevalece a verossimilhança da narrativa inicial: de que os danos sofridos pelos referidos segurados têm relação de causa e efeito com a atividade desenvolvida pela apelada.

Em relação aos segurados Condomínio Edifício Jatiuca e Top Quality Soluções Gráficas Ltda., a apelante juntou laudos/orçamentos (fls. 47 e 77) realizados por empresas de assistência técnica, nos quais há descrição dos bens e conclusão efetiva de que os danos foram causados por "oscilação de energia elétrica no dia 28/04/2019" e por "flutuação de voltagem no fornecimento de energia elétrica muito acentuada, em níveis não admissíveis para o equipamento".

A descrição inicial dos eventos, somada à documentação apresentada, faz com que se infira que os danos causados nos equipamentos dos segurados Condomínio Edifício Jatiuca e Top Quality Soluções Gráficas Ltda. efetivamente decorreram da prestação de serviços desenvolvida pela apelada.

Relembre-se que a Resolução Normativa nº 414/2010 da Aneel e o Módulo 9 do Prodist, para fins de responsabilização da concessionária sobre os danos causados aos aparelhos eletroeletrônicos, aceitam o laudo de oficina, conceituado como "*documento emitido por oficina que detalha o dano ocorrido no equipamento objeto da solicitação de ressarcimento e tem o intuito de confirmar se o dano reclamado tem origem elétrica, podendo estar acompanhado do orçamento para conserto do mesmo*".

Tal documento efetivamente serve como meio de prova de que danos havidos em equipamentos eletroeletrônicos se originaram na rede elétrica da apelada, **mas desde que minimamente bem elaborado**. No caso dos segurados Condomínio Edifício Jatiuca e Top Quality Soluções Gráficas Ltda., a juntada de tais laudos, corroborados com os demais elementos constantes do processo, mostrou-se suficiente para evidenciar o nexo de causalidade entre o dano e a atividade da apelada.

Acesso ao Sumário

Não colhe a alegação da apelada, deduzida em contestação e em contrarrazões, de isenção de sua responsabilidade pelo evento por se tratar de suposto caso fortuito ou força maior - queda de raio com penetração pela rede da concessionária.

Respeitados os entendimentos diversos, a penetração de descarga atmos-

férica pela rede de fornecimento de eletricidade da concessionária não exclui a responsabilidade dela. Evento dessa espécie é chamado de fortuito interno. Sem potencial para isentar a concessionária da obrigação de reparar o consumidor - originário ou sub-rogado -, quando daí decorrem danos.

Sobre a responsabilidade do prestador de serviço quando o evento danoso se caracteriza como fortuito interno, é pacífico o entendimento do STJ - corte que tem por escopo a uniformização da jurisprudência infraconstitucional no país.

Tendo sido demonstrada a responsabilidade da apelada pelos danos causados aos segurados da apelante Condomínio Edifício Jatiuca e Top Quality Soluções Gráficas Ltda., o mesmo não se pode concluir no tocante ao segurado Condomínio Jardim das Figueiras.

Com efeito, consta do relatório de regulação do sinistro sofrido pelo segurado em referência que houve danificação do elevador social do condomínio (fls. 101/104). O tópico relativo às causas do dano foi assim preenchido: "*Os aspectos vistoriados e danos em interfaces de alimentação do módulo, bem como a condição circunstancial em que se deu o evento e descrição de diagnóstico de danos em ordem de serviço emitida pelo técnico da Atlas Schindler, são indicativos da ocorrência de falhas na rede elétrica, permitindo caracterizar a cobertura de Danos Elétricos*". Ocorre que no documento emitido pela Atlas Schindler - empresa fabricante e responsável técnica pelo elevador -, não há indicação alguma da causa dos danos no elevador. Consta apenas o orçamento para o serviço de substituição da "placa operador Eco Drive" pelo motivo "Componente com avarias" (fls. 98/99) - nada mais.

Evidente que, nessas condições, o referido documento não é suficiente para se concluir que os defeitos apresentados no elevador do condomínio segurado decorrem de danos causados pela rede elétrica da apelada. Não há sequer uma menção no documento emitido pela assistência técnica que permita a conclusão nesse sentido.

Tal circunstância retira a verossimilhança das alegações deduzidas na petição inicial relativamente ao segurado Condomínio Jardim das Figueiras.

No ponto, convém que se faça uma observação, de passagem.

O conceito de verossimilhança não é estático. Entre uma afirmação verossímil e outra que não é, há graduação. Dentre outras inúmeras possibilidades, uma narrativa pode ser fortemente verossímil, ter verossimilhança média, ou ainda ser crível, mas com certa reserva. Também pode ser escancaradamente mentirosa.

A afirmação da apelante quanto aos danos havidos nos equipamentos dos segurados Condomínio Edifício Jatiuca e Top Quality Soluções Gráficas Ltda. era fortemente verossímil porque corroborada pelos laudos técnicos juntados.

Acesso ao Sumário

Já em relação ao segurado Condomínio Jardim das Figueiras, não há prova alguma do nexo de causalidade entre os danos havidos em seu elevador social e o serviço prestado pela concessionária apelada, não tendo sido trazida qualquer evidência séria a conferir verossimilhança a tal alegação.

A suma.

Ficou comprovado o pagamento das indenizações securitárias pela apelante. No tocante aos segurados Condomínio Edifício Jatiuca e Top Quality Soluções Gráficas Ltda., a prova documental produzida pela apelante indica a relação de causa e efeito entre os danos havidos nos equipamentos e a prestação de serviços desenvolvida pela apelada. De resto, a apelada não se interessou em produzir prova pericial nos equipamentos danificados - único meio de demonstrar a inexistência de relação de causa e efeito entre a atividade concedida e os danos destacados.

Corolário, reforma-se parcialmente a sentença para o fim de condenar a apelada no pagamento de R$ 8.793,65 (oito mil e setecentos e noventa e três e sessenta e cinco centavos) (*sic*) - soma das indenizações pagas aos dois primeiros segurados -, com correção monetária da data do desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Mantida a sentença de improcedência relativamente à pretensão de regresso referente ao terceiro segurado.

O provimento parcial do apelo leva à procedência parcial da demanda, com a alteração dos ônus de sucumbência. Considerados os valores das indenizações pagas aos segurados, proporcionalmente, a apelante passou a ser sucumbente em cerca de 30% (trinta por cento) da demanda, de modo que deve arcar com este mesmo percentual das custas e despesas processuais. Os outros 70% (setenta por cento) devem ser pagos pela apelada. Ambas as partes ficam condenadas no pagamento de honorários advocatícios ao procurador da parte contrária, ora fixados em 20% (vinte por cento) sobre o proveito econômico obtido pela parte em favor da qual postula o advogado - atualização pela tabela de cálculos deste tribunal -, com base no art. 85, § 2º do CPC. Referidas quantias são adequadas para remunerar os advogados das partes, inclusive quanto ao trabalho desenvolvido em 2º grau, considerada a natureza e a importância da causa, o trabalho desenvolvido, o tempo de tramitação e o local da prestação do serviço. Incidirão, ainda juros de mora na base simples de 1% ao mês, contados da intimação para pagamento. O cômputo do encargo, evidentemente, só se dará caso as partes, depois de intimadas para tanto, não procedam ao pagamento da verba.

Nestes moldes, **dá-se provimento parcial ao recurso** para o fim de se julgar parcialmente procedente a ação.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 38.900)

O meu voto diverge do voto do Relator, Des. Castro Figliolia, e sufraga o desprovimento ao recurso da autora, mantendo a r. sentença de improcedência.

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 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 idéia é de uma responsabilidade sem culpa, e a clareza do texto afasta, na verdade, qualquer dúvida ou o mister de maiores desenvolvimentos. O legislador constituinte quis assegurar à vítima de atos danosos de funcionários do Estado o devido ressarcimento. Essa responsabilidade abrange as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam funções delegadas do poder*" ("*Direito Civil - Responsabilidade Civil*" Ed. Saraiva, 1983, 7ª ed., volume IV, pág. 93).

Entretanto, a responsabilidade é elidida em casos de força maior e fortuito, incluindo-se entre esses eventos as descargas atmosféricas (raios) que, segundo as peças acostadas, deram causa aos danos nos aparelhos indenizados

Acesso ao Sumário

pela autora. Ou, por outra, são inconclusivos os laudos técnicos de oficinas de assistência, referindo-se vagamente a "*oscilações*" e "*flutuações de voltagem*".

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.

Acesso ao Sumário

A improcedência da pretensão e o desprovimento ao recurso da autora mantém os ônus de sucumbência a seu cargo, as custas e despesas de reembolso, atualizadas desde os desembolsos, e honorários advocatícios arbitrados, por apreciação equitativa (art. 85, § 3º, inciso III, do novo CPC), em 12% do valor atualizado da causa desde o ajuizamento.

O meu voto dá provimento ao recurso da ré.

CERQUEIRA LEITE, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038230-54.2019.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS DAMHA MIRASSOL II-SPE LTDA., é apelada ANGELA BECKMANN (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.902)**

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

São Paulo, 10 de janeiro de 2022.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. Ação de rescisão contratual. Benefício da gratuidade de justiça indeferido (art. 99, § 7º, do CPC). Ausência de comprovação do recolhimento do preparo no prazo concedido. Falta que implica deserção (arts. 101, § 2º, e 1.007, CPC). Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão de compromisso de compra e venda de terreno em loteamento julgada procedente em parte pela r. sentença de fls. 431/456, de relatório adotado, que declarou rescindido o contrato por culpa exclusiva da parte requerida, que deverá restituir à parte autora o valor integral das parcelas efetivamente pagas, de uma só vez, incluindo os juros pagos a qualquer título, sinal e IPTU, atualizadas a partir do desembolso de acordo com a Tabela Prática

Acesso ao Sumário

do TJSP, evitando-se enriquecimento ilícito por parte da empresa, assegurando a identidade das prestações ao longo do tempo, com juros de 1% ao mês a partir da citação. Condenou a requerida, também, a título de lucros cessantes, ao pagamento de uma indenização fixada em 0,5% ao mês de atraso sobre o valor atualizado do contrato, devidos entre o período da previsão máxima de entrega do imóvel (20/06/2016) até a efetiva conclusão das obras (25/01/2017), corrigidos monetariamente pela Tabela Prática desde quando devida e acrescida de juros de 1% ao mês desde a citação. Em razão da sucumbência quase integral, a requerida foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária, fixados por apreciação equitativa em R$ 2.000,00, atualizados da sentença pela Tabela Prática.

Apela a Empreendimentos Imobiliários Damha - Mirassol II - SPE Ltda. (fls. 459/485), inicialmente pugnando pela concessão da justiça gratuita com apoio no art. 5º, inciso LXXIV da CF e art. 98 do CPC. Argumenta que a pandemia do coronavírus acarretou a paralisação do mercado imobiliário e diversos pedidos de rescisão como o presente, o que caracteriza seu estado de necessidade. Pugna, ainda, caso não concedida a gratuidade, pelo diferimento ou recolhimento parcelado do preparo.

Indeferida a justiça gratuita (fls. 505/508), não foi recolhido o valor do preparo (fls. 510).

É o relatório.

O recurso não pode ser conhecido porque está deserto.

Segundo se observa dos autos, pelo despacho de fls. 505/508 foi indeferida a gratuidade da justiça pleiteada pela apelante em suas razões recursais, determinando-se o recolhimento do preparo, sob pena de não conhecimento do recurso, conforme disposto no art. 101, § 2º, do CPC.

A recorrente deixou transcorrer o prazo assinalado sem o recolhimento do preparo, conforme a certidão de fls. 510. Portanto, de rigor o reconhecimento da deserção do recurso (arts. 101, § 2º, e 1.007, CPC).

Nesse sentido tem sido decidido por esta Corte em casos semelhantes:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - Declaratória - Decisão que indeferiu gratuidade judiciária - Inconformada que não logrou êxito em comprovar alegada hipossuficiência - Aplicação do art. 101, § 2º do CPC - Inércia - Deserção caracterizada - Recurso não conhecido."
>
> (AI nº 2151914-24.2016.8.26.0000; Rel. FRANCISCO CASCONI; 31ª Câmara de Direito Privado; j. 06.09.2016)
>
> "APELAÇÃO - Benefício da justiça gratuita indeferido em primeira instância - Decisão que não fora objeto de recurso - Renovação do pedido nas razões do recurso de apelação - Rejeição do pedido nesta via recursal, diante da inexistência da alteração da suficiente financeira da

Acesso ao Sumário

parte que justifique a concessão da benesse - Intimação para recolhimento do preparo no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso, nos termos do art. 101, § 2º, do CPC/2015 - Descumprimento - Recurso não conhecido."

(Apelação nº 0005596-55.2014.8.26.0266; Rel(a) LÍGIA ARAÚJO BISOGNI; 14ª Câmara de Direito Privado; j. 05.09.2016)

Ante o exposto, e pelo mais que dos autos consta, por deserto o agravo, dele não conheço.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002416-83.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PEDRO PAREDES ZAMBRANO BRASIL e AMANDA TERESA OLIVEIRA LEAL, é apelado TAM LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 124)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 10 de janeiro de 2022.

CÉSAR ZALAF, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. DANOS MATERIAS E MORAIS CONFIGURADOS. DANOS MORAIS FIXADOS EM R$ 800,00. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. CABIMENTO. QUANTIA DESPROPORCIONAL AOS DANOS SUPORTADOS. EXTRAVIO DEFINITIVO DA BAGAGEM. QUANTIA MAJORADA PARA R$ 5.000,00. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

É Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença de fls. 114/117, que julgou procedente Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais proposta por **PEDRO PAREDES ZAMBRANO** e **AMANDA TERESA OLIVEIRA LEAL** contra **TAM LINHAS AÉREAS S/A** para condenar a companhia aérea ao pagamento: "***a) de reparação de danos materiais, no montante de R$ 7.200,00, com correção monetária pela tabela do TJSP desde o evento danoso e acréscimo de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e b) de reparação de danos morais, no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), com correção pela tabela do TJSP desde esta data e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.***" No mais, condenou a vencida no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformados em parte com a R. Sentença, pede o autor a majoração do valor fixado a título de danos morais, por ser o montante de R$ 800,00 irrisório e insuficiente para reparar os danos causados, devendo ser arbitrado o valor de R$ 10.000,00.

Recurso tempestivo, processado e recebido. Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

Não há questões que impeçam o conhecimento deste recurso, sendo certo que, quanto ao seu objeto, merece ser provido.

Em primeiro lugar, importa destacar que está superada a discussão acerca da presença dos danos materiais e morais suportados pelos apelantes, decorrentes do extravio definitivo de bagagem em contrato transporte aéreo firmado com a recorrida, porque neste tocante resultou plenamente demonstrada a perda da mala em questão, bem como a descrição detalhada do conteúdo extraviado, com indicação precisa do valor de cada item.

Acrescento que a obrigação de reparar os danos materiais e morais impostos aos demandantes se tornou incontroversa na medida em que tal condenação não foi alvo de insurgência, haja vista que o presente recurso busca exclusivamente a majoração do *quantum* indenizatório fixado a título de dano extrapatrimonial (R$ 800,00).

Para fixação dos danos morais precisam ser observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, à luz de sua dupla função, quais sejam, reparar o dano sofrido e, concomitantemente, punir o ofensor, com o fim de evitar a reincidência.

Ao mesmo tempo, não se pode perder de vista que a compensação deve ser justa, em atenção às particularidades do caso, bem como à própria extensão do dano, de modo que não implique enriquecimento indevido da parte que busca

Acesso ao Sumário

a indenização, tampouco ruína daquele que deve suportar o seu pagamento.

Diante de tais considerações, o montante de R$ 800,00 se apresenta insuficiente para compensar o desconforto e os transtornos impostos aos recorrentes, daí porque deve ser elevado o *quantum* indenizatório para R$ 5.000,00, quantia que atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, à luz dos fatos narrados, quantia devidamente corrigida a partir do arbitramento (Súmula nº 362 do C. STJ), com juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Nesse sentido:

> "*APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Indenização por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo. Acolhimento em parte. Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem. Pertences pessoais destinados à prática de esqui na neve. Falha na prestação do serviço de transporte disponibilizado pela Companhia Aérea configurada. Danos morais configurados. Constrangimento não se limitou a mero aborrecimento do cotidiano. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para condenar a Empresa Ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária incidente a partir do arbitramento e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, e ainda, condenando-a, aos ônus inerentes à sucumbência. (TJSP; Apelação Cível 1021009-94.2020.8.26.0100; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/12/2021; Data de Registro: 01/12/2021)*"

Por tais razões, é caso de parcial reforma da R. Sentença nos termos acima destacados, majorados os honorários advocatícios para 16% sobre o valor da condenação (artigo 85, §11, do CPC).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000800-53.2021.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante IZAIAS LOURENÇO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34428)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de janeiro de 2022.
PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - Contratação de empréstimos consignados em nome do autor que nega ter celebrado a operação de crédito - Ausência de prova da regularidade dos ajustes dos empréstimos - Relação jurídica declarada inexistente e instituição financeira condenada à restituição de valores descontados - Pretensão de arbitramento de indenização por dano moral - Cabimento - Dano moral "in re ipsa" caracterizado - Indenização arbitrada, nesta oportunidade, em R$ 10.000,00, valor proporcional ao evento e suas consequências, que atende aos requisitos de sanção da conduta do agente e concessão de lenitivo à vítima - Sentença de parcial procedência modificada - Recurso provido.

VOTO

O apelante pretende a reforma da r. sentença de fls. 139/143, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte o pedido formulado na ação declaratória cumulada com indenizatória movida em face do apelado, para, confirmando a liminar concedida: "*reconhecer a inexistência do negócio jurídico, com a devolução de valores descontados pela parte demandada à autora, com a incidência de correção monetária, pelo INPC, desde o desconto indevido, e juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação. Vale destacar, de outro turno, que eventual quantia depositada em conta corrente da parte autora (desde que devidamente demonstrada, o que deverá ser objeto de apreciação em liquidação/ cumprimento de sentença) poderá ser utilizada para a realização da devolução mencionada no parágrafo anterior, com a entrega do restante à parte demandada, já que o desfazimento do negócio impõe que a parte autora efetivamente devolva o valor não contratado (sem a incidência de juros de mora ou de correção monetária, pois não pode ser prejudicada por ato da instituição financeira)*", ficando afastada a pretensão indenizatória por dano moral e atribuído ao apelado o ônus de arcar com 60% das verbas sucumbenciais e ao apelante o importe correspondente a 40%, fixados os honorários na mesma proporção em 15% do valor da causa, observada a gratuidade de justiça conferida ao apelante.

Afirma (fls. 151/160) que a r. decisão merece ser parcialmente modifica-

da, alegando, em suma, que a situação narrada na inicial caracteriza dano moral indenizável, na medida em que ele não celebrou os contratos ora discutidos com o apelado e os empréstimos são fraudulentos, o que lhe causou grandes transtornos, além da perturbação do seu estado de felicidade com a violação dos seus dados bancários e descontos indevidos em seu benefício previdenciário, o que lhe acarretou também restrição de parte do seu patrimônio de caráter alimentar; que, diante dessas circunstâncias, o apelado merece também ser condenado ao pagamento de indenização por dano moral.

Contrarrazões a fls. 162/169.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo no tocante à confirmação da tutela antecipada e no duplo efeito quanto ao mais (fls. 173), dispensado o preparo por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça (fls. 64).

Não houve oposição à realização de julgamento virtual (fls. 175).

É o relatório.

O apelante ingressou com a presente demanda, alegando a ocorrência de descontos mensais indevidos em seu benefício previdenciário, referente a empréstimos consignados que alega não ter celebrado, ressaltando que as operações foi objeto de fraude.

Restou incontroversa, até porque o apelado não se insurge contra a sentença, a inexistência de relação jurídica a ensejar os descontos até então realizados no benefício previdenciário do apelante, tendo sido decretada a nulidade dos referidos negócios.

Respeitado o posicionamento do juízo de origem, a pretensão relativa aos danos morais também é cabível.

Era ônus do apelado demonstrar que os descontos no benefício previdenciário do apelante ocorreram por motivos legítimos; contudo, tendo sido decretada a inexistência de relação jurídica entre as partes, conclui-se que a conduta do banco se pautou em ato ilícito.

Nesse contexto, não há dúvida de que houve atentado contra o conceito moral do apelante, causado pelos descontos indevidos, em seu benefício previdenciário, de valores relativos a empréstimos que não ficou comprovada a sua contratação, e pelo comprometimento de sua margem consignável, impedindo-o de contratar com instituição financeira de seu interesse, tendo ainda que se valer de processo judicial para impedir novos descontos fossem levados a efeito de forma ilegítima pelo apelado.

Situação como a narrada nos autos é causa de dano moral, diante da exasperação que injustificada e pífia conduta causa, além de medo, tristeza e desencanto que tal situação cria no espírito da pessoa que se vê sem parte de seu numerário e sem a certeza de recuperar aquele valor, notadamente em se tratando de sexagenário, cuja sensação de insegurança com relação ao presente e futuro,

Acesso ao Sumário

pelo declínio natural das forças, é também notória.

E não se diga ser necessária a prova do dano, vez que este se dá *in re ipsa*, ou seja, por força dos fatos verificados.

Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força de simples violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: "*uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto*" (CARLOS ALBERTO BITTAR, *in* "Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 202).

Destarte, justificado o cabimento da indenização pelo dano moral causado e o nexo etiológico entre aquele e a conduta do apelado, resta arbitrar o *quantum* indenizatório adequado à situação criada.

A conduta do apelado atingiu, de forma grave, o estado de felicidade do apelante, que, como já dito, foi compelido a pagar prestações relativas a operações de crédito não contratadas e ainda teve a sua margem consignável comprometida, além da incerteza da resolução do impasse quanto aos descontos anotados em sua aposentadoria e ser submetido ao desgaste de comprovar a irregularidade das operações ilegítimas em seu nome, tendo que se valer de processo judicial para reaver quantia ilicitamente debitada.

É de ser considerado, por outro lado, que a indenização não se presta a enriquecer a vítima, mas conceder-lhe um lenitivo e reprovar a conduta do agente.

Assim, considerando-se essas premissas, esta C. Câmara, em casos semelhantes, entende que a indenização deve ser fixada em R$ 10.000,00, importância esta que se mostra adequada, por afigurar-se proporcional ao evento e suas consequências, atendendo os parâmetros de reprovação da conduta do apelado e concessão de lenitivo ao apelante, sem enriquecê-lo sem causa.

Acesso ao Sumário

Fixa-se, portanto, o valor da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizados monetariamente a partir desta data (Súmula 362 do C. STJ) pelos índices da Tabela Prática desse E. Tribunal e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir do primeiro evento danoso, qual seja, 31/01/2021 (fls. 54), por tratar-se de obrigação oriunda de ato ilícito (art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ).

Levando-se em conta o resultado do julgamento, a sucumbência recíproca desapareceu, tendo em vista também a Súmula 326 do C. STJ, devendo o apelado arcar com a integralidade das verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação (principal corrigido mais juros de mora), já incluídos aí os honorários recursais de que tratam os §§

1º e 11 do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011445-66.2019.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante SIRLENE DA SILVA SANTOS, é apelado PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento originário, por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz que a ele negava provimento. Em julgamento ampliado, a 4ª Juíza acompanhou o Juiz Relator e o 5º Juiz acompanhou o voto divergente. Declarará voto o 2º Juiz." **(Voto nº 19.792)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente), MÁRIO DACCACHE, JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: SEGURO FACULTATIVO - Automóvel - Acidente de trânsito - Perda total do veículo - Cobertura recusada - Alegação de agravamento do risco decorrente de recusa do condutor a se submeter a teste de embriaguez - Ação de cobrança de indenização securitária - Sentença de improcedência - Apelo da autora - Recusa em realizar o teste de dosagem alcoólica que por si só não justifica a recusa - Embriaguez do condutor do automóvel não constatada - Nexo de causalidade entre eventual embriaguez e o acidente não comprovado - Agravamento do risco não caracterizado - Indenização securitária exigível - Ação procedente em parte - Valor correspondente a 100% do valor previsto na tabela FIPE vigente na data do sinistro - Apelação parcialmente provida

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença de fls. 251/254, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a ação proposta pela apelante, condenando-a ao pagamento das verbas de sucumbência.

Recorre a autora (fls. 256/279) insistindo no direito ao recebimento da indenização securitária tendo em vista que "*não praticou qualquer ato que tenha se entendido como AGRAVANTE do risco. Sendo a negativa da seguradora, ilegítima. Posto que quem conduzia o veículo no momento do acidente causador do dano sequer era a Apelante, e sim, o seu esposo. Nota-se ainda, que a mesma não se encontrava no local, ou junto do mesmo no veículo. Merece, portanto, ser reformada a r. sentença proferida, tendo em vista que não houve agravamento intencional do risco por parte da Apelante, então beneficiária direta do seguro*". Afirma ainda que não há provas da embriaguez do condutor, que não houve agravamento do risco e que a CNH vencida não pode ser motivo para a recusa ao pagamento da indenização securitária.

O recurso foi regularmente processado e respondido.

É o relatório.

A sentença foi de improcedência ao fundamento de que "*consta do boletim que os policiais acionados para atendimento da ocorrência perceberam que, em contato com o condutor DIRCEU, já do lado externo do veículo, forte odor etílico. Ou seja, a realização do teste não surgiu por parte dos policiais em razão do acidente, por si só, mas, pela sinais de forte odor etílico e confusão mental. Soma-se ao fato a recusa injustificada no condutor para a realização do teste, sendo certo que autuada conduta na forma do artigo 277 do CTB (fl. 14/25)*".

Preservada a convicção do MM. Juiz de primeiro grau, o recurso comporta provimento.

A cláusula 5.1, item "z", das condições gerais, dispõe que não caberá indenização nos casos em que o sinistro tenha ocorrido quando o veículo estava sendo conduzido por pessoa sob efeito de álcool ("*z) sinistros em que o veículo estiver sendo dirigido, utilizado, conduzido e/ou manobrado na ocasião do sinistro: - por pessoa que esteja sob ação de álcool, drogas ou entorpecentes, quando da ocorrência do sinistro, desde que a seguradora prove que está caracterizado o nexo causal. Essa hipótese aplica-se a qualquer situação e abrange não só os atos praticados diretamente pelo segurado, mas também os praticados por qualquer pessoa que estiver conduzindo o veículo, com ou sem o consentimento do segurado*" - fls. 144/145).

A recusa do motorista a se submeter ao teste de embriaguez não se constitui em motivo suficiente a justificar a perda do direito ao recebimento da indenização securitária. Deve haver nexo de causalidade entre o estado de embriaguez e o acidente, ou seja, a embriaguez deve ser a causa determinante do acidente.

Acesso ao Sumário

Consta do boletim de ocorrência que "*ACIONADO POR TERCEIROS, ONDE NA VICINAL SPV VEREADOR JOSÉ SANCHES SENTIDO ARCO ÍRIS X TUPA HAVIA UM VEICULO CAPOTADO. PELO LOCAL, APROXIMADAMENTE NO KM 06 DA VICINAL, CONSTATADO O VEICULO GM VECTRA SEDAN CAPOTADO NO ACOSTAMENTO CONTRÁRIO DA VIA, ONDE O CONDUTOR DO VEÍCULO SAIU POR MEIOS PRÓPRIOS DO INTERIOR DO VEÍCULO E APRESENTAVA UM CORTE NO OMBRO ESQUERDO. EM CONTATO COM O MESMO, NÃO SOUBE INFORMAR A CAUSA DO ACIDENTE, PORÉM APRESENTAVA FORTE ODOR ETÍLICO, SENDO CONVIDADO A FAZER O TESTE DO ETILOMETRO, RECUSANDO-SE. FOI SOCORRIDO PELA AMBULÂNCIA MUNICIPAL DE ARCO ÌRIS, ENCARREGADO JOÃO LUIZ ATÉ A SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE TUPA. ACIONADO A PERÍCIA, INFORMANDO QUE POSTERIOR TOMARÁ AS PROVIDÊNCIAS. ELABORADO OS AITS 6669528, 6669529, 6669530 SÉRIES C, CRR 3095382 SÉRIE A, VEICULO REMOVIDO AO PÁTIO DEVIDO NÃO POSSUIR CONDIÇÕES DE TRÁFEGO E NÃO POSSUIR NENHUM RESPONSÁVEL PELO LOCAL. REALIZADO CONTATO VIA FONE COM DEL POL DR WASHINGTON LUIZ MUZZI, O QUAL INFORMOU QUE NO PRÓXIMO EXPEDIENTE TOMARÁ AS PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS. OBS. O CONDUTOR DO VEÍCULO NÃO ASSINOU O BOPM E OS AITS DEVIDO ENCONTRAR SE COM A MÃO SUJA DE SANGUE*" (fl. 25).

A constatação feita pelo policial militar quando da lavratura do boletim de ocorrência não é erigida à condição de prova da existência de teor alcoólico no sangue ou de que o condutor atuou com culpa grave e intencionalmente agravou o risco, considerando que tal afirmação é vaga e desprovida de qualquer exame técnico que demonstre que o marido da segurada estava de fato embriagado.

Não consta do boletim de ocorrência sequer que o condutor apresentava sinais de embriaguez, havendo menção apenas ao "*FORTE ODOR ETÍLICO*".

Ainda que assim não seja e se considere que o condutor dirigia embriagado, a seguradora não se desincumbiu do ônus de provar que a embriaguez foi a causa eficiente do acidente automobilístico, ônus que a ela incumbia nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, valendo acrescentar nesse particular que, embora ciente de que houve julgamento antecipado, deixou a ré de manifestar em contrarrazões intenção de produzir provas.

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "*(...) a constatação do estado de embriaguez do condutor do veículo, mesmo nos casos em que a dosagem etílica no sangue se revela superior à permitida em lei, não é causa apta, por si só, a eximir a seguradora de pagar a indenização pactuada. Ao revés, para que tenha sua responsabilidade excluída, tem a seguradora o ônus de provar que a embriaguez foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro*" (AgRg no AREsp 230983-MG, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 26.8.2014; AgRg no AREsp 504.343- PR, Relator Ministro Sidnei Beneti, 05.8.2014; AgRg no AREsp 404.617- SP, Relator Ministro

Acesso ao Sumário

Raul Araújo, 22.4.2014; AgRg no AREsp 450.149- DF, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 01.4.2014).

Não se desconhece que o segurado perde o direito à garantia se agravar **intencionalmente** o risco objeto do contrato, conforme dispõe o artigo 768 do Código Civil.

Não há, no entanto, elementos que permitam concluir que o condutor do veículo estava embriagado na ocasião do acidente, e, o mais importante, que tal circunstância foi **fator determinante para o evento**, motivo pelo qual, ressalvado o entendimento do MM. Juiz, inviável o reconhecimento da inexigibilidade da indenização securitária por força do estado de embriaguez do motorista do automóvel.

O estado de embriaguez, isolado, não serve de justificativa para a recusa ao pagamento da indenização securitária, havendo necessidade também de prova cabal de que o acidente teve como causa eficiente o estado de embriaguez, o que não ocorreu.

A prova de que se dispõe aponta que o condutor do automóvel segurado perdeu o controle do carro e veio a capotar, circunstância que, porém, não revela o estado de embriaguez ou que tenha havido agravamento do risco.

Além disso, o fato de o condutor estar dirigindo com CNH vencida igualmente não comprova o agravamento do risco, tratando-se, pois, de mera infração administrativa.

Diante da ausência de prova de que o sinistro teve como causa a alegada embriaguez do condutor do veículo segurado, impõe-se a reforma da sentença para se julgar procedente em parte a ação, condenando-se a ré ao pagamento da indenização securitária nos termos da apólice, no valor correspondente a 100% do valor do veículo previsto na tabela FIPE **vigente na data do sinistro**, e não de outubro de 2019 (fl. 37), momento a partir do qual haverá correção monetária pela tabela prática deste Egrégio Tribunal, com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Fica observado que, como consequência natural do cumprimento da obrigação pela seguradora, os salvados passarão a pertencer a ela, com a transferência do veículo para o seu nome, livre de gravames, ônus, restrições ou tributos.

Eventuais débitos constantes do prontuário do veículo em data anterior à entrega dos salvados e da documentação ou da declaração expressa de impossibilidade de cumprir tal providência, deverão ser abatidos do valor da indenização securitária, mediante comprovação.

Fica ressalvado ainda que, na hipótese de os salvados já terem sido vendidos pela autora, o valor correspondente (atualizado pela tabela prática deste Tribunal entre o recebimento pela autora e a cumprimento da condenação pela ré) deverá ser abatido do valor da condenação, em atenção ao princípio que veda

Acesso ao Sumário

o enriquecimento ilícito.

Diante da sucumbência mínima da autora (Código de Processo Civil, artigo 86, parágrafo único), fica condenada a ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação, já observada a sucumbência recursal.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se dar parcial provimento à apelação.

Declaração de voto divergente

(Voto nº 1621)

Respeitada a visão da maioria, meu voto manteria a sentença de improcedência.

Na minha ótica, há elementos nos autos que permitem concluir que o condutor do veículo da a autora estava embriagado e que em razão da embriaguez houve o agravamento do risco, o que enseja, nos termos do contrato, a perda do direito à indenização, em consonância do artigo 768 do Código Civil.

Ele, como é incontroverso, se recusou a se submeter ao teste do etilômetro.

No boletim de ocorrência, consta que os policiais que chegaram no local após o acidente constataram forte odor etílico.

No documento de registro de ocorrência de trânsito elaborado pela Polícia Militar (p.17/25) é possível verificar que o condutor além de ter sido autuado por se recusar a fazer o teste, o foi também por dirigir com a carteira de habilitação vencida e por conduzir o veículo sem trazer consigo os documentos de porte obrigatório.

Não bastasse tudo isso, as fotografias de p.23 mostram que o condutor do veículo da apelante perdeu o controle do veículo e capotou na pista. Ao ser indagado pelo policial militar não soube explicar a razão do capotamento. Todos esses elementos de prova reunidos me levam a conclusão de que o condutor do veículo estava embriagada (se não estivesse faria o teste) e que em razão da influência do álcool perdeu, por culpa sua, o controle do veículo.

Diante desse quadro, considero que houve o agravamento intencional do risco, o que exime a ré de pagar a indenização.

Do exposto, negava provimento ao recurso.

MÁRIO DACCACHE, 2º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003045-07.2015.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A e NM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 43386)**

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

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - Seguro de vida - Pretensão do autor/apelante de indenização securitária por invalidez permanente ou parcial decorrente de acidente pessoal - Laudo bem fundamentado, suficientemente esclarecedor sobre os fatos ventilados nos autos, dele não se extraindo qualquer indício de deficiência ou necessidade de complementação - Sentença mantida - Majoração da verba honorária (art. 85, §11, do CPC) - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por Marco Antônio de Oliveira Santos contra Bradesco Vida e Previdência S/A. e NM Engenharia e Construções Ltda., cuja r. sentença de primeiro grau de fls. 417/419, de lavra da Magistrada FERNANDA REGINA BALBI LOMBARDI, com fundamento no inciso I, do art. 487, do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido inicial. Sucumbente, condenou o autor no pagamento das custas, despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, corrigidos desde o ajuizamento, observada a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Irresignado, apela o autor, vencido, buscando reforma, arguindo cerceamento de defesa, sob o fundamento de que o laudo não enfrenta questão primordial, no sentido de se saber se continuará a ter condições de realizar atividade

que lhe garante a fonte de renda. No mais, sustenta que resta evidente nos autos que a invalidez profissional é a visada no contrato em discussão, não podendo ser admitido considerar-se somente para caso de 'incapacidade para toda e qualquer função'. Ressalta que o contrato é de adesão, devendo ser interpretado no interesse do segurado e dos beneficiários. Ainda, aduz que a aposentadoria por invalidez concedida pelo INSS é prova suficiente e idônea da sua invalidez total e permanente, requerendo, nesses termos, seja decretada a nulidade do laudo pericial, ou, no mérito, seja julgada procedente a presente demanda.

Recurso regularmente processado, acusando resposta (fls. 497/506), subiram os autos.

É o relatório.

A alegação do autor é no sentido de que celebrou contrato de seguro de vida em grupo com o réu Bradesco Vida e Previdência S.A., tendo a sua ex-empregadora NM Engenharia e Construção Ltda. figurado como Estipulante no referido instrumento contratual, o qual mantém garantias de 'Morte; Morte Acidental; Invalidez Permanente ou Parcial por Acidente e Auxílio Emergencial'.

Ainda, que foi admitido em 14.11.2007, gozando de perfeita higidez física, tendo laborado como motorista para a NM Engenharia de Construção Ltda., realizando o serviço de transporte de pessoal, vindo a sofrer diversos microtraumas em razão de referida função, sobrevindo seu afastamento do trabalho pelo INSS em 2008, o qual perdurou até jan/2012, retornando à atividade laborativa, como motorista de transporte, e, em razão da continuidade e agravamento dos microtraumas, foi aposentado por invalidez pelo INSS em dezembro de 2013, ingressando com a presente demanda para recebimento de indenização securitária, após obtenção da respectiva apólice.

Todavia, não obstante os argumentos lançados no recurso, a r. sentença merece preservação.

Isto porque, o contrato de seguro de vida em grupo de que o autor/apelante é titular prevê cobertura para: *morte; morte acidental; invalidez permanente ou parcial por acidente; auxílio emergencial; assistência funeral individual (fls. 63; 113)*

E, conforme expressa previsão contratual: "*Parágrafo1º. Para efeito desta Cobertura de Invalidez Permanente por Acidente, considera-se Acidente Pessoal o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que , por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a invalidez permanente total ou parcial do Segurado...*" (fl. 128) (grifei)

Veja-se que a modalidade de seguro contratada pelo autor implicava na ocorrência de evento com data determinada caracterizada, diretamente externa, súbita, involuntária e violenta, apta a causar lesão física, tal como prevista na

Acesso ao Sumário

cláusula supracitada.

Ademais, não se pode olvidar que o contrato firmado é explicito em sua cláusula 1ª (fl. 128) no sentido de que as doenças, incluídas as profissionais, de quaisquer que fossem as causas, ainda que provocadas e desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto, estavam excluídas do conceito de acidente.

Excluem-se, também, do conceito de 'acidente' "lesões decorrentes, dependentes, predispostas ou facilitadas por esforços repetitivos ou microtraumas cumulativos, ou que tenham relação de causa e efeito com os mesmos, assim como as lesões classificadas como Doenças Osteo-musculares relacionadas ao trabalho, as suas consequências pós- tratamentos, inclusive cirúrgicos, em qualquer tempo." (fl. 403)

E, o laudo pericial realizado concluiu que: "*...o periciando apresenta quadro de lombocitalgia, de longa data, com exames complementares evidenciando alterações crônicas degenerativas, não causada por acidente pessoal e sim por quadro de doença crônica da coluna lombar e cervical. Periciado atualmente está em tratamento com fisioterapia motora e medicação, sem indicação de tratamento cirúrgico. Não apresenta restrições para atividades que envolvam cuidados pessoais...*" (fls. 405) (grifo nosso).

Laudo, ademais, que apresentou-se devidamente fundamentado, suficientemente esclarecedor sobre os fatos ventilados nos autos, dele não se extraindo qualquer indício de deficiência na realização do trabalho técnico que seja apto a impor a sua nulidade ou complementação.

De mais a mais, é típico do contrato de seguro a exclusão de determinados riscos (art. 757, do Código Civil), inviável o acolhimento da cobertura securitária para sinistro que está reconhecidamente fora das hipóteses previstas no contrato, não se podendo alegar desconhecimento por parte do segurado acerca do que efetivamente estava sendo contratado, já que do certificado de seguro, constava expressamente que se tratava de seguro com cobertura para invalidez exclusivamente por acidente.

Por tais razões, haja vista que não restou comprovado nos autos fazer *jus* o autor à indenização perquirida na inicial, de rigor a manutenção da r. sentença que julgou improcedente a demanda.

Por fim, observo que, quanto aos honorários de sucumbência, nos termos do parágrafo 11º, do art. 85, do Código de Processo Civil, a verba honorária fica majorada para 12% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida ao autor (art. 98, parágrafo 3º, do CPC).

Ressalta-se que eventuais recursos protelatórios ou manifestamente infundados estarão sujeitos às sanções correlatas.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003262-81.2021.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante ALEXANDRE PHILIPPE BOSS JACCARD, são apelados GLOBAL DISTRIBUIÇÃO DE BENS DE CONSUMO LTDA. - IPLACE e APPLE COMPUTER BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROSANGELA TELLES (Presidente sem voto), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 12 de janeiro de 2022.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS PELO AUTOR, SOB O FUNDAMENTO DE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR O FATO CONSTITUTIVO DOS DIREITOS REIVINDICADOS, POIS DESPROVIDA DE VEROSSIMILHANÇA SUA ALEGAÇÃO DE QUE FORA VÍTIMA DE PROPAGANDA ENGANOSA E PORQUE NÃO VISLUMBRADO NEXO CAUSAL ENTRE O SUSCITADO VÍCIO E O ADUZIDO DANO SUPORTADO - QUANTO DECIDIDO QUE SE COADUNA COM O SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DO "ONUS PROBANDI" ADOTADO PELO ORDENAMENTO PROCESSUAL PÁTRIO, NÃO HAVENDO QUE SE COGITAR A OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DA SOBRESSALENTE IMPRESTABILIDADE DA PROVIDÊNCIA ANSIADA - MOBILIZAÇÃO PARA A PRODUÇÃO DA PRO-

Acesso ao Sumário

VA TÉCNICA ANSIADA APENAS ALONGARIA INUTILMENTE O TRÂMITE DO PROCESSO, PELA COMPLETA IMPERTINÊNCIA DOS ELEMENTOS QUE POTENCIALMENTE TRARIA. AVULTARIA DE QUALQUER FORMA INÚTIL AO ADEQUADO DESLINDE DO FEITO, POIS NÃO REPERCUTIRIA NA REALIZAÇÃO DO JUÍZO DE SUBSUNÇÃO DA "FATTISPECIE" À NORMA JURÍDICA E, ASSIM, NA PROMOÇÃO DO DESATE DA DEMANDA EM SEU FAVOR, JÁ QUE OS SUBSTRATOS IMPRESCINDÍVEIS AO DESATE DE LIDE SÃO AFERÍVEIS DE FORMA OBJETIVA, CONFECCIONADOS "EXTRA" AUDIÊNCIA - LIDE QUE GRAVITA EM TORNO DA OCORRÊNCIA OU NÃO DE ENGODO E PROPAGANDA ENGANOSA NA VENDA DE PRODUTO FABRICADO EM ANO ANTERIOR - INEXISTE SUBSÍDIO QUE RESPALDE O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS REIVINDICADOS, DESPROVIDA QUE SE ENCONTRA A COMPROVAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DA EXISTÊNCIA DE DANOS DECORRENTES DA ARGUIDA PRÁTICA DE PROPAGANDA ENGANOSA - NÃO SE DETECTA VEROSSIMILHANÇA NA EXPOSIÇÃO FÁTICA APRESENTADA, JÁ QUE DEMONSTRARAM AS RÉS A AMPLA VEICULAÇÃO DE QUE O MODELO DE COMPUTADOR ADQUIRIDO FORA FABRICADO EM 2017, CONVINDO SUBLINHAR QUE A CIRCUNSTÂNCIA DE O APARELHO NOVO E LACRADO TER SIDO COMERCIALIZADO EM 2021 NÃO GERA A PRESUNÇÃO DE QUE FORA PRODUZIDO NO MESMO ANO. A ISTO SE ACRESCENTA A INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE QUAISQUER ELEMENTOS DOTADOS DE SEGURANÇA E CONCRETUDE DE QUE, MESMO ASSIM, TENHA SIDO O DEMANDANTE LUDIBRIADO, OBSTANDO POR COMPLETO O ÊXITO DAS PRETENSÕES VEICULADAS. À SEMELHANÇA, IDENTIFICA-SE COMPLETA ESCASSEZ PROBATÓRIA QUANTO À EXISTÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta nos autos de ação intitulada de reparatória por danos materiais, morais e temporal contra a r. sentença de fls. 146/150, cujo relatório adoto, que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo autor, sob o fundamento de que não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo dos direitos reivindicados, pois desprovida de verossimilhança sua alegação de que fora vítima de propaganda enganosa e porque não vislumbrado nexo causal entre o suscitado vício e o aduzido dano suportado. Condenou-o, consequentemente, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários devidos aos patronos de cada ré, fixados por equidade em R$ 500,00.

Indignado, apela o vencido para, inicialmente, suscitar a preliminar ao mérito de cerceamento de defesa, argumentando que o julgamento prejudicou a prova técnica que intencionava ver produzida, consistente na submissão do aparelho à perícia. No que atine ao mérito, recorre para reprisar a versão dos fatos e a fundamentação jurídica apresentadas na prefacial, escorada, em síntese, na premissa de que a oferta de um produto como novo faz presumi-lo atual e de que o aparelho apresenta mau funcionamento.

Recurso devidamente processado e contrariado (fls. 168/193 e 194/202).

É o breve Relatório.

Da leitura dos autos principais verifica-se que a relação jurídica material invocada pelos apelantes para embasar os pleitos formulados na presente demanda se compôs em decorrência da aquisição, pelo autor, em 15/01/2021, do computador marca Apple, modelo "iMac 21.5" MMQA2BZ/A, fabricado pela ré Apple Computer Brasil Ltda. e comercializado pela corré Global Distribuição de Bens de Consumo Ltda., pelo valor de R$ 10.529,10 (v. nota fiscal de fls. 20).

A tal evento primário se conjugam as alegações do requerente de apresentação de defeito pelo eletroeletrônico, consistente na lentidão de funcionamento, e de superveniente descoberta de haver sido fabricado não no ano em que efetuada a aquisição, em 2021, mas em 2017, fato que aduz não lhe ter sido informado quando da realização do negócio.

Nesse contexto, lastreia as pretensões de ser indenizado na cifra total de "*R$31.587,30, a título de reparação por danos materiais (R$10.529,10), morais (R$10.529,10) e temporais (R$10.529,10)*" (fls. 15).

Ainda no campo do retrospecto da marcha cognitiva, cumpre sublinhar que, após apresentada a emenda à inicial de fls. 33/34, foi aperfeiçoada a triangulação da relação jurídica processual e apresentadas as contestações de fls. 52/72 e 92/112, replicada a fls. 131/145, adveio a r. sentença objurgada, promovendo desate que reputo impassível de retoques.

Aquiesce-se, aqui, com o fundamento declinado pelo i. Sentenciante em caráter subsidiário, eis que, em que pese haver restado incontroverso que o com-

Acesso ao Sumário

putador fora fabricado anos antes da venda, o quanto decidido se coaduna com o sistema de distribuição do *onus probandi* adotado pelo ordenamento processual pátrio, não havendo que se cogitar a ocorrência de cerceamento de defesa, em razão da sobressalente imprestabilidade da providência ansiada.

O ordenamento instrumental brasileiro adotou, no tocante à análise das provas, a teoria do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, não se lhes atribuindo valores pré-estabelecidos e conferindo ao magistrado ampla liberdade na análise dos elementos de convicção jungidos aos autos.

Além disso, preconiza o parágrafo único do art. 370 do Código de Processo Civil competir ao juiz conduzir o processo de modo a evitar a produção de diligências desnecessárias à solução da lide. *In verbis*:

> "*Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*
> *Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

Cediço, portanto, incumbir ao magistrado deliberar sobre a necessidade da produção de determinada prova para a formação de seu convencimento, podendo, fundamentadamente, refutar a realização das que considere impertinentes.

In casu, afere-se que mobilização para a produção da prova técnica ansiada apenas alongaria inutilmente o trâmite do processo, pela completa impertinência dos elementos que potencialmente traria. Avultaria de qualquer forma inútil ao adequado deslinde do feito, pois não repercutiria na realização do juízo de subsunção da *fattispecie* à norma jurídica e, assim, na promoção do desate da demanda em seu favor, já que os substratos imprescindíveis ao desate de lide são aferíveis de forma objetiva, confeccionados *extra* audiência.

O que o autor qualifica como mau funcionamento do aparelho é, em verdade funcionamento "*esperado para um iMac de 2017, recebendo um software de 2021*", conclusão exarada na ordem de serviço copiada a fls. 60 e não controvertida pelos contendores, gravitando a lide em torno da ocorrência ou não de engodo e propaganda enganosa na venda de produto fabricado em ano anterior.

Assim, para o adequado deslinde dos questionamentos acerca da ocorrência de vulneração à regra do contraditório, apresenta-se inevitável que a análise adentre no mérito da contenda, porque com ele se baralha.

De proêmio, insta consignar versarem os autos sobre típica relação de consumo, enquadrando-se autor e rés nas condições de consumidores e fornecedoras, respectivamente, nos termos dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Encontram-se preenchidos, assim, os requisitos necessários para aplicação do regime protetivo estabelecido na legislação especial, notadamente o da

Acesso ao Sumário

responsabilidade objetiva do fornecedor, preceituada no art. 14, e o regime de solidariedade entre todos os participantes da cadeia de consumo, estabelecido nos artigos 7º, parágrafo único, e 28, § 2º, do mencionado diploma.

Tal vantagem, todavia, não assegura ao consumidor a automática procedência de quaisquer pedidos formulados.

Para que floresça o dever de indenizar é indispensável tão-somente a existência de evento danoso, isto é, de lesão decorrente de comportamento, comissivo ou omissivo, passível de ser imputado às fornecedoras. A contraparte fica dispensada da prova da culpabilidade destas, o que, contudo, não a isenta do encargo de lastrear minimamente o direito sustentado, guarnecendo os autos com elementos hábeis a conferir credibilidade ao alegado.

As alegações ventiladas na exordial, contudo, respaldam-se em parcos e frágeis elementos, insuficientes à comprovação do fato constitutivo do direito à indenização que afirma o consumidor possuir. Aduz que suportou prejuízos de ordem patrimonial e extrapatrimonial em razão de defeito no produto adquirido e de prática abusiva adotada pela fabricante e pela vendedora.

Todavia, mesmo que aferida a responsabilidade civil tão somente pela presença dos pressupostos objetivos, considero inapto tanto o alegado quanto o acervo *probandi* reunido para respaldar o reconhecimento dos direitos reivindicados, desprovida que se encontra a comprovação da verossimilhança da existência de danos decorrentes da arguida prática de propaganda enganosa. O quadro avistado, de carência de lastro da demanda, evidencia estar mesmo fadada ao julgamento de improcedência.

Não se detecta verossimilhança na exposição fática apresentada, já que demonstraram as rés a ampla veiculação de que o modelo de computador adquirido fora fabricado em 2017 (v. fls. 57), convindo sublinhar que a circunstância de o aparelho novo e lacrado ter sido comercializado em 2021 não gera a presunção de que fora produzido no mesmo ano. A isto se acrescenta a inexistência nos autos de quaisquer elementos dotados de segurança e concretude de que, mesmo assim, tenha sido o demandante ludibriado, obstando por completo o êxito das pretensões veiculadas.

De mais a mais, não há elemento guarnecido de suficiente idoneidade que ateste a ocorrência e extensão dos danos patrimoniais narrados. O reconhecimento da existência do prejuízo alegado é repelido com espeque na constatação, oriunda da documentação técnica jungida a fls. 60, de que o computador opera normalmente, tendo o sistema operacional atualizado e suportado as versões mais recentes de *software* disponibilizados pela Apple. Não há, assim, vício que torne o produto impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina.

À semelhança, identifica-se completa escassez de subsídios quanto à configuração de dano moral indenizável, sendo manifesta a ausência de

Acesso ao Sumário

comprovação da prática de ato ilícito, já que não se identifica plausibilidade na dinâmica dos fatos apresentada pelo autor, sublinhando-se uma vez mais que engodo nenhum restara atestado.

Por derradeiro, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal e em observância à disposição contida no art. 85, § 11, do estatuto instrumental, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para R$ 700,00.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002792-73.2015.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS S/A, são apelados/apelantes ANA LÚCIA RODRIGUES CASTILHO e COPART DO BRASIL ORGANIZAÇÃO DE LEILÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares e deram provimento aos recursos das rés. Recurso da autora improvido V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.890)**

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

São Paulo, 12 de janeiro de 2022.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Compra e venda de veículo em leilão extrajudicial. Ação de rescisão. Inexistência de vício oculto. Hipótese em que o objeto da lide é um veículo usado, proveniente de furto. Autora que optou por adquiri-lo sem a cautela que rege a conduta do homem médio. De rigor a improcedência da pretensão inicial. Recursos das rés providos, rejeitadas as preliminares, e recurso da autora improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 409/413, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para (i) declarar rescindido o contrato de compra e venda celebrado entre a autora e as rés; (ii) condenar as rés à devolução

do valor pago pela autora, corrigido monetariamente desde o desembolso e com a incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e (iii) determinar que a autora devolva o veículo à corré que o vendeu, após o recebimento do valor da condenação, ou antes, se assim preferir. Em razão da sucumbência parcial, condenou a autora e as rés ao pagamento, cada uma, de 50% das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor a restituir. De tal quantia, 50% compete ao patrono da autora e 50% aos das rés.

Apela a ré Azul Companhia de Seguros Gerais (fls. 447/462). Reitera que houve decadência do direito da autora, pois deixou transcorrer o prazo de 30 dias para reclamar dos vícios alegados. Sustenta que o caso narrado não versa sobre relação de consumo. Afirma que é uma empresa especializada em venda de seguros e estava atuando como alienante do bem. No mérito, aduz que a autora sempre teve conhecimento da origem do veículo que adquiriu no leilão. Observa que todos os documentos que instruem a inicial são claros ao descrever que o veículo adquirido era proveniente de um sinistro recuperável. Defende que a autora aceitou adquirir o bem no estado em que se encontrava. Anota que não foi causadora de nenhum dano. Ressalta que o chassi estava parcialmente danificado e foi necessário remarcá-lo, apenas para registrar a identificação correta. Assevera que o veículo foi adquirido em abril de 2013, mas a autora demonstrou insatisfação com o bem apenas em dezembro de 2014. Subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção da r. sentença quanto à rescisão contratual, requer que o valor a ser devolvido seja reduzido. Afirma que não recebeu o valor total do veículo. Aduz que o valor total do bem foi R$37.170,00 e a quantia de R$1.770,00 foi recebida pela corré Copart. Observa que recebeu R$35.400,00, pela compra do salvado. Assinala que é necessário descontar 30% do valor, em razão do desgaste decorrente do lapso temporal. Ressalta que o veículo deve ser devolvido livre e desembaraçado de quaisquer ônus e gravames. Assevera que o valor do desembolso deve ser corrigido monetariamente a contar do ajuizamento da demanda e juros de mora a partir da citação. Por isso, requer a reforma da sentença.

Apela a corré Copart do Brasil Organização de Leilões Ltda. (fls. 465/485). Sustenta que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. No mérito, afirma que era responsabilidade da autora vistoriar o bem antes de arrematá-lo. Anota que, antes do leilão, o leiloeiro oficial disponibilizou a todos os participantes o catálogo/edital do leilão, com descrição minuciosa. Aduz que consta do edital a previsão de que o arrematante é responsável por realizar vistoria prévia do bem. Observa que as condições do negócio são estabelecidas pela comitente vendedora, não havendo qualquer responsabilidade dos mandatários sobre ela. Defende que o vício apontado na inicial não constitui vício redibitório, pois não impossibilita totalmente a utilização do bem. Assinala que inexiste prova de que a irregularidade do chassi tenha sido produzida antes da retirada do veículo pela

Acesso ao Sumário

autora. Por isso, requer a reforma da sentença.

Apela também a autora (fls. 488/496). Insurge-se exclusivamente contra a improcedência do pedido de indenização por danos morais. Afirma que não se trata de mero aborrecimento. Sustenta que a situação lhe causou dor, tristeza, constrangimentos e problemas familiares. Anota que experimentou distúrbios de sono e nervoso. Por isso, requer a reforma parcial da r. sentença.

Recursos contrariados (fls. 500/508, 509/538, 539/546, 547/554 e 555/569).

É o relatório.

Cuida-se de ação de rescisão de contrato de venda e compra de automóvel c.c. restituição do preço e indenização por danos materiais e morais. Consta dos autos que em 24.04.2013 a autora arrematou da requerida o veículo Honda/City EX Flex, ano 2011, placas EVZ-6664, tendo pago o valor total de R$37.170,00. Na inicial afirma que foi tentar vender o veículo para terceiro, mas em vistoria cautelar realizada em 17.12.2014 tomou conhecimento de que o veículo foi reprovado por alterações no chassi, gravação nos vidros não original, dentre outros. Sob tais fundamentos, requer a rescisão do contrato de compra e venda e a devolução da quantia paga, além de indenização por danos morais e danos materiais no valor de R$1.690,00.

Rejeito as preliminares de decadência e ilegitimidade arguidas pelas corrés.

A pretensão da autora é a rescisão do contrato firmado em 24.04.2013, porém ela só teve ciência do suposto vício em 22.12.2014, com a realização de vistoria. Tendo a ação sido proposta em 16.03.2015, está claro que não houve decadência.

A ré vendeu à autora o veículo com alegado vício oculto e desconhecido da autora e, portanto, é parte legítima para figurar no polo passiva da demanda.

A empresa leiloeira também responde por eventual divergência entre o que foi anunciado e o produto que efetivamente fora entregue.

Acesso ao Sumário

No mérito, preservada a convicção do i. magistrado sentenciante, os recursos das corrés comportam provimento.

A prova coligida aos autos demonstra que, a despeito do veículo ter sido reprovado na vistoria de transferência realizada em 22.12.2014 (fl. 20), não houve adulteração no chassi, conforme os ofícios do Detran de fls. 280/288.

A propósito, o Detran informou que o referido veículo não está impedido de licenciamento e circulação (fls. 348/353).

Ademais, anote-se que o documento acostado com a inicial demonstra que a autora teve ciência de que o veículo adquirido no leilão extrajudicial era proveniente de furto (fls. 18).

Nesse cenário, pelas regras da experiência comum, era prudente que a autora analisasse com cautela a condição do automóvel antes da sua aquisição, por meio de um mecânico de sua confiança, ônus do qual não se desincumbiu. Somente então, ele seria capaz de avaliar sobre a viabilidade ou não do negócio jurídico, visto que estaria ciente dos riscos ocasionados pela aquisição de um veículo usado proveniente de furto.

Desse modo, por não ter a autora agido com diligência necessária e dela esperada, inexistindo vício oculto no veículo, incabível a almejada rescisão do contrato, tampouco as indenizações pleiteadas.

Ante o exposto, dou provimento aos apelos das corrés, para julgar improcedente a ação e nego provimento ao recurso da autora. Em razão da sucumbência, arcará a autora com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da causa, já considerada, no arbitramento, a verba honorária relativa à fase recursal, nos termos do art. 85, §1º, do CPC, observada a gratuidade da justiça.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002226-08.2012.8.26.0244, da Comarca de Iguape, em que é apelante VIA SPEZIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelada SILMARA VEIGA DE SOUZA CALESTINI MONTEMOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.647)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO.

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Obrigação de Fazer - Pretensão à outorga de escritura - Nulidade da sentença - Inexistência - Aquisição de loteamento que obriga o sucessor a respeitar os compromissos de compra e venda anteriores - Aplicação do art. 29 da

Acesso ao Sumário

Lei n. 6.766/1979 - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, alegando a autora que, em 12/04/2012, adquiriu de boa-fé de Ana Célia de Brito Lima e Herivaldo José Silva de Lima, todos os direitos decorrentes de compromisso de compra e venda do lote descrito na inicial, firmado em 18/08/1998 entre Ana Célia e Herivaldo e Jamil Adib Antonio, procurador dos proprietários, quitando o preço acordado, sendo que, atualmente a ré é proprietária do loteamento, como sucessora de José Cesar Peniche e Benedicta Martins Peniche. Esclarece que em 27/10/1996, José Cesar e Benedicta firmaram contrato particular com Jamil, comprometendo-se a vender-lhe uma gleba de terras com a expressa autorização para lotear a referida área em nome dos vendedores, dando a Jamil amplos poderes. Em 02/04/1997, José Cesar e esposa outorgaram procuração em nome de seus filhos José Eduardo Peniche, Antonio Carlos Peniche e Marcos Aurélio Peniche, conferindo-lhe poderes para ratificarem o contrato celebrado com Jamil, e ao longo da tramitação do processo administrativo de aprovação do loteamento tinham conhecimento que Jamil efetuou muitas vendas de lotes. O registro do loteamento ocorreu em 18/03/1999, mas Jamil não cumpriu com os pagamentos devidos aos vendedores da gleba. Em 11/07/2001, após a rescisão judicial do contrato firmado entre José Cesar e esposa e Jamil, os primeiros venderam toda a área loteada para a empresa ré, razão pela qual requer seja a ré condenada a outorgar-lhe a escritura de compra e venda.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, condenando a ré a outorgar a escritura de venda e compra ao autor, relativamente ao lote n. 21, quadra "O", do loteamento Jardim Primavera, nos termos do art. 498 do CPC, no prazo de trinta dias, arcando também com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa (fls. 517/524).

A requerida apelou arguindo preliminarmente a nulidade da sentença, por violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV e 93, IX, ambos da Constituição Federal, e aos arts. 1.022 e 489 do CPC, e no mérito afirmou que houve violação aos arts. 29 e 31 da Lei n. 6.766/79, uma vez que não há nos autos qualquer prova indicativa de que, antes de adquirir o loteamento, sabia da existência de uma sociedade de fato entre Jamil e a família Peniche, bem como prova de sua prévia ciência sobre a existência do documento que baliza o pedido, fruto de ato criminoso praticado por Jamil, que não se pode afirmar legal, consistente em promessa de venda de lote inexistente, porque inexistente o respectivo loteamento, que não havia sido implantado legalmente, não havendo na ocasião em que a apelante realizou o negócio com os proprietários averbação dando conta

Acesso ao Sumário

da promessa de compra e venda de qualquer lote e a ação de rescisão contratual movida pelos Peniche contra Jamil, já havia transitado em julgado, estando os primeiros na posse do imóvel, sem qualquer oposição, turbação ou esbulho, tendo a sentença desprezado a aplicação do art. 31 da Lei n. 6.766/79, uma vez não existe qualquer anuência da cessão comprovada. Em outras palavras, o que se tem é que o apelado é, na verdade, sucessor de Jamil, porque foi ele (Jamil) e não o casal Peniche quem lhe prometeu à venda o lote, e, em razão disso tinha por obrigação provar que Jamil cumpriu integralmente o contrato, não podendo a apelante ser responsabilizada por ato que não deu causa, requerendo a reforma (fls. 529/569).

Foram apresentadas contrarrazões pugnando-se pela manutenção da sentença (fls. 415/448).

É o Relatório.

É princípio constitucional que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX, CF), sendo os fundamentos, requisito essencial da sentença, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito (art. 489, inciso II, § 1º, V e VI, do CPC/2015).

Diversamente do alegado a r. sentença foi devidamente fundamentada, constando expressamente as razões de decidir, havendo a I. Magistrada prestado com perspicácia a jurisdição, não havendo a alegada nulidade, nem violação ao art. 1.022 do CPC/2015, como se demonstrará na sequência.

Não há ainda a prescrição da ação constitutiva de outorga de escritura, diante de sua natureza potestativa.

Acerca da prescrição e decadência das ações quanto à providência jurisdicional, merece destaque o consagrado trabalho do Professor Agnelo Amorim Filho, denominado "Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis" (RT 744/725), do qual se destaca das suas conclusões (fls.750):

> 1ª - *Estão sujeitas a prescrição*: todas as ações condenatórias e somente elas (arts. 177 e 178 do Código Civil);
>
> 2ª - *Estão sujeitas a decadência* (indiretamente), isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as ações *constitutivas* que têm prazo especial de exercício fixado em lei;
>
> 3ª - São perpétuas (*imprescritíveis*): a) as *ações constitutivas* que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações *declaratórias*.

Não se pode afirmar haver decaído o direito ou prescrita a ação de natureza constitutiva, em que não se exige qualquer prestação, mas se exerce direito potestativo.

Acesso ao Sumário

Como preleciona Chiovenda[1], em duas categorias se dividem os direitos: "direitos tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros (direito a uma prestação)" e "direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (direitos potestativos)".

É potestativo o direito de adjudicação do imóvel diante da não outorga da escritura definitiva. Esse poder, como aduz o jurista peninsular[2], tende "à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção".

É assente perante o Superior Tribunal de Justiça que: "tratando-se de direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de adjudicação compulsória, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo" (REsp n. 1.216.568/MG, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 29/9/2015; AgInt no AREsp 1181960/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018), bem como que: "2. O objetivo da ação de adjudicação compulsória é a constituição de um direito real, fruto de compromisso de compra e venda, com a transferência da propriedade ao promitente comprador após a quitação integral do preço. 3. O direito de obter a escritura definitiva do imóvel somente pode ser atingido pela prescrição aquisitiva decorrente de eventual ação de usucapião intentada por terceiro, não se submetendo aos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil de 1916" (REsp 1489565/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2017).

Conforme a documentação dos autos, por meio de Instrumento de Compromisso de Venda e Compra datado de 27/10/1996 (fls.30/32), José César Peniche e Benedicta Martins Peniche comprometeram à venda a Jamil Adib Antonio uma gleba de terras, outorgando-lhe em 25/02/1997 procuração para implantação e registro do loteamento Jardim Primavera (fls.33), e, em 02/04/1997, o casal outorgou procuração aos seus filhos José Eduardo Peniche, Antonio Carlos Peniche e Marcos Aurélio Peniche, conferindo-lhe poderes para ratificarem o contrato celebrado com Jamil (fls. 34/35). Jamil efetuou a venda de vários lotes antes da implementação do loteamento, com a conivência da Família Peniche, sendo que algumas vendas ocorreram na residência de Antônio Carlos Peniche e José Eduardo Peniche e Elizangela Peniche assinaram como testemunhas em contratos de venda de lotes (fls. 36, 38 e 40). Diante do não pagamento do preço estabelecido pela gleba, José César Peniche e Benedicta Martins Peniche ajui-

1 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. v. I. São Paulo: Saraiva, 1942, p.36.

2 Ibidem, p. 41.

Acesso ao Sumário

zaram Ação de Rescisão c.c. Reintegração de Posse e Perdas e Danos contra Jamil Adib Antônio, que foi revel, sendo julgada procedente em 20/12/1999 (fls. 74/78). O Loteamento "Jardim Primavera" foi inscrito na matrícula n. 80.066 anteriormente em 18/03/1999. Em 11/07/2001 José César Peniche e Benedicta Martins Peniche, por escritura pública venderam à requerida Valter Spezio Empreendimentos Imobiliários o loteamento em questão, consignando expressamente que: "A presente venda é consubstanciada pelo artigo 29 da lei 6766 de 19/12/1979" (fls.24v.).

Quanto ao caso específico, é válido como prova da venda feita aos cedentes Ana Celia e Heraldo por Jamil o documento de fls.25, sendo hábil a instruir o presente pedido, e era desnecessária a realização de perícia, pois a rasura apontada em nada causa dúvida ou confusão acerca da identificação do lote adquirido e de sua quitação, não constando ademais que Jamil fizesse vendas de lotes de outro empreendimento além do Jardim Primavera, inexistindo nulidade a ser declarada ou cerceamento de defesa.

Não obsta também a pretensão o fato do negócio ter sido feito anteriormente à regularização do empreendimento, quando não havia ainda contrato padronizado e arquivado no Cartório de Registro de Imóveis, e nem a ausência de posse direta do bem pelo compromissário comprador, aproveitando-lhe a regularização do imóvel feita pelo compromissário vendedor ou pelo Poder Público.

Ainda que denominado de "Recibo Provisório e Intransferível" o documento de fls. 25, é hábil a comprovar o negócio, não se aplicando o disposto no art. 462 do Código Civil/2002, porque foi elaborado em 18/08/1998, anteriormente à sua vigência e sem correspondência no Código Civil de 1916, e, estando quitado o preço, não poderia ser impedida a Cessão de Direitos feita para a autora de fls. 27/29, pelo preço que fosse conveniente às partes, e o promissário comprador de boa-fé não pode ser prejudicado pela não observância de formalidades, cuja não observância é de responsabilidade exclusiva do vendedor, e uma vez ciente de forma inequívoca por esta ação do trespasse, em nada aproveita ao apelante a invocação do art. 31 da Lei 6.766/1979.

A referência na venda feita à ré de que era consubstanciada pelo art. 29 da Lei n. 6.766/1979, inclusive com a exclusão de um lote, é evidência de que a compradora tinha conhecimento de negociações anteriores, e deve honrá-las, independentemente de ter agido de boa-fé ou da ausência de registro do loteamento.

Dispõe referido dispositivo que: "art. 29. Aquele que adquirir a propriedade loteada mediante ato inter vivos, ou por sucessão causa mortis, sucederá o transmitente em todos os seus direitos e obrigações, ficando obrigado a respeitar os compromissos de compra e venda ou as promessas de cessão, em todas as suas cláusulas, sendo nula qualquer disposição em contrário, ressalvado o direi-

Acesso ao Sumário

to do herdeiro ou legatário de renunciar à herança ou ao legado".

Consoante a Súmula n. 239 do STJ: "o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis" (Súmula 239, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/06/2000, DJ 30/08/2000, p. 118), e nem à posse direta do bem.

Nesse sentido foi o entendimento desta C. Câmara no julgamento da Apelação Cível n. 394.015-4/3, rel. MAIA DA CUNHA (fls.139/142).

Assim, a r. sentença deve ser confirmada por seus judiciosos fundamentos.

Inexistiu violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV e 93, IX, ambos da Constituição Federal, 462 do Código Civil, 29 e 31 da Lei n. 6.766/79 e aos arts. 489, § 1º, incisos V e VI e 1.022 do CPC/2015.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso majorando-se em R$ 3.000,00 os honorários advocatícios recursais, em conformidade com os §§ 8º e 11 do art. 85 do CPC/2015, diante do trabalho acrescido e baixo valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005519-72.2020.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que são apelantes M.F.R.S. e N.S.R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41615)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

PIVA RODRIGUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível. Alteração consensual do regime de bens - casal que contraiu matrimônio no regime da comunhão parcial de bens e pretende sua alteração para a comunhão universal de bens - procedência parcial. Inconformismo. Sentença que não incorreu em julgamento extra petita - pronunciamento

judicial que se encontra dentro dos limites do pedido. Código Civil de 2002 que prevê a mutabilidade do regime matrimonial desde que cumpridos os requisitos, quais sejam, o pedido sólido e motivado de ambos os cônjuges, autorização judicial e preservação do interesse de terceiros - requisitos preenchidos. Irresignação recursal restrita e objetivada para conferir eficácia retroativa (ex tunc) à alteração do regime de bens - não acolhimento. Jurisprudência pacífica no sentido de que a mudança do regime de bens somente produzirá efeitos após o trânsito em julgado da sentença que reconhecer a pretensão (ex nunc), preservando-se direitos de terceiros. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 104/112) interposto por N.S.R. e M.F.R. contra a respeitável sentença (fls. 95/99 - MMª. Juíza de Direito Dra. Ana Lia Beall) proferida na "*ação de alteração consensual de regime de bens no casamento de comunhão parcial para comunhão universal de bens*" (fls. 01 e seguintes) por eles ajuizada.

A mencionada sentença acolheu parcialmente os pedidos formulados, nos seguintes termos:

> "*Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais e o faço para AUTORIZAR a modificação do regime de bens do casamento dos requerentes N. S. R. e M. F. R., passando do regime da comunhão parcial de bens para o da COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, a partir do trânsito em julgado desta sentença, com efeitos ex nunc, ressalvados direitos de terceiro, devendo ser averbada no cartório de registro civil competente a nova situação.*
>
> *Em consequência, JULGO EXTINTO o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Ao trânsito, expeça-se mandado ao Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais desta Comarca de Sumaré, Estado de São Paulo, determinando a devida averbação, à margem do assento de casamento dos requerentes (fl. 12), para constar a alteração do regime de bens do referido matrimônio para o da comunhão universal de bens, bem como expeça-se mandado ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis Local para devida averbação, na forma do art. 734,* §3º, do CPC." (fls. 98/99).

Em suas razões de apelação, pugnam os autores, por primeiro, pela anu-

Acesso ao Sumário

lação da sentença, sustentando que incorreu em ofensa ao disposto no artigo 141 do Código de Processo Civil, pois proferida fora dos limites do pedido (*extra petita*). Pleiteiam, também, a reforma da sentença a fim de que à alteração do regime de bens do casamento de comunhão parcial de bens para comunhão universal de bens seja atribuída eficácia retroativa à data da celebração do matrimônio, isto é, *ex tunc*. Argumentam que, uma vez que a vontade dos apelantes é convergente, não há razão para que o Judiciário decida de forma distinta, uma vez que todos os pré-requisitos foram alcançados, inclusive a segurança de terceiros face a decisão das partes. Invocam, ainda, a autonomia da vontade, citando o artigo 734 do Código de Processo Civil.

Determinado o processamento do presente recurso de apelação (fls. 115), os autos foram remetidos a esta Segunda Instância (fls. 122) e distribuídos a esta Nona Câmara de Direito Privado, mais especificamente a este Relator, em 26 de outubro de 2021 (fls. 124).

O Representante da Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de apresentar parecer "*por não vislumbrar, por ora, qualquer hipótese que justifique a atuação fiscalizatória protetiva deste órgão ministerial*" (fls. 133/134).

Em 17 de novembro de 2021, os autos foram conclusos para julgamento (fls. 138).

É o relatório do necessário.

Por primeiro, sem qualquer fundamento a alegação dos ora apelantes de que *extra petita* a sentença proferida em Primeiro Grau.

Isso porque, os apelantes formularam pedido de alteração do regime de bens do casamento de comunhão parcial de bens para comunhão universal de bens com eficácia retroativa à data da celebração do matrimônio, tendo sido deferida pela sentença a pretendida alteração, mas com efeitos apenas após o trânsito em julgado.

Como se vê, a alteração deferida pela sentença, com efeito *ex nunc*, não acarreta qualquer ofensa ao princípio da adstrição, posto que inserida dentro dos limites do pedido, mais abrangente. Não configura, por conseguinte, julgamento fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do pedido formulado na inicial (artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil).

Acesso ao Sumário

No tocante ao mérito, os argumentos apresentados pelos apelantes não são suficientes para infirmar os fundamentos da respeitável sentença.

Com efeito.

Sob a égide do Código Civil de 1916, vigorava o princípio da imutabilidade do regime de bens escolhido pelos cônjuges, como se extrai do seu artigo 230, segundo o qual "*O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável*". Com o advento do Código Civil de 2002, a regra foi alterada para permitir aos cônjuges a alteração do regime de bens

original, desde que observados os requisitos trazidos no artigo 1.639, § 2º, segundo o qual "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros". Tal regra foi igualmente prevista no *caput* do artigo 734 do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual "*A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros*".

No caso, observados todos os requisitos legais exigidos à pretensão de alteração do regime de bens, a MMª. Juíza de Primeiro Grau andou bem ao deferir a alteração pretendida, subsistindo apenas divergência no que diz respeito à eficácia do provimento jurisdicional.

O Juízo *a quo* determinou que a mudança do regime de bens, para a comunhão universal, seria eficaz a partir do trânsito em julgado da sentença que a determinar, projetando efeitos futuros, ressalvando direitos de terceiros com fatos geradores anteriores à tal modificação judicial. Apoiou-se em jurisprudência majoritária que reconhece a eficácia *ex nunc* desse tipo de provimento jurisdicional, a fim de preservar as situações já consolidadas e interesses de terceiros.

Por sua vez, os ora apelantes objetivam seja concedido o efeito retroativo à alteração de regime de bens, pretensão recursal que não pode ser acolhida.

A jurisprudência majoritária, de fato, converge para reconhecer que a alteração do regime de bens no matrimônio deve ter eficácia prospectiva*, ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão/sentença que a determina.

A autonomia da vontade e liberdade absoluta alegada pelos consortes, inclusive para que a eficácia retroativa da alteração de regime de bens ficasse restrita exclusivamente aos próprios consortes, não são prevalentes em relação a outra garantia, de palmar constitucional, da necessidade de se preservar os efeitos dos atos jurídicos já consumados (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), no que diz respeito à aquisição do patrimônio que ocorreu durante a vigência do regime de bens de comunhão parcial, dando-se plena efetividade à segurança jurídica e a estabilização dos atos praticados.

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "*APELAÇÃO. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. Modificação do regime de comunhão parcial para o de separação total de bens. Varão que exerce atividade de empresário individual. Incertezas e preocupações para a virago, vez que tais riscos possam eventualmente prejudicar seu emprego. Pedido motivado de ambos os cônjuges, autori-*

zação judicial e preservação do interesse de terceiros. Cabimento. Motivos hábeis ao reconhecimento do pedido. Eficácia 'ex nunc' da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Resguardados, portanto, eventuais interesses de terceiros. Interpretação do art. 1639, § 2º, do CC/2002. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO para modificar o regime do casamento para o da separação total de bens, com efeitos 'ex nunc'." (Apelação Cível nº 1004293-16.2019.8.26.0168, Relator Desembargador Jair de Souza, Décima Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 06/05/2021).

"*CASAMENTO. Ação de alteração de regime de bens. Sentença de improcedência. Insurgência dos autores. Possibilidade de alteração nos termos do art. 1.639, §2º do CC. Certidões negativas encartadas aos autos que atestam a inexistência de pendência em nome dos cônjuges. Requisitos legais preenchidos. Alteração que tem efeitos ex nunc. Sentença reformada. Recurso provido.*" (Apelação Cível nº 1004393-88.2020.8.26.0344, Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil, Sétima Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 29/03/2021).

"*AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS - Sentença de improcedência - Insurgência dos autores que pretendem a alteração do regime da comunhão universal de bens para a comunhão parcial, tendo em vista o impedimento do artigo 977, CC, de constituir sociedade empresaria - Possibilidade nos termos do artigo 1.639, §2º, CC - Efeitos 'ex nunc' - Ressalvados direitos de terceiros - Sentença reformada - Ação julgada procedente - RECURSO PROVIDO.*" (Apelação Cível nº 1049502-34.2019.8.26.0224, Relator Desembargador Benedito Antonio Okuno, Oitava Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 18/03/2021).

"*Ação de Alteração Consensual de Regime de Bens. Sentença de extinção sem análise do mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC, que é afastada. Determinação cumprida pelas partes. Julgamento de mérito admissível, nos termos do artigo 1.013, § 3º, I, do CPC. Pretendida alteração para o regime da separação total de bens. Possibilidade. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916. Modificação que produz efeitos 'ex nunc', com expressa ressalva a direitos de terceiros anteriormente constituídos. Precedentes jurisprudenciais. Sentença reformada. Recurso provido.*" (Apelação Cível nº 1000099-52.2020.8.26.0001, Relator Desembargador João Pazine Neto, Terceira Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 10/03/2021).

"*APELAÇÃO - Ação de Alteração de Regime de Bens - Propositura pelos cônjuges, com pretensão da alteração do regime da separação total para comunhão universal de bens - Sentença de procedência - Inconformismo*

Acesso ao Sumário

dos autores, pugnando pela retroatividade dos efeitos da modificação do regime de bens desde a celebração do matrimônio - Descabimento - Caso em que os efeitos da alteração do regime de bens de casamento têm efeito ex nunc, na medida em que é necessário preservar as situações já consolidadas e interesses de terceiros, em negócios que envolvam qualquer um dos cônjuges antes da alteração em epígrafe - Recurso desprovido." (Apelação Cível nº 1004482-39.2019.8.26.0347, Relator Desembargador José Aparício Coelho Prado Neto, Nona Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 19/01/2021).

"*Alteração de regime de bens. Casamento. Sentença de parcial procedência. Irresignação dos interessados. Requisitos legais preenchidos. Possibilidade de realização da partilha dos bens adquiridos sob o regime anterior. Precedentes. Mudança, todavia, dotada de efeitos ex nunc e que não tem o condão de prejudicar terceiros. Recurso provido em parte.*" (Apelação Cível nº 1063923-50.2018.8.26.0002, Relator Desembargador Jose Eduardo Marcondes Machado, Primeira Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 30/10/2020).

"*ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS - Pedido de conversão do regime de comunhão parcial para o da comunhão universal, com efeito retroativo ao início da união estável que antecedeu o casamento - Deferimento da alteração, com vigência a partir do trânsito em julgado da sentença - Insurgência dos requerentes - Não acolhimento - Efeitos ex nunc - Precedentes - Sentença mantida, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido.*" (Apelação Cível nº 1015230-22.2019.8.26.0577, Relator Desembargador Álvaro Passos, Segunda Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 14/08/2020).

"*Casamento - Pedido de alteração de regime de bens da comunhão universal para o da separação total de bens - Celebração sob a égide do CC de 1916 - Sentença que indeferiu o pedido diante da ausência de requisitos autorizadores e pelo fato de o varão já ostentar débitos contra si, cobrados judicialmente, visando ter seu patrimônio blindado contra terceiros - Autores que buscam não sofrer com eventuais excessos de execução em eventuais ações futuras em novo empreendimento que o varão deseja constituir - Possibilidade da alteração do regime de bens, com efeitos 'ex nunc', ressalvados os direitos de terceiros, nos exatos termos do §2º do art. 1.639 do Código Civil - Recurso provido, com observação.*" (Apelação Cível nº 1001909-32.2016.8.26.0315, Relator Desembargador Fábio Quadros, Quarta Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 09/06/2020).

"*RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE CASAMENTO - Alteração do regime de bens - Improcedência do pedido - Inconformismo - Acolhimento - Re-*

Acesso ao Sumário

querentes que se divorciaram após 32 anos de casamento e casaram-se novamente após 2 anos do divórcio - Segundo casamento regido pela separação de bens em razão da ausência de partilha - Desnecessidade de partilha porque o casamento ocorreu entre os mesmos requerentes - Certidões apresentadas que demonstram a ausência de ações judiciais ou protestos em face dos requerentes - Efeitos ex nunc do regime da comunhão parcial - Preservação dos direitos de terceiros - Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil - Sentença reformada para acolher o pedido - Recurso provido." (Apelação Cível nº 1021226-90.2019.8.26.0224, Relator Desembargador J.L. Mônaco da Silva, Quinta Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 11/05/2020).

Assim, devendo ser privilegiada a segurança jurídica e a estabilização dos fatos que ocorreram de modo precedente ao pleito de alteração de regime de bens, confirma-se que a mudança do regime de bens somente produzirá efeitos após o trânsito em julgado da sentença.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, entendendo- se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001668-76.2020.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARLETE BARBOSA MEDEIROS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.175)**

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

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

LUIZ EURICO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - VENDA DE PRODUTOS ONLINE VIA MERCADO LIVRE - BLOQUEIO DE ANÚNCIO DE PRODUTO NO SITE DE VENDAS - CONDUTA NÃO ABUSIVA E QUE NÃO EXTRAPOLA A RAZOABILIDADE - DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS - APELAÇÃO NÃO PROVIDA

VOTO

Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais decorrente de contrato de compra e venda, parcialmente acolhida pela r. sentença de fls. 234/237, cujo relatório fica aqui incorporado, para obrigar a ré a reativar o anúncio em nome da autora na plataforma digital da ré, com regularização do perfil de vendedora, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária, afastando, porém, a postulação quanto aos danos morais.

Inconformada com parte da solução de primeiro grau, apela a esta Corte a autora (fls. 255/261).

Alega, em suma, que faz jus à indenização pretendida, pois o bloqueio do anúncio de produto comercializado pela autora via comércio *online* no sítio eletrônico *Mercado Livre*, ensejou os danos morais passíveis de indenização na presente demanda. Pleiteia, assim, a reforma do julgado.

Recurso regularmente processado, com resposta (fls. 279/291).

É o relatório.

Narra a exordial que, atuando a autora como vendedora de produtos em sítio eletrônico, teve um bloqueio no seu perfil de vendas em razão de denúncia de terceiro quanto à procedência de produto comercializado.

Afirma, assim, que o bloqueio prejudica sua atividade comercial, causando impacto negativo na sua avaliação como vendedora na plataforma, razão pela qual deve ser acolhida a pretensão reparatória no âmbito moral.

A par dos dissabores experimentados pela autora, entendo que os aborrecimentos cotidianos, como opiniões de consumidores sobre o produto comercializado, não podem ensejar o acolhimento da pretensão indenizatória no âmbito moral.

Não se discute que atualmente o dano moral deva ser indenizado, porém, a ocorrência dos fatos narrados nos autos não oferecem suficiente fôlego para que se detecte "situação constrangedora extraordinária", hábil a expor seriamente a imagem da empresa Autora.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, destacou o juízo sentenciante: "*A autora teve um anúncio de produto bloqueado por suposta violação à propriedade intelectual, não comprovada. Não há prova de que terceiros tenham tido conhecimento das razões desse bloqueio. Para um comerciante, o impedimento eventual de negociação de um único produto constitui aborrecimento que, todavia, não chega a violar a sua condição psíquica a ponto de justificar o pleito indenizatório.*"

Não bastasse, o bloqueio do anúncio de um produto do vendedor não extrapola o limite da razoabilidade, bem como, por si só, não afeta a honra da sociedade autora detentora de personalidade jurídica.

Não praticou a ré qualquer ato ilícito ou abusivo passível de reparação, além do que a Apelante não fez prova de que a parcial restrição à sua atuação na qualidade de vendedora abalou sua reputação no mercado em que atua.

Nesse cenário, a tese sustentada pela recorrente não encontra agasalho nos elementos de convicção produzidos nos autos ante à evidência da situação analisada.

Portanto, é inegável a ausência de substrato do reclamo recursal, prevalecendo integralmente a motivação adotada pelo juízo, fundada em todos os elementos de prova coligidos no bojo dos autos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, majorando os honorários sucumbenciais devidos pela recorrente (fixados pelo juízo sentenciante em 10% do valor da causa) para 12% do valor da causa, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, com observância da suspensão em razão da gratuidade (artigo 98, parágrafo 3º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1041687-96.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANA CRISTINA OLIVEIRA, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PALMA DE MALLORCA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.970)**

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

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

GILSON DELGADO MIRANDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA. Multa. Perturbação do sossego causada por frequentes latidos de cães. Uso anormal da propriedade não demonstrado. Cominação, ademais, sem prévia previsão nas normas condominiais. Multa afastada. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto para impugnar a r. sentença de fls. 119/121, cujo relatório adoto, proferida pela juíza da 32ª Vara Cível do Foro Central da Capital, Dra. Gabriela Fragoso Calasso Costa, que julgou improcedente a demanda e condenou a autora ao pagamento das custas processuais, despesas processuais, bem como honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em R$1.500,00.

Segundo a apelante, autora, a sentença merece ser reformada, em síntese, porque, ao contrário do que entendeu o juízo de primeiro grau, "**não há prova de que 'muitos moradores' do prédio**" reclamam dos latidos de seu cachorro. Defende que "**dos documentos juntados pelo Réu se denota que praticamente todas as queixas contra o suposto excesso de latidos dos referidos animais foram registradas pelos moradores da unidade 61, exceção de apenas uma dessas reclamações que fora registrada pela moradora da unidade 63 em uma oportunidade, não havendo nenhum outro registro de outros moradores neste sentido**". Assevera, ainda, que a penalidade aplicada não tem amparo na convenção e no regimento interno do condomínio. Pugna pela procedência da demanda.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 133/134) e respondido (fls. 137/150).

Distribuídos os autos digitais na forma da Resolução n. 772/2017 do OE-TJSP, **não** houve oposição ao julgamento virtual.

Esse é o relatório.

O recurso merece **provimento**.

Como é cediço, o artigo 1.277 do CC é expresso: "**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**" [grifei].

Nesse particular, "**cabe ao proprietário utilizar a coisa sua segundo o que lhe convenha, e conforme o seu agrado. Mas a harmonia social não se compadece com a ideia de vir o proprietário a agir de tal modo que o exercício de seu direito se converta em sacrifício ou moléstia ao seu vizinho**" (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 21ª edição, Rio de Janeiro,

Acesso ao Sumário

Forense, vol. IV, p. 181/182).

Nesse sentido, é dever do condômino usufruir de sua propriedade de acordo com sua destinação, assim como de acordo com as disposições convencionais, regimentais e legais que regem o condomínio.

No caso dos autos, segundo consta, a autora possui dois cachorros de porte pequeno, o que fez com que seus vizinhos lhe denunciassem devido aos latidos dos animais. Não se desconhece, ainda, que os latidos, a depender do caso concreto, podem gerar incômodo e perturbação excessiva do sossego dos demais moradores.

Nesse vértice, verifico que, infensa a qualquer inquietação, o excesso não restou devidamente comprovado. Com efeito, das oito reclamações anexadas aos autos (fls. 44/53), fácil verificar que sete delas foram feitas pelos mesmos condôminos, Daniela e Alexandre, ao passo que a reclamação feita pelo morador do apartamento 63 não foi direcionada exclusivamente à apelante, mas também ao condômino do apartamento 81. Nesse sentido, inviável se afirmar que os animais da apelante perturbam o sossego e causam grande e reiterado incômodo aos demais moradores do edifício, até porque os condôminos que residem no mesmo andar da apelante nunca se queixaram de tais fatos.

Logo, infensa a qualquer inquietação, não restou demonstrado o uso anormal da propriedade.

Ademais, não há na convenção condominial (fls. 28/40) nem mesmo no "manual de boa convivência" (fls. 41/43), a previsão de aplicação de multa em decorrência de barulhos ou ruídos provenientes de animais de estimação, senão aqueles praticados após às 22 horas, o que claramente não é o caso dos autos.

De mais a mais, não obstante artigo 6º, letra "l", da Convenção Condominial, estabeleça ser dever do condômino "**não manter animais nas unidades autônomas, qualquer que seja a espécie**" (fls. 33), sob pena de "**multas correspondentes ao valor de meio até um salário mínimo local, aplicada em dobro no caso de reincidência, sem prejuízo das demais consequências civis e criminais do seu ato**" (art. 29 - fls. 38), fato é que tal medida mostra-se desarrazoada.

Acesso ao Sumário

Nessa senda, já decidiu o STJ: "**se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio**" (REsp. n. 1783076/DF, 3ª Turma, j. 14-05-2019, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva).

Destarte, sob qualquer ângulo que se examine a questão, não há justificativa para a manutenção da multa aplicada à autora pelo condomínio réu.

À vista dessas considerações, afasto a multa condominial imposta à ape-

lante. Diante da sucumbência agora caracterizada, condeno a ré ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em **R$ 1.000,00**, na forma do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, valor que remunera adequadamente o advogado considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para tanto.

Posto isso, dou **provimento** ao recurso, nos moldes indicados alhures.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027661-15.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante LUIZ FERNANDO DE ABREU SODRÉ SANTORO, é apelado ANDREA CRISTIANE BELUTTE.

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 27.535)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente) e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 12 de janeiro de 2022.

LIDIA CONCEIÇÃO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. Locação de empilhadeira. Reparação de danos materiais. Mau uso da coisa durante a vigência do contrato. Prova coligida no sentido de que o locatário não restituiu a coisa à locadora, finda a locação, no estado em que a recebeu. Gastos com os reparos do equipamento locado que demandam a correspondente indenização. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença às fls. 186/193, aclarada às fls. 200/201, que julgou procedente a ação declaratória de inexistência de débito e inexigibilidade de duplicata ajuizada por Luiz Fernando de Abreu Sodré Santoro em face de Andrea Cristiane Belutte, bem como jul-

Acesso ao Sumário

gou procedente a ação de reparação de danos materiais em apenso proposta por Andrea Cristiane para condenar Luiz Fernando ao pagamento de R$ 8.563,00 à autora, atualizados desde o desembolso e acrescidos de juros de mora a partir da data da citação. Em razão da sucumbência na ação declaratória, Andrea fora condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da causa. No que tange à demanda indenizatória, Luiz Fernando fora condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformado, apela Luiz Fernando (fls. 204/209) e sustenta, em síntese, que não houve mau uso do equipamento locado, devolvido à locadora apenas com as deteriorações naturais ao uso regular. Nesse aspecto, destaca que as danificações advieram da falta de manutenção preventiva na empilhadeira - obrigação que competia à locadora na forma do artigo 566, inciso I, do Código Civil.

Recurso tempestivo (fls. 203) e preparado (fls. 210/211).

Contrarrazões apresentadas às fls. 215/217.

É o relatório.

Luiz Fernando (locatário) celebrou com Andrea (locadora) o "*contrato de locação de equipamento*" (empilhadeira), pelo prazo de 12 meses, com início em 21 de setembro de 2015 (fls. 53/54).

Como é cediço, o contrato de locação de coisas é regido pelos artigos 565 a 578 do Código Civil.

Ao cabo da instrução processual, concluiu o MM. Juízo "a quo" que a empilhadeira locada fora entregue ao apelante em perfeitas condições de uso a que se destina, "*tanto que foi utilizada por um ano sem qualquer reclamação por parte do réu*" (fls. 190).

Estes pontos não foram impugnados especificamente pelo locatário, o que denota que a locadora cumpriu com sua parte na avença (cláusula 1.2 - fls. 53[1]) e, como tal, com a obrigação legal que lhe é imposta.

Afinal, a locadora é obrigada a entregar a coisa alugada ao locatário "*com suas pertenças, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário*" (artigo 566, inciso I - g.n.).

Feitas essas considerações e partindo dessas premissas, resta saber se a conduta do locatário durante a vigência do contrato se coadunou aos termos avençados.

Também por lei, "*o locatário é obrigado a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse*", bem

1 Entregar ao locatário o equipamento (empilhadeira) "em perfeito estado de conservação, limpeza e funcionamento".

Acesso ao Sumário

como "*a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular*" (artigo 569, *caput*, incisos I e IV, do Código Civil).

Andrea afirma que o locatário lhe devolveu o equipamento em condições imprestáveis ao uso a que se destina (danos na ordem de R$ 8.563,00, que corresponde ao valor gasto pela manutenção corretiva).

Por sua vez, o locatário-apelante alega que a empilhadeira foi devolvida apenas com deteriorações naturais ao uso regular - danificação advinda por falta de manutenção preventiva a cargo da locadora.

Instaurada a controvérsia, foi deferida a realização da prova pericial, cujo laudo está às fls. 180/194, do apenso.

Apresentado o laudo, o Sr. *Expert* considerou que "*o motor sofreu superaquecimento, danificando selos do bloco, tubos e conexões de circulação de fluido de resfriamento, causando inclusive alguns furos em peças, o que teria causado vazamento do fluido e agravado ou iniciado o processo de superaquecimento, devido aos prejuízos causados ao sistema de arrefecimento pela diminuição/esgotamento do fluido. Durante a inspeção das peças também foi encontrado desgaste no cilindro do motor (camisa), leves ranhuras nos pistões, bomba de óleo, o que ocorre quando o veículo sofre grande aumento de temperatura que também influencia diretamente no seu funcionamento. No caso, se o motor em questão tivesse passado por sua manutenção preventiva, a empresa responsável pelo serviço teria informado ao cliente qualquer tipo de problema encontrado no motor e o serviço específico para a correção e/ou prevenção desse problema e assim prolongando a vida útil do mesmo. Depreende-se da análise que houve mau uso, por falha na manutenção, originando os defeitos verificados no motor*" (fls. 193, do apenso - *sic*).

Em resposta aos quesitos formulados pelas partes e pelo MM. Juízo, o Sr. Perito apontou que (i) a substituição das peças era inevitável, já que inservíveis ao uso a que se destinava; (ii) falta de manutenção adequada, ou descaso quanto ao plano de manutenção, podem ser incluídos como mau uso. "*Podem ter sido originados em locações anteriores, mas foram agravados no período de locação do Requerido*"; (iii) "*os desgastes observados nas peças analisadas não podem ser atribuídos ao trabalho normal das peças*"; (iv) "*os serviços descritos nas NF condizem com serviços que resultariam em substituição das peças analisadas*" (idem).

Com efeito, a prova coligida revela que o locatário-apelante não tratou do equipamento locado com o mesmo cuidado como se seu fosse. E, ao se servir da coisa alugada para além ou de modo discrepante dos usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, o restituiu à locadora em condições imprestáveis, inservíveis ao seu uso regular, ao contrário daquelas

Acesso ao Sumário

constatadas no momento da entrega da empilhadeira ao locatário - equipamento em perfeito estado de conservação, limpeza e funcionamento.

Nesse contexto, de pouco relevo ao deslinde **deste** feito a aventada falta de manutenção preventiva do equipamento.

Isso porque, conforme bem decidido em Primeiro Grau, "*bem verdade, o Perito, em resposta ao quesito 5.6 formulando pelo requerido, informa que os danos no equipamento da autora 'Podem ter sido originados em locações anteriores, mas foram agravados no período de locação do Requerido' (fl. 191). No entanto,* ***como visto, a conduta da autora seguiu o que foi ajustado entre as partes, entregando o bem ao réu em perfeito estado de conservação, limpeza e funcionamento (clausula 1, item 1.2 -fl.14), não apresentando o requerido qualquer insurgência em relação ao bem locado no momento da celebração do contrato****. Assim, conforme os documentos juntados aos autos e o laudo pericial produzido, os danos materiais sofridos pela autora foram devidamente comprovados*" (fls. 191/192, g.n.).

Acrescenta-se apenas que o apelante, durante toda a vigência do contrato, também não reclamou à locadora a ocorrência de quaisquer defeitos ou eventual imprestabilidade da empilhadeira ao seu uso normal, regular.

Por essas razões, portanto, sem que o locatário-apelante lograsse comprovar os fatos desconstitutivos do direito afirmado pela locadora-apelada, ônus do qual não se desincumbiu (artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil), de rigor a manutenção da r. sentença de Primeiro Grau, por seus bem lançados fundamentos, que condenou o apelante ao pagamento à apelada do valor de R$ 8.563,00 a título de reparação patrimonial, corrigido e acrescido de juros de mora na forma estabelecida pelo MM. Juízo "a quo".

Por fim, "*de acordo com a jurisprudência da Corte Especial do STJ, '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 no AREsp 1111767/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020)*"[2].

Nesse diapasão, como consectário do desprovimento do recurso interposto pelo locatário, sucumbente apenas na demanda reparatória, e considerando o grau de zelo, a complexidade, o tempo dispensado na demanda e o trabalho adicional desenvolvido em sede recursal e em atenção aos critérios de razoabi-

2 STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1879557/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2021, DJe 04/03/2021.

Acesso ao Sumário

lidade e proporcionalidade, de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais devidos pela apelante em favor do(s) I. Patrono(s) da ré-apelada, de 15% para 17% do valor atualizado da condenação, na forma do artigo 85, §§s 11 e 14, do Código de Processo Civil.

Já em relação à ação declaratória, inaplicável ao caso a regra insculpida pelo artigo 85, § 11, do Estatuto Processual, na medida em que não houve prévia fixação de honorários sucumbenciais em desfavor do locatário, ora apelante, vencedor naquela lide, mas, sim, em favor dele (*STJ-2ª Seção, ED no REsp 1.625.812-EDcl-AgInt-EDcl, Min. Ricardo Cueva, j. 30.06.2020, DJ 04.08.2020; STJ, AgInt no AREsp 1.561.715/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/4/2020, DJe 24/4/2020*).

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001663-02.2021.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., é apelada MARIA AMÉLIA GOMIERI SARTORI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.550)**

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA, RELATIVA A BENEFICIÁRIO IDOSO. ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO, NO SENTIDO DE QUE O REAJUSTE DE PREÇO EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO

Acesso ao Sumário

DE FAIXA ETÁRIA NÃO CONFIGURA, POR SI SÓ, PREVISÃO ILEGAL, AINDA QUE ATINJA O BENEFICIÁRIO IDOSO (REsp Nº 1.568.244/RJ). NULIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE SE VERIFICA, MAS POR RAZÃO DISTINTA. CLÁUSULA DE REAJUSTE OBSCURA. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL COM BASE EM US (UNIDADE DE SERVIÇO). INDETERMINAÇÃO. DÚVIDA QUE DEVE SER INTERPRETADA A FAVOR DO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 46 **E 47 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NULIDADE RECONHECIDA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE, CONTUDO, QUE SE LIMITAM AOS VALORES PAGOS APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PRESUNÇÃO DE CONCORDÂNCIA DO AUTOR COM OS VALORES ANTERIORES. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

VOTO

1. Trata-se de recurso, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com obrigação de fazer e restituição de quantias proposta por Maria Amélia Gomieri Sartori contra Sul América Companhia de Seguro Saúde.

A tutela de urgência foi concedida a fls. 52/54.

O juízo considerou, com base na prova pericial produzida, que não há justificativa atuarial para os reajustes aplicados. Entendeu que é o caso de se afastar o reajuste aplicado, porquanto abusivo, mas sem declarar a nulidade da cláusula, já que, consoante entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, inexiste vício quanto à validade formal da cláusula. Assim, o magistrado declarou a ilegalidade do reajuste e condenou a ré à restituição das quantias indevidamente cobradas do autor, observada a prescrição trienal (fls. 378/384).

Inconformada, apela a requerida (fls. 391/400). Alega que todos os reajustes aplicados encontram previsão legal e não violam a boa-fé objetiva. Diz que não há ilegalidade na repactuação do preço em decorrência de mudança de faixa etária. Sustenta que os percentuais de reajuste foram previstos no contrato (cláusula 15). Assevera que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os planos contratados anteriormente à Lei nº 9.656/98, os reajustes devem observar o quanto estabelecido em cada contrato. Aduz que é possível a elevação do preço

Acesso ao Sumário

mesmo depois dos 60 anos. Menciona jurisprudência a seu favor. Conclui pela reforma.

Processado o recurso (fl. 403), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 406/427).

É o relatório.

2. Cuida-se de ação declaratória de nulidade cumulada com pedido de devolução de valores ajuizada por segurado de plano de saúde em virtude de suposto reajuste abusivo no valor dos prêmios mensais. Julgada procedente a demanda, sobreveio o apelo da recorrida, o qual, com efeito, merece parcial acolhida.

Em primeiro lugar, quanto à aplicabilidade das disposições da Lei n.º 10.741/03 ao contrato em questão - anterior à vigência do Estatuto do Idoso -, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "*o interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo*" (STJ - REsp 989380/RN - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. 06.11.2008).

É certo, como venho sustentando, que a matéria relativa às discussões acerca dos limites e responsabilidades dos planos de assistência médica e de seguro saúde, tem sofrido, ao longo de sua interpretação, alguma divergência doutrinária, e significativa jurisprudencial - como apontam, ilustrativamente, os julgados colacionados a guisa de exemplo pelos litigantes.

De toda sorte é preciso que se prestigie, na medida do possível, a autonomia da manifestação de vontade das partes no contrato, pena de, com base no Código de Defesa do Consumidor, criar-se um verdadeiro direito não escrito e não pactuado, ao sabor das interpretações subjetivas das partes e do próprio Poder Judiciário. Não se pode deixar de reconhecer que os planos de saúde são atividades econômicas exercidas por empresas, e que buscam, como resultado dessa atividade, um lucro.

Entretanto, pela relevância prática da atividade exercida pelos administradores dos convênios médicos e por seu impacto direto em determinadas esferas de interesses reputados como indisponíveis, pouco a pouco se criou um subsistema específico de garantias legais a limitar a autonomia da vontade das partes na fixação das condições gerais da relação jurídica contratual, numa tendência que culmina na existência de vedações legais expressas a determinados comportamentos contratuais.

Nessa perspectiva, conquanto a possibilidade de se proceder ao reajuste do prêmio por mudança de faixa etária seja efetivamente prevista no artigo 15 da Lei nº 9.656/98, com o advento da Lei nº 10.741/03, tal modalidade de atualização de valores tornou-se inaplicável em relação à pessoa idosa - como é a

Acesso ao Sumário

hipótese dos autos -, por força do § 3.º do artigo 15 do já mencionado Estatuto do Idoso que dispõe expressamente que "é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

No caso, portanto, em que se tratar de contrato de plano de saúde usufruído por pessoa com mais de sessenta anos de idade, com aplicação de reajuste a partir o atingimento da idade de 66 anos (cláusula 15, fl. 48), a incidência do dispositivo que previa o acréscimo no valor do prêmio por simples alteração de idade do beneficiário, a partir da referida idade, se revelaria mesmo ilegal, de forma que a inaplicabilidade dos reajustes por faixa etária seria de rigor.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do REsp nº 1.568.244/RJ, de caráter repetitivo, fixou entendimento de que o reajuste do preço em caso de alteração de faixa etária não configura, por si só, previsão ilegal, ainda que alcance o segurado idoso. Confira:

> ***RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.***
>
> ***1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).***
>
> ***2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.***
>
> ***3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.***
>
> ***4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais ten-***

Acesso ao Sumário

ra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de

Acesso ao Sumário

10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de "cláusula de barreira" com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira.

Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido. (REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

Acesso ao Sumário

Assim, a previsão de reajuste do prêmio em função de modificação de faixa etária não é, por si só, ilegal.

No entanto, no caso em apreço, a ilegalidade do reajuste se revela no tocante à contrariedade ao parâmetro fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, no precedente sobredito, quanto à ausência de clareza na disposição contratual que trata da variação da contraprestação pecuniária a ser adimplida pelo segurado.

Deveras, o que leva à conclusão pela ilegalidade do reajuste é a circunstância de não ser o contrato claro em relação aos valores da variação. Em suma, a cláusula 15 do contrato (fls. 48), que prevê o reajuste de prêmios por faixa etária com base em US (Unidades de Serviço), deixa dúvida sobre qual o critério adotado para a precisa determinação dos valores.

A circunstância de os valores das referidas US (Unidades de Serviço) poderem ser obtidos pelos segurados junto à Agência Nacional de Saúde não elide o laconismo e a imprecisão da disposição contratual que não aponta de forma clara, inteligível e direta, repita-se, o valor dos reajustes a serem aplicados. Então, e porque presente essa omissão (*não houve demonstração precisa do critério adotado para fixação do índice de reajuste*), é que decorre a proibição do reajuste nos moldes cobrados pela requerida.

Lembre-se que isso incumbia à ré, o que, nem de longe, conseguiu fazer, como lhe competia, na forma do artigo 373, II, do Código de Processo Civil. Logo, o recebimento do prêmio pela seguradora sem o reajuste se determina não porque ilegal a previsão de atualização, mas porque não era clara suficientemente a cláusula que a previa, de modo a afastar a dúvida, devendo ser interpretada em favor do consumidor, nos exatos termos dos artigos 46 e 47, da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Diferentemente não vem decidindo a jurisprudência:

"***Seguro Saúde - Reajuste em razão de mudança de faixa etária - Cláusula com redação de difícil compreensão quanto ao alcance e calcada em US (unidade de serviço) - Abusividade reconhecida (...) Recurso improvido.***" (TJSP - Ap. Cível nº. 266.734.4/5-00 - São Paulo - Sétima Câmara "A" de Direito Privado - Rel. Carlos Roberto de Souza - j. 28.09.2005).

"***Plano de saúde. Acréscimo de 170% decorrente de mudança da faixa etária. Cobrança considerada abusiva. Percentual do reajuste não estabelecido claramente em contrato. Tratando-se de plano de saúde, o acréscimo de 170% decorrente de mudança de faixa etária é considerado abusivo, uma vez que o percentual exigido não estava estabelecido claramente no contrato***" (TJSP - Ap. Cível nº. 363.345-4/7 - São Paulo - Quarta Câmara de Direito Privado - Rel. Carlos Stroppa - j. 11.11.2004).

"***Seguro saúde - Tutela concedida - Majoração das parcelas - Cálculo***

da unidade de serviço não esclarecido - Violação expressa dos índices oficiais - Decisão mantida - Recurso não provido." (TJSP - Ag. de Instr. nº. 565.418-4/3-00 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Rel. Joaquim Garcia - j. 17.09.2008).

Assim, não prospera o recurso no tocante à previsão contratual pertinente ao reajuste de preço em função da modificação da faixa etária (a partir dos 66 anos de idade).

No que se relaciona ao marco inicial de restituição dos valores pagos a maior pelo segurado, o recurso comporta provimento.

Isto porque os efeitos da declaração de ilegalidade e a devolução dos valores indevidos apenas se operam a partir do ajuizamento da ação, uma vez que em relação aos valores cobrados anteriormente, é de se presumir que com eles o segurado concordou, em observância ao princípio da boa-fé. Daí ser mesmo descabida a pretensão para repetição dos valores pagos em momento anterior ao ajuizamento da ação.

Destarte, em resumo, mantida a declaração de nulidade dos reajustes efetuados em razão da idade, é caso de se dar parcial provimento ao recurso da ré, tão somente, para limitar eventual reembolso aos valores porventura pagos a maior após o ajuizamento da demanda.

Com o resultado do recurso, revela-se descabido se cogitar de majoração da verba honorária sucumbencial.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1037370-58.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SIDNEI AUGUSTO MESSIAS BORGES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CLARO S/A.

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 52.312)**

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Mesmo sendo admitida a relação de consumo, a inversão do ônus da prova não é escusa da prova mínima do autor. Sentença de improcedência mantida. Apelo improvido.

VOTO

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais ajuizada por Sidnei Augusto Messias Borges em desfavor de Claro S/A, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 202/204.

Em razão da sucumbência, a autora ficou condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, ressalvada a gratuidade da justiça concedida.

Inconformado com a r. decisão, apelou o requerente, requerendo a declaração da inexigibilidade do débito e a indenização por danos morais.

Recurso regularmente processado, sem recolhimento do preparo, diante da gratuidade da justiça, havendo apresentação de contrarrazões.

Este é o relatório.

Alega o autor que, apesar de já ter mantido relação jurídica com a empresa ré, não deixou nenhum débito pendente e, mesmo assim, foi surpreendido com a inscrição de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, referente a dívida no valor de R$95,50, relativa ao contrato 112212807.

Afirma que buscou informações junto à empresa requerida, para esclarecer o ocorrido, restando todas as tentativas infrutíferas.

A ré, em contestação, aduziu a regularidade das cobranças efetuadas, porquanto decorrentes de serviços efetivamente prestados. Esclareceu que, na forma presencial, foi firmado contrato com o autor, destacando que, em razão de faturas inadimplidas, o instrumento foi cancelado.

Comprovando suas alegações, a requerida juntou carteira de habilitação do autor e o contrato assinado por ele, documentos estes não refutados pela parte requerente.

O apelo não deve ser provido.

Com efeito, apesar de o autor alegar que já manteve relação jurídica com a empresa requerida e que não possui débitos pendentes, não trouxe aos autos nenhum comprovante de pagamento das faturas correspondentes, limitando-se a questionar os valores ali constantes.

Observo que, mesmo sendo admitida a relação de consumo, deveria o

Acesso ao Sumário

autor trazer aos autos um mínimo de prova. A inversão de provas não implica total isenção da indicação do fato.

No presente caso, o requerente, além de não refutar o contrato assinado e a carteira de habilitação juntados pela requerida, em nenhum momento trouxe aos autos qualquer comprovante de pagamento das faturas correspondentes ao período em que manteve relação jurídica com a requerida.

Tais circunstâncias demonstram a verossimilhança das alegações da requerida.

Da mesma forma, inviável o acolhimento do pedido de indenização por danos morais, eis que não foi praticado qualquer ato ilícito pela empresa requerida, a qual agiu no exercício regular de seu direito.

Por fim, o autor permanece condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, os quais, considerando o perdimento do recurso, são majorados para 11% do valor atualizado da causa, ressalvada a gratuidade da justiça concedida.

Isto posto, pelo meu voto, é negado provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000321-78.2021.8.26.0035, da Comarca de Águas de Lindóia, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, é apelada/apelante ROSALINA RODRIGUES DE ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anulada a parcela extra petita da r. sentença, na parte conhecida deram parcial provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso do requerido. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14021)**

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação declaratória de inexistência de negócio jurídico c/c repetição de indébito e indenização por danos morais - Sentença de proce-

dência - Recurso de ambas as partes.

SENTENÇA EXTRA PETITA - Conhecimento de ofício - Matéria de ordem pública - Sentença que, a despeito de inexistir pleito na exordial nesse sentido e prova nos autos, analisou na fundamentação os impactos da inscrição do nome da autora em órgão de proteção ao crédito - Evidente julgamento extra petita - Desconsideração dos tópicos da decisão em que houve menção da referida inscrição - Anulação parcial ex officio da sentença.

RECURSO DO REQUERIDO - Inexistência do negócio jurídico reconhecido na sentença - Autora comprovou a existência de diversos débitos em sua conta corrente - Requerido não apresentou justa causa para a realização dos descontos - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO - Sentença que determinou a devolução em dobro dos valores indevidamente decotados da conta corrente da autora - Ausência de demonstração de boa-fé por parte do Requerido - Precedente EREsp 1.413.542-RS - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.

RECURSO DE AMBAS AS PARTES - DANOS MORAIS - Autora pleiteia a majoração da verba - Requerido pede o seu afastamento e, subsidiariamente, a diminuição do quantum - Prejuízos extrapatrimoniais verificados na espécie, presumidos à luz da conduta do requerido - Realização de decotes indevidos na conta da autora, culminando na necessidade de ajuizamento de ação, a fim de obter a devolução da importância irregularmente subtraída, causa inegável de prejuízo - Dever de indenizar reconhecido - Quantum indenizatório arbitrado em R$ 5.000,00 - Valor pautado na razoabilidade e proporcionalidade que não representa enriquecimento ilícito e atende a tríplice função da medida (punitiva, compensatória e preventiva) - Sentença mantida - RECURSOS DESPROVIDOS.

RECURSO DA AUTORA - INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - Pleito da parte autora, no que tange

Acesso ao Sumário

à repetição de indébito, de incidência dos juros moratórios a partir de cada desconto - Sentença que fixou os juros a partir dos lançamentos - A interpretação da parte dispositiva da sentença permite concluir que determinou a incidência dos juros a contar do lançamento de cada abatimento indevido - Pleito da parte autora já concedido na sentença - Falta de interesse recursal - RECURSO NÃO CONHECIDO NESSE TÓPICO - DANOS MORAIS - Pleito da parte autora de incidência da correção monetária e dos juros de mora desde o evento danoso - Sentença que fixou a incidência da correção monetária desde o arbitramento e os juros de mora a contar da data da inserção do nome da autora no cadastro de inadimplentes - Súmula 362 do STJ - Correção monetária devida desde o arbitramento - Sentença mantida - Juros moratórios - Caso sub judice reconhecido como fato ilícito - Súmula 54 do STJ - Termo inicial é o evento danoso (data do primeiro desconto indevido), mesmo porque não houve negativação - Sentença reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

CONCLUSÃO - ANULADA A PARCELA EXTRA PETITA DA SENTENÇA, NO MÉRITO, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA NA PARTE CONHECIDA E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO REQUERIDO.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de negócio jurídico c/c repetição de indébito e indenização por danos morais proposta por **ROSALINA RODRIGUES DE ARAUJO** contra **BANCO BRADESCO S/A.**

Sobreveio a r. sentença de fls. 198/201 que julgou procedente a demanda para declarar inexistente o negócio jurídico e condenar a ré a: (i) devolver em dobro dos valores indevidamente descontados; (ii) pagar à autora R$ 5.000,00 a título de danos morais; (iii) suportar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 10% do valor da condenação.

Irresignadas, apelam ambas as partes.

A autora pleiteia a reforma da r. sentença para: (i) determinar que os juros em relação à obrigação de devolução dos valores em dobro incidam a contar de cada desconto; (ii) majorar os danos morais à soma de R$ 10.000,00; (iii) deter-

Acesso ao Sumário

minar que a correção monetária e os juros em relação aos danos morais incidam desde o evento danoso (data do primeiro desconto indevido) (fls. 221/228).

O requerido pleiteia a integral reforma da r. sentença para julgar improcedente a demanda e, subsidiariamente: (i) reconhecer a ausência de má-fé para afastar a condenação na devolução em dobro; (ii) diminuir o valor arbitrado a título de danos morais (fls. 209/215).

Contrarrazões da autora (fls. 231/238) com preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade recursal. Contrarrazões do requerido (fls. 242/247) sem preliminares.

É o relatório.

SENTENÇA *EXTRA PETITA*

Considerando-se a argumentação tecida pela autora na petição inicial bem como os pedidos por ela formulados, conclui-se, em análise da r. sentença ora combatida, que o ilustre magistrado, "data venia", enveredou sobre matéria que supera os lindes da demanda, proferindo, então, julgamento *extra petita*, cujo reconhecimento, por se tratar de matéria de ordem pública, pode se dar de ofício.

A propósito, veja-se que, ao tratar da fundamentação do cabimento da indenização por dano moral, o nobre juiz de Primeiro grau consignou que: "*Ademais, cabe ressaltar que* ***da inserção do nome da parte autora em órgão de proteção ao crédito****, sem justa causa, adveio uma série de situações que acabaram por atingir a esfera personalíssima da parte postulante, dando ensejo à reparação do dano moral suportado que, na hipótese em questão, é in re ipsa*" (sem negrito no original - fls. 200).

Todavia, a autora não alega na inicial que o seu nome tenha sido inserido em órgão de proteção ao crédito e não há prova alguma nos autos sobre a ocorrência de inscrição desabonadora.

Curial destacar que tal lapso não acarreta necessariamente a nulidade do julgado, bastando, para sanar o vício, que se abata dele todas as ponderações que excedam os requerimentos deduzidos na peça preambular.

Atribuindo ao julgamento estranho ao pleito inicial o *status* de matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio*, a ensejar o decote do excesso quando possível, confira-se entendimento desta Egrégia Corte e do Superior Tribunal de Justiça:

> "*Busca e Apreensão. Bens móveis. Nulidade da sentença não constatada. Réu que não se desincumbe de comprovar fato impeditivo do direito da autora. Confissão acerca dos bens que estão em sua posse. Julgamento ultra petita.* Reconhecimento de ofício. Se o depoimento das *testemunhas arroladas não traz qualquer embasamento para dirimir a controvérsia, fica prejudicada a alegação de que foram elas ameaçadas pela autora. Sendo incontroverso que o réu encontra-se na posse de bens de proprie-*

Acesso ao Sumário

dade da autora, incumbe exclusivamente a ele a comprovação de que agiu com sua autorização, por se tratar de fato impeditivo do direito da autora (art. 333, inciso II, do CPC). Diante da confissão do réu em contestação e em depoimento pessoal de que se encontra na posse dos bens elencados na r. sentença, não pode arguir o contrário em sede de recurso. Sentença que condena o réu, subsidiariamente, a pagar à autora o valor equivalente aos bens não restituídos. Pedido deduzido na inicial apenas de busca e apreensão dos bens. Se a r. sentença julga além dos pedidos deduzidos na inicial, deve a parte excedente ser decotada do julgado. Recurso desprovido, com exclusão, de ofício, da condenação ultra petita" (TJSP, Apelação n. 0056548-28.2012.8.26.0001, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto Leme, j. 05.11.2015); "*CONTRATO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. TARIFA DE CADASTRO. COBRANÇA LEGÍTIMA. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA DE REGISTRO DE CONTRARO E SERVIÇOS DE TERCEIROS COBRANÇA EM DESACORDO COM O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. ABUSO CONFIGURADO. LEI Nº 8.078/90, ART. 54, INCISOS IV E XII. OFENSA AO DIREITO DE INFORMAÇÃO TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COBRANÇA JUROS REMUNERATÓRIOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 596, 648 E DA SÚMULA VINCULANTE Nº 7 DO STF. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS, PACTO EXPRESSO. ADMISSIBILIDADE DECOTE, DE OFÍCIO, DE EXCLUSÃO DE COBRANÇA DE COMISÃO DE PERMANÊNCIA CUMULADA COM MULTA CONTRATUAL, ESTRANHA AO PEDIDO. CPC, ART. 460, CAPUT REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CABIMENTO, MAS DE FORMA SIMPLES E NÃO EM DOBRO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA, DECOTADO DE OFÍCIO, DO DISPOSITIVO, CAPÍTULO REFERENTE À COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, POR EXTRA PETITA APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA, COM OBSERVAÇÃO*" (TJSP, Apelação. n. 0006716-18.2011.8.26.0597, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Matheus Fontes, j. 07.05.2015);

"*PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA PELA SENTENÇA. EXISTÊNCIA. VÍCIO COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. EFEITO TRANSLATIVO DA APELAÇÃO. APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 515 DO CPC EM CASO DE SENTENÇA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. ARTS. 186 DO CC E 359 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS*

Acesso ao Sumário

DE LEI INVOCADOS. SÚMULA 211/STJ. DECISÃO QUE SE FIRMA EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PRESERVAÇÃO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL (...) 7. Não se verifica a apontada afronta aos arts. 505, 512 e 515, caput, do CPC pelo fato da parte recorrida não ter requerido, nas razões de apelação, a nulidade da sentença. Isso porque o julgamento extra petita insere-se no conceito de matéria de ordem pública passível de conhecimento de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição. Precedentes" (STJ, AgRg no REsp n. 1533758/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 17.12.2015, DJe .10.02.2016).

Embora a fundamentação que ora se reconhece como *extra petita* tenha sido utilizada para conceder à autora ressarcimento por dano moral, a manutenção ou não dessa condenação será analisada no mérito do recurso do requerido.

Assim, reconhece-se de ofício o **julgamento *extra petita*** proferido pelo juiz sentenciante, **de forma que os excertos referentes à inclusão do nome da autora em órgão de proteção ao crédito resultem desconsiderados**.

DO RECURSO DO REQUERIDO

De proêmio, afasta-se a arguição preliminar da autora, em suas contrarrazões, sobre violação do princípio da dialeticidade, uma vez que as razões recursais do requerido combatem adequadamente o entendimento exposto em sentença, permitindo a exata compreensão do inconformismo e propiciando o pleno exercício do contraditório. Não se entrevê, por isso, inépcia por violação do art. 1.010, III, do CPC.

Passa-se ao mérito.

INEXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

A autora alegou, em sua exordial, que possui conta bancária junto ao banco requerido e que se viu surpreendida por diversos descontos mensais denominados "BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA". Todavia, afirmou que não contratou o serviço e/ou produto nem autorizou os abatimentos. Pleiteou a declaração de inexistência do negócio jurídico, a condenação do requerido na restituição em dobro dos valores subtraídos e a sua condenação à reparação dos danos morais no importe de R$ 10.000,00.

Por sua vez, em contestação, o requerido limitou-se a rebater de forma genérica os fatos narrados pela autora, sem, contudo, apresentar documento hábil capaz de comprovar a contratação impugnada. Em outras palavras, o requerido não trouxe aos autos nenhum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

Em face desse cenário, considerando-se que a autora demonstrou documentalmente a existência de diversos débitos em sua conta corrente por parte do

Acesso ao Sumário

banco requerido sem este ofertar justa causa que os legitimassem (fls. 21/38), a declaração de inexistência da relação jurídica proferida era medida de rigor.

O apelo, via de consequência, resulta desprovido nesse tópico.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Reconhecida a inexistência da relação jurídica, em relação à restituição em dobro das quantias descontadas, o art. 42, parágrafo único, do diploma consumerista estabelece que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor equivalente ao dobro do quanto pagou em excesso, salvo hipótese de engano justificável.

No caso em testilha, o abatimento de importâncias da conta corrente da autora se mostrou ilegítimo, porquanto não assentado em efetiva pactuação entre as partes.

Ora, não há que se cogitar tratar-se de engano justificável as subtrações realizadas na conta bancária da parte autora, posto que o requerido não apresentou sequer um documento ou argumento em sua contestação dos quais se pudesse concluir ter agido acreditando na licitude de seu comportamento.

Aliás, muito ao contrário, porquanto efetuou amortizações na conta corrente da autora, que é sua correntista, sem nenhum documento ou solicitação para tanto, adotando postura contrária ao princípio da boa-fé que deve permear todas as relações jurídicas, máxime aquelas que ensejam acautelamento de valores pertencentes a pessoa tida legalmente por hipossuficiente.

Logo, diante da postura do requerido, tanto em relação aos descontos efetuados como no tocante aos argumentos apresentados durante a instrução processual, mediante a oferta de peças genéricas, a determinação da devolução dos valores indevidamente decotados em dobro é devida, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC.

Ademais, tal entendimento vai ao encontro do posicionamento externado nos autos dos Embargos de Divergência opostos no REsp n. 1.413.542- RS:

> "*Ao apresentar a tese a seguir exposta, esclarece-se que o Relator para o acórdão reposiciona-se a respeito dos critérios do parágrafo único do art. 42 do CDC, de modo a* ***reconhecer que a repetição de indébito deve ser dobrada quando ausente a boa-fé objetiva do fornecedor na cobrança realizada****. É adotada, pois, a posição que se formou na Corte Especial, lastreada no princípio da boa-fé objetiva e consequente descasamento de elemento volitivo, consoante Voto-Vista do Ministro Luis Felipe Salomão e manifestações apresentadas pelos eminentes Pares, na esteira de intensos e ricos debates nas várias sessões em que o tema foi analisado. Realça-se, quanto a esses últimos, trecho do Voto do Ministro Og Fernandes: 'A restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do agente*

Acesso ao Sumário

que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva'

(...)

A proposta aqui trazida - que procura incorporar, tanto quanto possível, o mosaico das posições, nem sempre convergentes, dos Ministros MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, NANCY ANDRIGHI, LUIS FELIPE SALOMÃO, OG FERNANDES, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA E RAUL ARAÚJO - consiste em reconhecer a irrelevância da natureza volitiva da conduta (se dolosa ou culposa) que deu causa à cobrança indevida contra o consumidor, para fins da devolução em dobro a que refere o parágrafo único do art. 42 do CDC, e fixar como parâmetro excludente da repetição dobrada a boa-fé objetiva do fornecedor (ônus da defesa) para apurar, no âmbito da causalidade, o engano justificável da cobrança" (STJ).

Posto isso, em razão de não se vislumbrar tenha o banco agido em conformidade com a boa-fé objetiva, a manutenção do "decisum" guerreado na parcela que determinou a restituição dos valores em duplicidade é adequada, restando vencido o banco também nesse aspecto.

RECURSO DE AMBAS AS PARTES

DANOS MORAIS

Inicialmente, cumpre consignar que a fundamentação da r. sentença utilizou a inscrição indevida do nome da autora no serviço de proteção ao crédito como embasamento para a o reconhecimento dos danos morais, cuja reparação foi arbitrada em R$ 5.000,00. Entretanto, tal excerto foi proferido fora dos lindes da demanda e afastado neste julgamento.

Resta analisar se, mesmo não tendo ocorrido a inserção do nome da autora nos cadastros de inadimplentes, o dano moral subsiste e o *quantum* se afigura adequado.

Pois bem. No que tange à indenização por danos morais, uma vez evidenciada, "in casu", a responsabilidade do requerido, tem-se que os prejuízos extrapatrimoniais verificados na espécie são, sim, presumíveis, à luz da conduta dos requerido que, irregularmente, deduziu importâncias da conta bancária de titularidade da autora.

O simples fato de a postulante ter sofrido com a realização de decotes injustificáveis em sua conta corrente, culminando na necessidade de ajuizamento de ação, a fim de obter a devolução da importância irregularmente subtraída, causa inegável prejuízo, sendo suficiente para dar azo à condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais, como forma de coibir condutas semelhantes no futuro.

Outrossim, não se deve olvidar de que a justa reparação dos danos morais

Acesso ao Sumário

sofridos deve abranger três vertentes: a primeira, de caráter punitivo, objetivando penalizar o causador da lesão pela ofensa que praticou; a segunda, de caráter compensatório, que proporciona ao ofendido algum bem em contrapartida ao mal sofrido, e a terceira, de caráter dissuasório ou preventivo, que busca dissuadir o responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de violação e prevenir que outra pessoa pratique ilícito semelhante.

Sobre o valor da indenização, Maria Helena Diniz ensina que:

"*A fixação do 'quantum' competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1553, RTJ 69/276, 67/277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em contra as circunstâncias de cada caso, o quanto da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência*" (Maria Helena Diniz *in* Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 7, "Responsabilidade Civil", 5ª edição, p. 78/79).

Em outros termos, deve-se levar em conta o bem jurídico lesado, a extensão do dano, as condições da vítima, o perfil do ofensor, o seu grau de culpa e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Há que prevalecer, em meio à análise de todos esses elementos, o prudente arbítrio do julgador, a quem cabe evitar que a condenação, por um lado, represente enriquecimento ilícito e, por outro, perca a sua tríplice função (punitiva- compensatória-preventiva).

A verba indenizatória decorrente de dano moral, na hipótese *sub judice*, tem como objetivo minimizar a angústia vivenciada pela demandante em decorrência de grave falha cometida pelo requerido, que, ao não agir com a devida lisura e desrespeitando os preceitos mais comezinhos do direito, no sentido de que não se pode impingir abatimentos ao patrimônio de outem, sem justa causa, empreendeu descontos indevidos na conta bancária da demandante, a qual recorreu aos serviços bancários justamente para proteger os seus haveres.

Acesso ao Sumário

Portanto, tem-se que a quantia arbitrada em sentença (R$5.000,00) deve ser mantida, uma vez que, além de estar de acordo com o referencial adotado por esta Colenda 24ª Câmara de Direito Privado em situações similares à presente, será capaz de trazer sensação de compensação à demandante, bem como servirá de incentivo para que o requerido repense seu comportamento em relação aos consumidores.

Nesse sentido, eis precedentes desta Colenda Turma Julgadora:

*"**AÇÃO INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE SEGURO - DESCONTO DE PERCELAS EM CONTA CORRENTE** - DANOS MATERIAIS - DANOS MORAIS - QUANTUM - REDUÇÃO - I-Caracterizada relação de consumo - Inversão do ônus da prova - Não comprovação de que a autora celebrou o contrato de seguro que ensejou os descontos em sua conta corrente - Negligência do banco réu ao descontar da conta corrente da autora parcelas de seguro por ela não contratado - Falha na prestação de serviços - Responsabilidade objetiva do réu - Devida a restituição total dos valores indevidamente descontados da conta corrente da autora - **II- Dano moral caracterizado - Ainda que não haja prova do prejuízo, o dano moral puro é presumível - Dano moral presumível, tendo em vista, ainda, o fato de a autora somente ter conseguido o ressarcimento dos valores indevidamente debitados de sua conta com a propositura presente ação - Indenização devida, devendo ser fixada com base em critérios legais e doutrinários - Indenização fixada pela sentença em R$8.000,00 - Valor exorbitante - Indenização reduzida para R$5.000,00, ante as peculiaridades do caso concreto, quantia suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes - Sentença parcialmente reformada** - Sentença proferida e publicada quando já em vigor o NCPC - Honorários advocatícios majorados para 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §11, do NCPC - Apelo parcialmente provido." "CONTRATAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO - INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL - Alegação de que o contrato de seguro foi contratado por meio eletrônico, em terminal de autoatendimento, mediante utilização do cartão e emprego de senha pessoal da autora, sendo desnecessária a apresentação de contrato assinado pela apelada para justificar a cobrança realizada, que não foi alegada anteriormente - Réu que deveria, na contestação, apresentar toda a matéria de defesa e manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na inicial - Em grau recursal, as questões de fato não propostas no juízo inferior só poderiam ser alegadas se o apelante provasse que deixou de argui-las por motivo de força maior, nos termos do art. 1.014 do NCPC, correspondente ao artigo 517 do CPC/1973, o que não ocorreu - Inovação em sede recursal - Inadmissibilidade - Apelo, neste aspecto, não*

conhecido" (TJSP; Apelação Cível 1007222-85.2017.8.26.0590; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2018; Data de Registro: 31/08/2018) - sem ênfase no original;

"***Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. repetição do indébito e indenização por danos morais.*** *Cartões de créditos não solicitados.* ***Desconto efetuado em conta corrente. Contratação não comprovada.*** *Sentença de parcial procedência. Condenação do banco à restituição dos valores descontados. Danos morais afastados. Apelo da autora. Sentença que transitou em julgado em relação à inexigibilidade do débito e à restituição dos valores. Repetição que deve se dar na forma simples. Hipótese de engano justificável. Inteligência do art. 42, parágrafo único, CDC. Ausência de má-fé. Precedente STJ.* ***Desconto indevido em conta corrente. Autora que se viu privada de quantia significativa. Ato ilícito. Incidência do art. 14 do CDC. Súmula 479 do STJ. Danos morais verificados. Precedentes TJSP. Quantum fixado em R$ 5.000,00. Quantia suficiente para cumprir suas três funções - indenizatória, punitiva e dissuasora****. Ônus sucumbencial atribuído exclusivamente ao réu ante o decaimento em fração mínima da autora. Art. 86, parágrafo único, do CPC/2015. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido*" (TJSP; Apelação Cível 1008491-68.2017.8.26.0006; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2018; Data de Registro: 02/08/2018) - sem destaques no original;

"*DANO MORAL - VALOR - EMPRÉSTIMO -* ***Descontos indevidos de valores de prestações na conta corrente do autor, que não contratou com o banco réu o empréstimo que gerou tais deduções*** *- Indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) - Pretensão do réu de reduzir este valor - Admissibilidade -* ***O montante arbitrado na sentença afigura-se excessivo e desproporcional à magnitude do dano Valor reduzido para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atendendo a critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como as peculiaridades do caso*** *- Recurso provido*" (TJSP; Apelação Cível 1002932-90.2016.8.26.0451; Relator (a): Plinio Novaes de Andrade Júnior; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2018; Data de Registro: 28/09/2018) - sem negritos no original.

Consigne-se que inexiste nos autos demonstração de situação peculiar que justifique a majoração do *quantum* fixado em Primeira instância.

Dessa forma, os recursos de ambas as partes resultam desprovidos nesse particular.

Acesso ao Sumário

RECURSO DA AUTORA
INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

No que concerne à **repetição do indébito**, o nobre juiz de primeiro grau assim determinou: "*CONDENANDO-SE a parte ré à devolução em dobro, devidamente atualizada pela correção monetária, mais juros de mora de 1% ao mês, a partir dos lançamentos, já que se tratando de atos ilícitos.*"

A autora pleiteia que os juros moratórios incidam a partir de cada desconto e invoca, afora a incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC, questão outrora analisada neste julgado, igualmente as súmulas 43 e 54 do STJ, além do art. 389 do CC.

Ocorre que já constou da parte dispositiva da sentença que os juros de mora são devidos desde os lançamentos, ou seja, desde cada lançamento de cobrança indevido na conta corrente da autora.

Nesse contexto, a autora carece de interesse recursal, uma vez que seu pedido vai ao encontro do que foi prolatado em sentença. Portanto, não se conhece do recurso nesse tópico.

Já no que diz respeito aos **danos morais**, o douto juiz sentenciante estipulou que: "*CONDENA-SE ainda a parte ré ao pagamento da quantia equivalente a R$5.000,00. Valor esse atualizado pela correção monetária a partir desta data, os termos da súmula362, do STJ. Os juros de mora, de 1% ao mês, são devidos a partir do ato ilícito, qual seja, a datada inserção do nome da parte autora em órgão de crédito, nos termos do disposto no artigo 398, do CC, e súmula 54, do STJ*".

A autora, por sua vez, pleiteia a incidência da correção monetária e dos juros de mora a contar do evento danoso (data do primeiro desconto indevido).

Nos termos da súmula 362 do STJ, restou pacificado que a correção monetária, no tocante aos danos morais, incide a partir da data do arbitramento, permanecendo irretocável a sentença e restando vencida a parte autora.

Já no que tange ao termo "a quo" dos juros moratórios, a incidência da Súmula 54 do STJ se impõe, uma vez que se está diante de reconhecimento de fato ilícito e, portanto, seu marco inicial recai no evento danoso (data do primeiro desconto indevido).

Importante enfatizar que não houve inscrição do nome da autora no cadastro de inadimplentes, de modo que tal ocorrência não pode ser levada em conta como termo inicial dos juros moratórios, sendo de rigor a sua adequação, nos moldes estipulados.

Diante desse cenário, não se conhece do recurso da autora em relação à repetição do indébito e, no tocante aos danos morais, dá-se parcial provimento para determinar a incidência dos juros moratórios a partir do evento danoso (data do primeiro desconto indevido)

Acesso ao Sumário

CONCLUSÃO

Em suma, decotada a parte *extra petita* da r. sentença, o recurso da autora é parcialmente provido para determinar que, em relação aos danos morais, os juros legais de mora incidam a partir do evento danoso (data do primeiro desconto indevido).

Tendo em vista que a parte autora sucumbiu em parcela mínima do pedido exordial e que a diminuta alteração oriunda por conta deste aresto a beneficiou, mantém-se a sucumbência a cargo do requerido, nos termos fixados na sentença.

Em cumprimento ao art. 85, §11 do CPC, majoram-se os honorários advocatícios devidos ao causídico da parte autora para 13% do valor atualizado da condenação, em razão do trabalho adicional consistente na elaboração de contrarrazões recursais.

Para fins de prequestionamento, enfatiza-se que toda matéria devolvida no apelo se encontra prequestionada, com a ressalva de que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

Ante o exposto, **anulada a parcela *extra petita* da r. sentença, na parte conhecida dá-se parcial provimento ao recurso da autora e nega-se provimento ao recurso do requerido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008504-47.2021.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU, são apelados MAURI NATALI e GILEUSA AMARAL DOS SANTOS.

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: 49.041)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 20 de janeiro de 2022.

SALLES ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: BEM IMÓVEL - CESSÃO DE DIREITOS - ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - Procedência decretada - Inconformismo da companhia habitacional - Não acolhimento - Ausência de justificativa quanto à oposição da cessão ou mesmo em conservar a propriedade do bem, depois de quitado o preço do contrato originário (fato incontroverso) - Ausência de violação ao princípio da continuidade registral - Quitação do preço que torna impossível a retomada do bem, pela companhia habitacional, ainda que se considere infração contratual (cessão não autorizada/contrato de gaveta) - Circunstância que tornou correta a outorga da escritura aos cessionários - Precedentes, inclusive desta Câmara - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença proferida em autos de Ação de Adjudicação Compulsória, julgada procedente para o fim de condenar a ré a outorga da escritura definitiva do imóvel descrito na inicial, em favor dos autores, arcando ainda com o pagamento das custas processuais e verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Apela a vencida (fls. 518/525), pugnando pela necessidade de reforma da r. sentença recorrida, sob o argumento de que deflagrada infração contratual, diante da existência de cláusula expressa vedando a cessão do contrato, sem anuência da companhia habitacional, sendo esta a hipótese dos autos.

Prossegue a recorrente dizendo que existe também vedação legal para o inadimplemento contratual impede a outorga da escritura em favor daqueles que sequer faziam parte da relação negocial (Decreto Estadual 51.241/06 art. 3.). Citou jurisprudência. Em vista disso, aguarda o provimento recursal, julgando-se a ação improcedente.

Contrarrazões às fls. 535/544.

É o relatório.

De início, recebo o apelo interposto, no duplo efeito, passando ao seu julgamento, conforme disposto no artigo 1.011, II, do CPC.

O recurso não comporta provimento.

Em que pesem os reclamos da recorrente, inexiste óbice para a outorga da escritura definitiva do imóvel postulada pelos apelados e deferida pela r. sentença guerreada.

Com efeito, não há que se falar em nulidade ou qualquer irregularidade

Acesso ao Sumário

apta a obstar o pleito autoral, notadamente diante da incontroversa quitação do preço do contrato originário.

Em vista disso, comprovada a cessão (ainda que não anuída pela apelante), assim como a quitação, além da ausência de indícios de fraude, correta a procedência do pedido.

A partir do momento em que o preço do contrato de compromisso de compra e venda foi quitado, desaparece o direito do promitente vendedor de opor-se às cessões realizadas.

No direito brasileiro, o compromisso de compra e venda pode desempenhar nítida função de garantia, e não de contrato meramente preliminar e preparatório.

O promitente vendedor transfere ao promissário comprador todos os poderes inerentes ao domínio, ficando com a propriedade apenas para garantir o crédito relativo ao preço.

Pago o preço, esvai-se a função remanescente de garantia e perde o promitente qualquer interesse, seja em conservar a propriedade da coisa, seja em opor-se a cessões.

No ensinamento de JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR, com o promitente vendedor resta apenas um espectro, uma lembrança da propriedade e a inexorável obrigação (que pode perfeitamente ser substituída por uma sentença de adjudicação) de outorgar a escritura definitiva (*in* Compromisso de compra e venda, Editora Juarez de Oliveira).

Rigorosamente irrelevante se os apelados tiveram ou não alguma relação contratual com a CDHU. Na verdade, adquiriram os direitos de promissária compradora originária por uma cessão legítima.

Até se poderia cogitar de oposição da ré à cessão, durante a execução do contrato, à vista do caráter eminentemente social e *intuitu personae* de vendas destinadas à população de baixa renda, com preço e financiamento subsidiado.

Não, porém, após o pagamento integral do preço, diante do desaparecimento do interesse e mesmo da possibilidade de resolver ou de retomar o imóvel por suposta infração contratual já sepultada pelo adimplemento da prestação principal.

Assim sendo, não há impedimento à outorga da escritura a quem o compromissário comprador indicasse, mormente porque o interesse da ré foi atendido com o recebimento integral do preço.

Cabe salientar que, com a quitação do preço, o imóvel já saiu da esfera da mutuante e não pode mais ser recolocado no programa de subsídios da CDHU, sendo certo que, reconhecida a obrigação da mutuante de outorgar escritura ao mutuário, este poderia revender o bem de imediato, pelo preço que lhe convies-

Acesso ao Sumário

se.

Portanto, considerando que o contrato firmado pelos autores e a quitação integral do preço do imóvel são válidos, é viável a outorga da escritura definitiva do imóvel diretamente aos cessionários do bem, os quais se sub-rogaram em todos os direitos e obrigações.

Nesse sentido:

"Adjudicação compulsória. Compromisso de venda e compra. ***Imóvel financiado pela CDHU. Cessão não consentida. Quitação, porém, do preço. Outorga devida. Procedência. Sentença mantida****. Recurso desprovido. (Apel. nº 0000795-09.2010.8.26.0696, TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. em 18.03.2014, Registro nº 2014.0000152441 destaque não original)."*

"CDHU - Adjudicação compulsória - Contrato de compromisso de venda e compra celebrado entre a ***CDHU e os originários mutuários - Cessão dos direitos sobre o imóvel a terceiro – 'Contrato de gaveta' - Autora que, na qualidade de cessionária, adimpliu todas as parcelas do financiamento - Mutuário original e sucessores de sua falecida mulher que não se opuseram à transferência do imóvel diretamente à autora - Quitação integral do contrato e ausência de oposição dos cedentes e sucessores que impõem a total procedência da ação*** *- Sentença de procedência mantida - Recurso desprovido. Nega-se provimento ao recurso. (Apel. nº 9204277-10.2009.8.26.0000, TJSP, Rel. Des. Designada Christine Santini, j. em 01.08.2012, Registro nº 03840649 destaque não original)."*

"Apelação - Adjudicação compulsória - Cessão de direitos e obrigações sobre imóvel - Regularidade dos contratos firmados pelas partes, ainda que sem a anuência do agente financiador - ***Apelante CDHU que não experimentou prejuízo****, na medida em que recebeu a indenização securitária prevista no contrato original - Correta a r. sentença que determinou a adjudicação compulsória do imóvel em favor do apelado, tendo em vista a integral quitação do preço e da ausência de justificada oposição por parte dos cedentes -* ***Cessionário, ora apelado, que se subrogou em todos os direitos e obrigações relativos ao imóvel, de modo que a quitação do contrato pela morte do cedente lhe aproveita - Inviabilidade do enriquecimento ilícito dos sucessores do cedente - Sentença mantida*** *- Recurso improvido. (Apel. nº 027773-97.2009.8.26.0002, TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 31.05.2011, Registro nº 03568984 destaque não original)."*

"ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. Cessões de compromisso de compra e venda, sem anuência da promitente vendedora. ***Falta de interesse desta em opor-se à cessão ou conservar a propriedade da coisa, depois de quitado o preço do compromisso. Ausência de violação ao princípio da continuidade registral.*** *Verba honorária que comporta pequena majoração, para ser fixada em R$ 1.500,00, montante este que atende adequadamente à simplicidade do procedimento e ao trabalho dos advogados. Inteligência do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Recurso do autor provido e recurso da ré não*

Acesso ao Sumário

provido (TJ/SP Apelação nº 1007842-15.2014.8.26.0037 1ª Câmara de Direito Privado Relator Des. Francisco Loureiro Data do julgamento: 30.06.2015 destaque não original).”

E ainda, segundo entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FINANCIAMENTO DE IMÓVEL PELO SFH. CESSÃO DE DIREITOS CELEBRADA SEM A INTERVENÇÃO DA ENTIDADE FINANCEIRA. “CONTRATO DE GAVETA”. ADIMPLEMENTO INTEGRAL DO MÚTUO HABITACIONAL. SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO TRANSCURSO TEMPORAL. FCVS. COBERTURA. FINANCIAMENTO DE DOIS IMÓVEIS PELO MESMO MUTUÁRIO. LEIS NºS 8.004/90 E 8.100/90. IRRETROATIVIDADE. I - ***Falta interesse jurídico à entidade financeira para resistir à formalização de transferência de direitos sobre mútuo habitacional realizado no âmbito do SFH, não havendo que se perquirir pela invalidade de tal contrato particular, considerando que todos os pagamentos foram efetuados pelos cessionários e recebidos pela financeira, tendo esta última permanecido inerte por anos e anos em que tal situação se perdurou****. Precedente: REsp* nº 355.771/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 15/12/2003. II - Esta Corte Superior, em casos análogos, tem-se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência das Leis n. 8.004/90 e 8.100/90, em respeito ao Princípio da Irretroatividade das Leis. Precedentes: *REsp* nº 568.503/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 09/02/2004; e REsp nº 393.543/PR, Relator Ministro GARCIA VIEIRA, DJ de 08/04/2002. Posicionamento aplicável in casu, visto que expressamente afirmado pelo Tribunal de origem que os contratos firmados com a CEF antecederam à Lei nº 8.100, de 05 de dezembro de 1990. III - Recurso especial improvido (STJ - *REsp: 710577 SC 2004/0177361-0, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 07/04/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.05.2005 p. 264RT vol. 838 p. 206)*

Diverso também não é o posicionamento desta Turma Julgadora (inclusive desta Relatoria), a saber:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. Cessão de compromisso de compra e venda sem anuência da promitente vendedora. Falta de interesse desta em se opor à cessão ou conservar a propriedade da coisa, depois de quitado o preço do compromisso. Ausência de violação ao princípio da continuidade registral. Com a quitação do imóvel, não há possibilidade de retomada deste por infração contratual, tornando-se de rigor a outorga da escritura à cessionária, pois, do contrário, apenas persistiria indefinida situação de insegurança jurídica. Reputa-se desarrazoada a exigência de abertura de inventário/arrolamento, vez que restaram cumpridas as cláusulas do contrato de cessão, não havendo, por isso, que se falar em inclusão do espólio dos mutuários para a formação de litisconsórcio necessário. Recorrente que deu causa à ação ao inviabilizar a regularização do imóvel administrativamente, devendo,

Acesso ao Sumário

portanto, que arcar com os ônus de sucumbência. Honorários advocatício arbitrados em consonância com o art. 85, § 2º, do CPC, não havendo que se cogitar em fixação por apreciação equitativa. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1001512-79.2017.8.26.0624; Relator (a): Clara Maria Araújo Xavier; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tatuí - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/11/2021; Data de Registro: 29/11/2021)."

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. OUTORGA DE ESCRITURA. CONTRATO DE GAVETA. CDHU. Sentença de procedência. Insurgência da parte ré. Preliminar de carência da ação, afastada. Não há impedimento para outorga da escritura porque o interesse da apelante foi atendido como o recebimento integral do preço. Ausência de prejuízo. Precedentes jurisprudenciais. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1006241-69.2020.8.26.0099; Relator (a): Benedito Antonio Okuno; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bragança Paulista - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/10/2021; Data de Registro: 14/10/2021)."

"ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - Cessão de direitos sobre imóvel adquirido através da CDHU - Contrato Quitado - Pedido julgado improcedente - Inconformismo dos autores - Cabimento - Falta de interesse da requerida em opor-se à cessão ou conservar a propriedade da coisa, depois de quitado o preço do compromisso - Ausência de violação ao princípio da continuidade registral - Com a quitação do imóvel não há possibilidade de retomada do mesmo por infração contratual (cessão) - Logo, de rigor, a outorga da escritura aos cessionários, caso contrário apenas persistiria indefinida situação de insegurança jurídica - Precedentes do STJ e desta E. Corte - Sentença reformada para julgar a ação procedente - Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1005771-49.2020.8.26.0451; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/08/2021; Data de Registro: 13/08/2021)."

Insta ainda consignar que, a se admitir a posição da requerida, haveria verdadeiro paradoxo: a escritura não seria outorgada aos cessionários, nem o imóvel seria retomado pela promitente vendedora. Apenas persistiria indefinida situação de insegurança jurídica, que não aproveita a qualquer das partes.

Ademais, afigurar-se-ia completamente desarrazoado exigir que os cedentes anteriores registrassem em seu nome a titularidade do domínio para que só depois os demandantes pudessem fazê-lo. Reiterando que o preço foi solvido e o imóvel apresenta regularidade fiscal, de modo que a adjudicação compulsória pretendida pelos autores não traz prejuízos a quem quer que seja.

Não se olvide que o entendimento mais recente do Conselho Superior da Magistratura é no sentido de dispensar os consentimentos dos cedentes e promitentes compradores originais, podendo a escritura ser outorgada (ou substituída pela sentença de adjudicação compulsória) diretamente ao último cessionário.

Exatamente por conta disso, a sentença há de ser mantida, em seus inteiros termos, majorando-se os honorários advocatícios (art. 85, par. 11, CPC) para

Acesso ao Sumário

15% sobre o valor atualizado da causa.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003389-49.2021.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes/apelados J.V.G.M. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e ELISÂNGELA PRISCILA GOISSIS MUNHOZ (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado/apelante SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESARIAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50713)**

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

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Ação visando cobertura de transplante de medula, até final alta médica - Recursos contra sentença de procedência - Recusa de cobertura que não se sustém - Negativa que compromete o restabelecimento da saúde do beneficiário - Observância à boa-fé objetiva que caracteriza as relações contratuais - Majoração da multa diária - Cabimento, nas circunstâncias - Apelo da ré desprovido, provido o do autor.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelações de sentença, cujo relatório se adota, que, confirmando a tutela de urgência antes deferida, julgou procedente a ação para condenar a ré na obrigação de prestar o tratamento completo do autor, desde a indicação do local para o transplante de medula óssea, com a consequente cirurgia, a manutenção do autor no mesmo hospital onde realizou o transplante até a alta hospitalar ou autorização médica para prosseguimento em outro local e, ainda, ao

fornecimento do medicamento Valganciclovir 450mg enquanto se fizer necessário, nos termos da prescrição médica, sob pena de incorrer em multa unitária por descumprimento no valor de R$1.000,00, até o limite de R$10.000,00. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da causa atualizado.

Recorre o autor, exclusivamente para majorar a multa diária prevista para o descumprimento da ordem judicial.

Recorre a ré. Aponta nulidade da sentença, por cerceamento de defesa decorrente de ofensa ao contraditório, tendo em vista a inovação do pedido inicial, de cobertura de transplante de medula, a ele se somando um primeiro pedido de extensão da liminar, no sentido de que fosse autorizada a continuidade do tratamento no mesmo local e, em segundo momento, pedido de fornecimento de medicação, sem que, para tanto, apesar de conexos, fosse dada oportunidade de manifestação em defesa. No mérito, sustenta, em síntese, a ausência de negativa de cobertura ao procedimento administrativamente solicitado à época do ajuizamento da ação, justificando a demora na resposta administrativa dada a alta complexidade do pedido, efetuado em meio à pandemia, pugnando pela improcedência da demanda.

Contrarrazões às fls. 387/397 e 409/416, com parecer da d. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do apelo da ré e pelo provimento do apelo do autor.

É o relatório.

A alegada nulidade por cerceamento de defesa não procede, porquanto inocorrente, e será analisada com o mérito da controvérsia.

Ao autor, diagnosticado como portador de leucemia mieloide aguda (LMA), devido ao insucesso do tratamento quimioterápico iniciado em 16/10/2020 no Hospital Boldrini, recomendou-se o transplante de medula óssea como única opção de cura definitiva.

O pedido médico de autorização do referido transplante de medula foi devidamente protocolizado junto à ré, em 03/02/2021 (fl. 81), tendo restado, porém, sem resposta por mais de 20 dias corridos - o que equivale a verdadeira recusa de cobertura.

Nesse sentido, o autor colaciona o histórico de tentativas administrativas em solucionar a autorização de cobertura junto ao atendimento *online* da ré, todas sem sucesso (cf. fls. 82/127), com renovadas desculpas e promessas de análise prioritária, gerados inúmeros protocolos de atendimento.

Tal comportamento, por inaceitável, levou ao presente ajuizamento, ocorrido em 25/02/2021, dada a urgência do tratamento, com pedido liminar de autorização para a realização do transplante de medula, mais o que se fizesse necessário, pré e pós transplante.

Acesso ao Sumário

Por força de liminar judicial, o transplante de medula óssea ocorreu em 25/03/2021 (com alta médica em 20/04/2021), na FAEPA (Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência) do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto - FMRP/USP, local indicado pela própria ré (fls. 137/138).

Após a alta médica, a ré passou a negar a continuidade do tratamento junto à FAEPA do Hospital das Clínicas, passando a autorizar a sua continuidade em outros locais, bem como a retardar, sem justificativa, a liberação de exames, consultas e procedimentos (cf. fls. 288/311).

Mas, conforme relatório médico de fl. 264, a equipe médica responsável pelo transplante do autor fez as seguintes ponderações:

> *O paciente foi transplantado no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto - USP e atualmente mantém retornos frequentes e necessários devido a labilidade imunológica inerente ao momento do pós transplante precoce. Desta forma faz-se necessário não apenas avaliações frequentes como também a realização de exames que busquem diagnosticar precocemente recaída da doença e doenças associadas ao transplante como infecções virais, bacterianas e fúngicas atípicas, doença do enxerto versus hospedeiro, toxicidade tardia a drogas, doença linfoproliferativa associada ao transplante, entre tantas outras. Desta forma é imprescindível o acompanhamento médico próximo a equipe transplantadora, exames invasivos (mielograma, biópsia, etc) realizado pela mesma equipe visto a experiencia no manejo destes pacientes e avaliação laboratorial preferencialmente no hospital ligado a equipe de transplante dado a maior facilidade para obtenção e discussão dos resultados. Dificuldade para o manejo do paciente visto o não cumprimento dos itens expostos acima pode levar ao comprometimento de todo tratamento realizado até o momento e impactar diretamente na sobrevida do paciente.*

A negativa da ré, motivou pedido de extensão da liminar, com vistas à continuidade do tratamento do autor no mesmo local, FAEPA do HC de Ribeirão Preto, cidade em que o autor passou a residir em função do seu tratamento, por recomendação médica, inclusive. É o que se conclui do relatório médico de fl. 265:

> *O paciente foi transplantado no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto - USP e atualmente mantém retornos frequentes e necessários devido a labilidade imunológica inerente ao momento do pós transplante precoce. Desta forma faz-se necessário que a criança habite próximo ao Hospital para que eventos comuns neste momento como neutropenia febril, bacteremia e distúrbios metabólicos*

Acesso ao Sumário

possam ser tratados adequadamente. Atesto que diversos estudos científicos correlacionam a demora no atendimento nestes casos a índice aumentados de óbito. Facilidade para obtenção e discussão de resultados.

A liminar de urgência foi estendida, tendo o juízo determinado "*que a parte ré mantenha o tratamento do autor no FAEPA* ***até sua finalização***" (fls. 279/280).

Após essa determinação, a ré teve oportunidade para se manifestar, tendo feito em duas oportunidades (cf. fls. 285 e 286), com pedido de reconsideração contra a determinação judicial acima referida, mas sem interpor o competente agravo de instrumento, sabido que pedido de reconsideração não obsta o prazo recursal.

Não bastasse todo esse calvário, o autor teve piora em seu quadro, que apresentou reativação de CMV (infecção por citomegalovírus), tendo sido iniciado tratamento com o antiviral GANCICLOVIR, via endovenosa, de 12 em 12 horas, por um período estimado de 14 a 21 dias, ministrado em ambiente hospitalar.

Mas, por recomendação médica, para evitar múltiplas punções durante o tratamento antiviral, bem como para evitar inúmeras idas ao hospital, ao autor foi prescrito tratamento com o medicamento VALGANCICLOVIR, 450mg de 12 em 12 horas, de uso oral e domiciliar - cujo fornecimento foi recusado pela ré que, em razões recursais, alega não se achar obrigado a fornecer medicamento de ministração em ambiente domiciliar (fl. 378).

Tal recusa motivou novo pedido de extensão da liminar, para obrigar a ré a fornecer referido medicamento, ligado à continuidade do tratamento do autor.

Pois bem.

Os pedidos do autor (inicial e de extensão da liminar) guardam conexão lógica entre si - como a própria ré admite -, pois fazem parte do tratamento que segue após o transplante de medula, e, ademais, não foram objeto de insurgência no momento apropriado, precluso fazê-lo a essa altura dos acontecimentos, buscando anular a sentença ao argumento da violação ao contraditório que, ao que se tem dos fatos e circunstâncias emergentes dos autos, não foi vulnerado.

Obviamente que o transplante de medula havia de ser realizado em local apropriado, tendo a própria ré indicado o Hospital FAEPA, bem como plausível a recomendação médica da equipe responsável pelo atendimento do autor, de que no mesmo local se desse a continuidade e o acompanhamento da evolução do quadro pós transplante. E, ao que se viu, a medicação pleiteada faz parte do referido tratamento, sendo que a recusa de fornecimento do medicamento é abusiva e não prevalece.

Importante esclarecer que ao contrato então vigente entre as partes aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, conforme teor das Sú-

Acesso ao Sumário

mulas nº 608 do C. STJ ("*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão*") e nº 100 deste e. Tribunal de Justiça ("*O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais*").

Incidindo a legislação protetiva, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas favoravelmente ao consumidor aderente, a teor do artigo 47 do CDC.

Ademais, a recusa da ré em autorizar a realização do referido tratamento, conforme prescrito pelo médico responsável pelo atendimento do autor, não obstante haja cobertura contratual da moléstia, consubstancia comportamento que contraria o quanto disposto no art. 51, IV, do CDC, pois coloca o beneficiário em desvantagem exagerada, retirando-lhe a chance de realizar o tratamento de saúde que necessita.

Evidentemente que, contratualmente prevista cobertura para o tratamento da moléstia que acomete o autor, razão não há para a negativa da operadora em autorizar o tratamento indicado, nos termos da prescrição médica, necessários ao pronto restabelecimento da saúde do beneficiário.

Portanto, não obstante as alegações da ré, ora apelante, seu recurso é desprovido, pois suas razões não oferecem elementos novos capazes de alterar os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual ora são adotados como razão de decidir, nos seus exatos termos:

Vistos.

J.V.G.M., menor e representado por sua genitora Elisangela Priscila Goissis Munhoz, já qualificados nos autos, ingressou em juízo com a Ação de Obrigação de Fazer C.C Pedido de Tutela Urgente contra SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESÁRIA LTDA, alegando, em síntese, que o autor é segurado de plano de saúde contratado em 17/09/2020 juto à requerida estando com as mensalidades devidamente adimplidas. Em outubro de 2020 foi diagnosticado com leucemia mielóide aguda, subtipo M2, tendo realizado tratamento quimioterápico inicial junto ao Centro Infantil Boldrini, todavia após o primeiro ciclo das sessões de quimioterapia ainda mantinha a medula óssea comprometida o que indicava falha indutória, mesmo com o tratamento. Realizou novo ciclo de quimioterapia com melhora do quadro, mas apenas o transplante de medula óssea propiciaria a cura definitiva. Permaneceu internado no Centro Boldrini e, apesar das sessões de quimioterapia, a doença vem ficando mais resistente e para receber o transplante, sua medula necessita estar "limpa", mas o autor conseguiu ficar apenas por duas semanas sem a quimioterapia, necessitando de transplante imedia-

Acesso ao Sumário

to. A requerida, no entanto, não define um local para a realização do procedimento e já foi localizado doador compatível. O autor aguarda desde 03/02/2021 uma resposta da requerida para que indique o local para realização do transplante, mas decorrido todos os prazos solicitados pela ré, a resposta não veio. O argumento para a demora na resposta é de que a indicação do local depende da aprovação da auditoria, mas o caso é grave e o autor não pode esperar. Daí a urgência do pedido feito em sede de tutela antecipada. Requer a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a prioridade na tramitação, a justiça gratuita. Requer a concessão da tutela antecipada e ao final a estabilização da tutela, com a total procedência da ação e condenação da ré para que custeie todo o tratamento do autor, com a indicação do local para realização do transplante de medula no requerido, realização dos exames necessários no autor e no doador e autorização para realização do transplante. Juntou procuração e documentos às fls. 15/127.

O Ministério Público opinou pelo deferimento da tutela de urgência (fls. 131).

Deferido a prioridade na tramitação processual, a gratuidade processual e a tutela de urgência (fls. 132/134).

A requerida cumpriu a decisão que deferiu a tutela de urgência (fl.137) e apresentou contestação aos autos (fls. 144/152). Preliminarmente alega a perda do objeto da ação em face do cumprimento da decisão e indicação do local para a realização do transplante do autor. A demora na indicação do local para realização do transplante se deu devido à tentativa de localização do melhor local dentre a rede credenciada e jamais por negligência da requerida que nunca ofereceu qualquer resistência em atender o pedido do autor, sendo certo que não há qualquer prova nos autos da negativa da ré em indicar o local para realização do transplante e que é evidente a falta de interesse de agir. Pede que seja afastada a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Pugna pela improcedência da ação por perda do objeto. Juntou procuração e documentos (199/249). Manifestação à contestação às fls. 253/255.

O autor apresentou pedido para extensão da tutela deferida para que a requerida mantenha o autor internado no mesmo hospital onde realizou o transplante por expressa recomendação médica.

O pedido foi deferido à *folhas 279/280.*

Manifestaram-se as partes às fls. 285 e 288/293 informando que não há mais provas a serem produzidas. O autor requereu, por derradeiro, a concessão pela ré do medicamento Valganciclovir, 450 miligramas, por 21 dias.

Acesso ao Sumário

O feito fora saneado, bem como fixados os pontos controvertidos (fls. 343/344).

Manifestou-se o Ministério Público (fls. 318/319). Asseverou que os pedidos devem ser deferidos.

É o relatório.

Decido.

Possível o julgamento antecipado no feito, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil, posto que a decisão encerra somente análise de matéria de direito e porque os documentos juntados aos autos são suficientes para o deslinde da causa. As preliminares arguidas se confundem com o mérito.

De certo, não que se falar em falta de interesse de agir ou perda de objeto, na medida em que o tratamento ainda não terminou, tanto que o autor realizou mais dois pedidos para extensão da liminar primeiramente concedida para que a requerida mantivesse o autor internado no mesmo hospital onde realizou o transplante e, após, para a concessão do medicamento Valganciclovir 450mg.

O caso é de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de relação de consumo e, por conseguinte, a adoção da inversão do ônus da prova. Todavia, o próprio autor comprovou todos os fatos alegados, o que a a requerida sequer se propôs a fazer, na medida em que afirmou que jamais negou o tratamento ao autor e que a demora foi apenas por excesso de zelo, contudo ão comprovou tal afirmação.

Dito isso, o feito comporta procedência.

O Egrégio TJSP vem, reiteradamente, julgando procedente pedidos semelhantes ao formulado pelo autor, desde que haja avaliação e indicação médica prévia.

O que não se admite é a tentativa da ré em interromper o tratamento recomendado ao autor, que não autorizou a manutenção da internação do autor no hospital que ela própria, a ré, indicou, sob alegação de que possui condições e estrutura necessárias ao atendimento ao autor, mesmo sob contraindicação médica.

Anoto que o pedido para fornecimento do medicamento requerido não foi contraposto pela requerida, mas desde já entendo que a requerida não pode negá-lo porque o tratamento à saúde é visto como um todo, não isoladamente, e por isto não pode sofrer limitações.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. DANO MORAL - CONTRATO COLETIVO - DEPENDENTE

Acesso ao Sumário

DO PLANO DE SAÚDE QUE DEU À LUZ A GÊMEOS PREMATUROS, ENCAMINHADOS PARA A UTI NEONATAL - PRETENSÃO DE INTERRUPÇÃO DO TRATAMENTO PELO PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA PERDA DA QUALIDADE DE BENEFICIÁRIA DEPENDENTE, AO COMPLETAR 24 ANOS - DEPENDENTE QUE OSTENTAVA A QUALIDADE DE SEGURADA NO MOMENTO DA INTERNAÇÃO, COMPLETANDO 24 ANOS DURANTE A INTERNAÇÃO - BEBÊS ENCAMINHADOS À UTI - EMERGÊNCIA E URGÊNCIA - MANUTENÇÃO DO CONTRATO, ATÉ ALTA MÉDICA DAS CRIANÇAS - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL - OS PROCEDIMENTOS DE SAÚDE COBERTOS PELOS PLANOS NÃO PODEM SOFRER LIMITAÇÕES QUANDO O PACIENTE AINDA ESTÁ EM TRATAMENTO, PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA, PREVISTO NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE COBERTURA- DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO - SENTENÇA PROCEDENTE - DADO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO POR DANO MORAL (TJ-SP - AC: 10043917920188260606 SP 1004391-79.2018.8.26.0606, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 20/02/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/02/2020)

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, confirmando a tutela de urgência outrora deferida e condeno a requerida na obrigação de prestar o tratamento completo do autor, desde a indicação do local para o transplante de medula óssea, com a consequente cirurgia, a manutenção do autor no mesmo hospital onde realizou o transplante até a alta hospitalar ou autorização médica para prosseguimento em outro local e ainda, ao fornecimento do medicamento Valganciclovir 450mg por até 21 dias, ou até suspensão do medicamento pela equipe médica sob pena de incorrer em multa unitária por descumprimento no valor de R$ 1.000,00, até o limite de R$ 10.000,00.

Arcará a demandada com o pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa atualizado (art. 85, § 2º do CPC).

P.I.

Portanto, quanto ao principal, a sentença fica mantida.

O único reparo se dá diante da manifesta renitência da ré em autorizar os pedidos que lhe são dirigidos, ligados ao tratamento do autor, cabendo majorar a multa diária prevista para o descumprimento da ordem judicial para R$ 2.000,00 (dois mil reais) por evento não autorizado no prazo de 48 horas corridas, contadas a partir do respectivo protocolo

Acesso ao Sumário

administrativo, limitada a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Mais não é preciso.

Deixo de majorar a verba honorária de sucumbência, tendo em vista que já fixada no percentual legal máximo.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo da ré e **DÁ-SE PROVIMENTO** ao apelo do autor, nos termos acima delineados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000302-40.2021.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado PAULO FRANCISCO BUENO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.095)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENDES PEREIRA (Presidente) e ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 19 de janeiro de 2022.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA - Negativação indevida - Abertura de conta corrente, uso de cartão de credito, cheque especial e celebração de empréstimo indevidos - Sentença de parcial procedência - RECURSO DO RÉU - Alegação de ausência de responsabilidade por fato de terceiro, pretendendo ser afastada a responsabilidade - Ausência de prova de regularidade da contratação pelo autor, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu - Artigo 6º, VIII do CDC - Responsabilidade objetiva do réu caracterizada - Súmula 479 do STJ - Falha na prestação de serviço - Aplicabilidade do artigo 927, parágrafo único do CC/02 - Apontamento indevido do nome do autor - Danos morais in re ipsa - Indenização devida - Sentença mantida - Honorários recursais - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso à r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito Dra. Helia Regina Pichotano que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-obrigacional c.c. repetição de indébito movida pelo apelado em face do apelante, declarando a inexistência de dívidas relacionada ao contrato de abertura de conta corrente e condenando a parte ré ao pagamento de R$10.000,00 a título de danos morais, assim como ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação (fls. 184/190).

Recorre o réu em busca da reforma da sentença (fls. 193/217).

Recurso regularmente processado com contrarrazões (fls. 226/256).

Pois bem.

Narra a inicial, em síntese, que o autor teve seu nome indevidamente negativado no rol de inadimplentes pelo réu em razão de dívidas relacionadas a empréstimos realizados em uma conta corrente aberta em seu nome, na data de 27/04/2020, sob o n. 10407123, agência 0435, cujo montante atinge o valor de R$ 29.827,45.

Sustenta que desconhece a referida conta e as dívidas, e foi surpreendido quando teve conhecimento do ocorrido. Diante de tais fatos, lavrou boletim de ocorrência para apuração do feito. Disse, porém, que nunca assinou qualquer contrato com o banco réu e sequer realizou transações e empréstimos.

Asseverou quanto aos danos morais sofridos.

A final, pugnando pela antecipação dos efeitos da tutela, para que seu nome fosse excluído dos órgãos de proteção ao crédito, requereu a procedência da ação para declarar a inexistência de relação jurídico obrigacional entre as partes, representada pela abertura de conta sob n.º 000010407123, ag. 0435, e pelos contratos de empréstimos de ns. UG043532000025658032; UG043532000025701032; DE00435010407123; MP043566000070284066, assim como todas as transações bancárias efetivadas através da citada conta corrente, oficiando-se aos órgãos de defesa do consumidor para cancelamento definitivo dos apontamentos; bem como condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 14.000,00, conforme pedidos de fls. 09/11.

Juntou procuração e documentos (fls. 12/31).

O pedido de tutela antecipada foi parcialmente deferido, conforme decisão de fls. 39/40.

Resposta ao ofício juntada a fls. 48/52.

O autor manifestou-se a fls. 56, trazendo aos autos o documento de fls. 57.

Citado, o réu juntou aos autos os documentos de fls. 62/102. Apresentou

Acesso ao Sumário

contestação a fls. 106/138, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, necessidade de litisconsórcio necessário ou denunciação da lide e ilegibilidade de documentos de identificação. Batendo-se, no mérito, pela improcedência da ação.

Juntou documentos (fls. 139/174).

Réplica a fls. 181/182.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a ação, conforme já relatado.

Recorre o banco réu.

Alega, em resumo, que a abertura de conta se deu em razão da apresentação de carta de vínculo empregatício com a empresa GFL Empreiteira e Construção Civil e os únicos responsáveis pelos fatos são os beneficiários das transações questionadas. Aponta sua ilegitimidade.

No mérito, afirma que creditou o valor dos empréstimos na conta do autor; que houve a utilização do cartão de crédito sem os pagamentos das faturas e que o autor fez uso do valor disponibilizado a título de cheque especial.

Discorre sobre a inexistência de danos morais.

Pois bem.

Primeiramente pontua-se que o apelante é parte legitima para figurar no polo passivo da demanda, posto que o autor lhe atribui a responsabilidade pela abertura de conta corrente em fraude, alegando a falha na prestação do serviço.

Nesta toada, legitimo o recorrente para responder quanto a eventual responsabilidade no procedimento adotado, não caracterizando hipótese de litisconsórcio necessário em relação aos beneficiários, preservando-se o direito de regresso.

Preliminar afastada.

No mérito, em que pese os esforços do recorrente, o recurso não é provido.

Na hipótese dos autos a autor nega a celebração de qualquer contrato com a parte ré (recorrente) e, especialmente, a abertura de conta corrente que originou as transações questionadas na inicial.

Foi lavrado Boletim de Ocorrência (fls. 14/15).

Ainda, comprova o apontamento do seu nome aos órgãos de proteção ao crédito (fls. 19).

No presente caso é aplicável o Código de Defesa do Consumidor a teor da Súmula 297 do STJ:

> **O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. (Precedentes: REsp** nº 106.888-PR, 2ª Seção, DJ de 5/8/02; REsp nº 298.369-RS, 3ª Turma, DJ de 25/8/03, e REsp nº 57.974-RS, 4ª

Acesso ao Sumário

Turma, DJ de 29/5/95).

Caberia ao Banco apelante fazer prova da regularidade da abertura da conta e dos demais serviços que geraram os débitos negativados (CDC, art. 6º, VIII), o que não ocorreu "in casu".

Em sua defesa, o Banco réu alega que "a conta corrente foi aberta mediante apresentação de carta de vínculo empregatício da empresa GFL Empreiteira e Construção Civil Ltda. ..." (fls. 107).

Ocorre que o apelante não apresentou qualquer contrato assinado pelo autor a fim de comprovar a regularidade da contratação, ônus que lhe cabia e de que não se desincumbiu.

Nesse contexto, não sendo comprovada a regularidade da contratação, resta evidente o ato ilícito praticado pelo réu, em razão da negativação indevida do nome da parte autora.

Clara a responsabilidade objetiva do réu, portanto.

Cumpre esclarecer que diante da responsabilidade objetiva, irrelevante o "animus" que envolveu o procedimento do banco, uma vez que independente de culpa, assumindo a Instituição Financeira o risco pela atividade.

Nesse sentido, utiliza-se o que preceitua o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, dizendo que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

E ainda a Súmula 479 do STJ que prevê: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.*"

Assim, resta evidente a responsabilidade objetiva do Banco, consoante o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, assim transcrito:

> "**Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**"

Trata-se, pois, de responsabilidade pelo risco da atividade, determinando a referida norma que a responsabilidade é objetiva (independe de culpa), quando a atividade do causador do dano, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem.

Dessa forma, aplica-se no caso o artigo 186 do CC/02:

> "**Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.**"

Acesso ao Sumário

Assim, a declaração de inexigibilidade/inexistência dos débitos questionados se deu de maneira acertada pelo juízo *a quo*.

Restou configurado o ato ilícito do réu, consistente no apontamento indevido do nome do autor, não sendo configurada nenhuma excludente de responsabilidade, sendo portanto, medida de rigor o reconhecimento da responsabilidade e da obrigação de indenizar o autor pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

Sabe-se que o apontamento indevido em banco de dados a que se da publicidade às informações gera danos *in re ipsa*, posto que inverídica a informação. E atribuir a condição de devedor àquele que não o é, por evidente, é capaz de gerar danos aos direitos de responsabilidade, tais como a honra, boa fama e ao nome.

Assim, os danos morais são irretocáveis.

Note-se que o valor arbitrado condiz com o que estabelecido/mantido por esta C. Câmara em casos análogos:

> **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Sentença de parcial procedência para declarar a inexigibilidade do valor de R$ 17.053,21, relativo ao contrato de empréstimo nº 000014244663, e do valor de R$ 25.662,96, relativo ao contrato empréstimo nº 000014242133, e condenar a instituição financeira a restituir à autora os valores por ela pagos em decorrência dos referido contratos e no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 - Apelo do Banco Safra que insiste na regularidade da contratação - Não comprovação - Incontroversa a ocorrência de fraude na celebração do contrato nº 000014244663 - Ausente demonstração de que teria adotado as providências necessárias para garantir a segurança das operações bancárias e evitar a fraude perpetrada - Contrato nº 000014242133 sem comprovação acerca da regularidade do negócio - Não há nos autos cópia do instrumento contratual contendo a assinatura da apelada, mas apenas telas sistêmicas - Valor supostamente contratado foi depositado na conta corrente aberta de forma fraudulenta em nome da demandante, sem a autora obter qualquer benefício desse montante - Fato negativo, cuja prova não se pode exigir da demandante - Falha na prestação de serviço (art. 14 do CDC) - Súmula 479 do STJ - Devida a reparação de ordem moral - Autora tentou solucionar administrativamente tão logo tomou conhecimento da contratação questionada, porém sem êxito - Situação vivenciada pela apelada traz clara angústia e intranquilidade - Inegável que a apropriação de parte da aposentadoria daquele que recebe um benefício módico causa prejuízo extrapatrimonial, muito além do mero aborrecimento, de modo a implicar na privação de valores e na restrição de suas despesas básicas - Pre-**

Acesso ao Sumário

cedentes - Sentença mantida - Recurso desprovido, com majoração da verba honorária. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Sentença de parcial procedência para rescindir o contrato de conta corrente nº 414417 - Fraude incontroversa - Apelo do Banco Bradesco - Insurgência apenas quanto à verba honorária em favor do patrono da requerente arbitrada em 10% sobre o valor atualizado da causa - Arbitramento por equidade - Admissibilidade - Valor da causa que abarca não só o contrato de abertura de conta corrente, mas também os demais contratos da outra instituição financeira - Proveito econômico irrisório - Inteligência do art. 85, § 2º e § 8º, do CPC - Fixação no valor de R$ 2.000,00, em razão da baixa complexidade da causa, o trabalho realizado e o tempo empregado - Recurso provido para esse fim.

(TJSP; Apelação Cível 1011986-33.2020.8.26.0001; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021);

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABERTURA DE CONTAS CORRENTES. FRAUDE COMPROVADA. REVELIA. Presunção de veracidade dos fatos e preclusão de atos processuais não requeridos oportunamente. Contexto probatório a demonstrar a abertura de contas correntes em nome do autor com uso de documentos falsos. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Teoria do risco da atividade. Dívida inexistente. Anotação indevida nos órgãos de proteção ao crédito. DANO MORAL. Dano presumível e indenizável "in re ipsa". Valor da indenização. Redução incabível. Quantia adequadamente arbitrada. JUROS DE MORA. Aplicação a partir do evento danoso (súmula 54 do C. STJ). Sentença mantida. Apelação não provida, com observação.

(TJSP; Apelação Cível 1119410-31.2020.8.26.0100; Relator (a): JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2021; Data de Registro: 28/06/2021).

Em conclusão, não há razões para modificar o decidido.

Por fim, diante do resultado do presente recurso, observados os limites delineados pelo art. 85, §11, do CPC, ficam majorados em definitivo os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor da condenação em favor do patrono do apelado.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002108-96.2020.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados EDNARDO LOURENÇO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e LUCILENE DE SOUZA ORTELÃO SILVA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente) e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 19 de janeiro de 2022.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - Arguição de ilegitimidade passiva do banco e de incompetência absoluta da Justiça Estadual - Descabimento - Hipótese em que o banco réu firmou o contrato de financiamento na qualidade de agente financeiro do FNDE e firmou contrato com a autora - Banco que efetuou os descontos discutidos e, portanto, está legitimado a integrar o polo passivo da demanda - Competência da Justiça Estadual para apreciar a regularidade dos descontos - Ausência de interesse da União - RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO - AÇÃO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - Pretensão de reforma da r. sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos - Descabimento - Hipótese em que houve desconto indevido na conta da autora, referente a verba salarial de titularidade do autor, não integrante da relação jurídica mantida com o réu - Restituição do valor que é devida - Desconto indevido que comprometeu quase a totalidade do salário, com prejuízo à subsistência dos autores - Dano moral comprovado - Hipótese em que o valor fixado a título de indenização (R$8.000,00) se mostra adequado, além de compatível com o patamar ado-

Acesso ao Sumário

tado por esta Eg. 13ª Câmara em vários outros casos análogos já julgados; não comportando, assim, a reclamada redução - RECURSO DO RÉU DESPROVIDO.

VOTO

Contra a respeitável sentença de fls.245-251, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em demanda ajuizada por Lucilene de Souza Ortelão Silva e Ednardo Lourenço da Silva em face do Banco do Brasil S/A, apela o banco réu (fls. 265-291).

Argui o recorrente a incompetência absoluta da Justiça Estadual e sua ilegitimidade passiva, uma vez que atua como agente financeiro vinculado às determinações do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE para operação do FIES.

Volta-se contra a tutela de urgência e a imposição de multa coercitiva.

No mérito, pede a reforma da r. sentença, com a improcedência dos pedidos.

Argumenta que agiu regularmente, diante da autorização de descontos subscrita pela autora, não havendo dano material ou moral a ser indenizado.

Impugna o valor da indenização por dano moral arbitrada em R$8.000,00, pleiteando a sua redução.

Contrarrazões às fls. 297-303.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Com efeito, constou da r. sentença recorrida:

"*(...) Afasto a preliminar de incompetência do juízo, tendo em vista que o objeto dos presentes autos diz respeito a débito de parcelas, sendo que tais débitos são efetivados pelo banco réu em conta bancária mantida junto a ele, sendo essa também a razão pela qual fica rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva.*

Com efeito, se o réu, na condição de agente financeiro do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES, tem legitimidade para cobrar parcelas vencidas do contrato de financiamento estudantil, é evidente que pode figurar no polo passivo da demanda proposta pelo aluno quando a forma de cobrança empregada é contestada por ele.

No mérito, a ação procede em parte.

Com efeito, no que diz respeito ao seguro de vida, é certo que não restou comprovado nos autos a que título o valor foi recebido.

Em que pese a autora alegar que o valor dizia respeito à indenização de

Acesso ao Sumário

seguro de vida de seu falecido pai, valor que seria utilizado para pagamento das despesas de funeral, é certo que o extrato juntado a fls. 28/29 só demonstra o recebimento do valor, não havendo prova inequívoca de que se trata de indenização de seguro de vida.

Assim não há que se falar em condenação do banco réu à restituição de tal valor ou parte dele, na medida em que o débito dizia respeito à parcelas do financiamento estudantil devidas pela autora.

No tocante ao salário do 2º requerente, de fato, restou devidamente comprovado que o valor de R$ 1.170,04 foi transferido para a conta a título de pagamento de proventos pelo empregador do mesmo.

Ainda, incontroverso nos autos que tal valor foi bloqueado pelo réu em sua totalidade, o que não é plausível, considerando a natureza da verba alimentar.

Ademais, é certo que o 2º requerente não faz parte da relação jurídica estabelecida entre o réu e a 1ª requerente.

Portanto, de rigor a confirmação da tutela antecipada concedida, devendo o réu restituir tal valor em sua integralidade aos autores.

Os danos morais restaram caracterizados.

Do ilícito perpetrado pelo réu houve violação de direitos da personalidade do autora, diante da promoção de constrangimento e angústia causados pela consequente subtração de parcela de seu patrimônio líquido alimentar de que dispunha, fato que certamente infringe o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e causa dano moral.

(...)

Consoante lição de CARLOS ALBERTO BITTAR: 'Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge 'ipso facto', a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito'. ('Reparação Civil por Danos Morais', p. 214, 3ª ed)".

Assim, considerada a grande capacidade econômico financeira do réu, mas sem perder de vista a lesividade da ofensa decorrente da subtração de parcela do patrimônio líquido alimentar do autor, é forçoso reconhecer que a indenização por danos morais estipulada na quantia de R$ 8.000,00, mostra-se consentânea com a situação fática expendida no processo.

Além disso, tal valor atende a critérios de reparabilidade, punibilidade e desestímulo a que novas práticas indevidas similares sejam reiteradas, sem incorrer no enriquecimento indevido da vítima, balizada, ainda, den-

Acesso ao Sumário

tro do espectro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade."

As questões preliminares suscitadas pelo banco réu devem ser rejeitadas.

O banco é parte legítima para figurar no polo passivo da presente relação processual, pois firmou o contrato com a autora (fls. 89-111).

Além disso, figura como agente financeiro do FNDE.

Logo, se tem legitimidade para cobrar parcelas vencidas do contrato de financiamento estudantil, com desconto na conta corrente, é evidente que o banco deve figurar no polo passivo da demanda proposta pela aluna, que discute a regularidade do desconto.

Quanto à arguição de incompetência da Justiça Estadual, também sem razão o recorrente.

Não se discutem aqui matérias relacionadas com o FIES ou com o FNDE; a controvérsia diz respeito aos descontos efetivados pelo banco réu na conta bancária da autora.

A impugnação quanto à concessão da tutela de urgência também não pode ser acolhida.

A tutela foi deferida por decisão anteriormente proferida (fls. 30-32), que reconheceu a impenhorabilidade dos valores e determinou a restituição da quantia de R$1.170,04 na conta corrente, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária.

Referida decisão foi objeto de agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (fls. 254-261).

A determinação de devolução da quantia foi confirmada, com a parcial procedência do pedido pela r. sentença recorrida.

O recorrente volta-se genericamente contra a tutela de urgência, sustentando a ausência dos requisitos para a sua concessão, além de atacar a multa e seu valor, sem sequer esclarecer se e quando teria cumprido a determinação; também, não demonstrou a impossibilidade de cumprimento no prazo estipulado.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

A r. sentença determinou a devolução do valor de R$1.170,04, ante a comprovação de que se trata de verba salarial do segundo requerente.

O segundo requerente não faz parte da relação jurídica estabelecida entre o réu a primeira requerente, e o valor bloqueado tem natureza alimentar; portanto, impenhorável.

Tais fatos são incontroversos.

Desse modo, indevido o desconto realizado pelo banco na totalidade da verba salarial do segundo requerente depositado na conta da primeira requerente.

Acesso ao Sumário

A autorização firmada pela primeira requerente (fls. 141) não é hábil a validar todo e qualquer desconto de valores, especialmente dada a natureza salarial de valores de titularidade de terceiro.

De rigor, portanto, a restituição do valor de R$1.170,04, indevidamente descontado.

E constatada falha na prestação dos serviços oferecidos pela instituição financeira, que acarretou transtorno e prejuízo ao consumidor mediante os descontos indevidos em sua conta corrente, comprometendo seus rendimentos e prejudicando sua subsistência, correto o reconhecimento do dano moral suportado.

Saliente-se que os valores descontados se mostravam relevantes, tendo em conta que se trata de quase que a totalidade do salário mensal do segundo requerente (fls. 26); aptos tais descontos, portanto, a causar exacerbado grau de transtorno.

O desconto indevido de valores afeta o lado psíquico do cliente, gerando um estado de angústia e de sofrimento, máxime diante da resistência da instituição financeira em reconhecer a falha ocorrida, mesmo após o ajuizamento da demanda judicial, que insiste na regularidade do desconto.

Inquestionável, assim, a configuração do reclamado dano moral.

Por fim, no que diz respeito ao valor arbitrado título de indenização, razão não assiste ao apelante.

Verifica-se que o valor da indenização por dano moral, fixado em R$8.000,00 (oito mil reais) pela respeitável sentença, não se mostra excessivo, mas compatível com o patamar adotado por esta Colenda 13ª Câmara de Direito Privado em vários outros casos análogos já julgados, não comportando redução alguma.

Dessa forma, pode ser mantida integralmente a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e suficientes fundamentos, não havendo necessidade de maior reforço de argumentação além do que acima constou.

Diante de todo o exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

Desprovido o recurso, ficam os honorários advocatícios em favor do patrono dos autores majorados para 15% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1059592-51.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes COMERCIAL BITTANY LTDA., TENG CHIEH LI e TU CHUN CHING, são apelados

MARY HADDAD MARINARO e NORMA HADDAD ESPERIDIÃO (ESPÓLIO).

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 42.061)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 20 de janeiro de 2022.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. Despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança. Desocupação do imóvel no curso da lide. Parcial procedência da ação e improcedência de reconvenção. Apelo de réus, reconvintes. Desprovimento, com disciplina de honorária adicional (artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil).

VOTO

RELATÓRIO

Locação não residencial, despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança, parcial procedência da ação e improcedência de reconvenção (fls. 144/147), apelo de réus, reconvintes, ponderando que o contexto de grave pandemia inviabilizou pudesse manter o pagamento de alugueres e encargos, na forma acordada, daí a necessidade de rever valores, reequacionado o débito.

Resposta recursal, com pedido de honorária adicional (fls.176/185).

FUNDAMENTAÇÃO

Desocupação do imóvel no curso da lide (05 de agosto de 2020 - fls. 95/97), ademais sem qualquer aceno elisivo, diante de dívida de alugueres e encargos, somando quantia superior a cento e vinte mil reais, melhor direito não socorre réus, apelantes, em aludido contexto não havendo falar em intervenção revisional, para readequar valores, na conjuntura de grave pandemia, providência serôdia, ademais em reconvenção, à consideração de ampla inadimplência, de há muito consolidada.

Presente hipótese prevista no artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, fixo honorária de sucumbência, adicional, à alíquota de cinco por cento do valor da condenação, devidamente atualizada.

Acesso ao Sumário

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso, disciplinando-se a réus, apelantes, pagamento de honorária adicional (artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil)**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010330-46.2020.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante BANCO CSF S/A, é apelado ANTONIO SIQUEIRA MAIA SOBRINHO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43931)**

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

São Paulo, 20 de janeiro de 2022.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Procedência. Apelo da ré. "Golpe do motoboy". Movimentações financeiras com utilização do cartão de crédito da autora por terceiro fraudador. Responsabilidade objetiva da instituição bancária. Falha na prestação dos serviços. Fortuito interno. Dever de devolução dos valores. Dano moral 'in re ipsa'. Indenização fixada conforme os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. Honorários advocatícios sucumbenciais majorados, à luz do artigo 85, §11, do NCPC. RECURSO DESPROVIDO

Acesso ao Sumário

VOTO

BANCO CSF S/A apela da r. sentença (fls. 431/436), proferida na ação declaratória de inexigibilidade c.c. indenização proposta por **ANTONIO SIQUEIRA MAIA SOBRINHO**, que julgou parcialmente procedentes os pedi-

dos para declarar a inexigibilidade dos débitos imputados ao autor e condenar o réu a pagar indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00.

Alega responsabilidade exclusiva do consumidor e acena com as propagandas que realiza para prevenir o golpe. Cita julgados sobre a matéria. Nega o dever de indenizar. Considera exorbitante o valor da indenização. Pede a reforma da sentença (fls. 439/449).

Contrarrazões (fls. 455/460).

É o relatório.

Trata-se de ação proposta contra instituição financeira, na qual o autor alega ter sido vítima de fraude conhecida como "golpe do motoboy" e pretende a restituição dos débitos realizados em seu cartão, além do pagamento de indenização por danos morais.

Pesem os argumentos apresentados, o recurso não comporta provimento.

É incontroverso que o requerente foi vítima de estelionato ao entregar seu cartão de crédito à pessoa que se passava por preposto da instituição financeira, a qual realizou diversas compras.

Todas as operações se deram no mesmo dia, situação que foge completamente ao perfil de utilização do consumidor.

Embora o banco reconheça a fraude, nega sua responsabilização, alegando culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Sem razão, porém.

Cumpre assinalar, conforme a Súmula 297 do STJ, "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

O art. 14, do CDC, define como objetiva a responsabilidade do fornecedor por defeitos na prestação dos serviços. O saque em conta corrente e os débitos no cartão de crédito efetuados pelo fraudador constituem fortuito interno do banco, que não zelou pela segurança de suas operações ao autorizar gastos de valores expressivos e destoantes do perfil de consumo da correntista (Súmula 479, do E. STJ).

Nesse contexto, patente o dever da instituição financeira em restituir ao recorrido os danos materiais experimentados.

O abalo moral é evidente; a existência de operações desconhecidas realizadas com o cartão de crédito extrapola a esfera do mero aborrecimento.

Sobre o tema:

"*Apelação - Ação declaratória de inexigibilidade cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais - Cartão de crédito - Contrato de cartão bancário - Fraude - Autor informado de indícios de fraude em seu cartão e induzido a entrega-lo a motoboy preposto do Réu - No dia seguinte à entrega, banco Réu comunica o Autor acerca da*

Acesso ao Sumário

realização de saque e compras em seu cartão de crédito - Inexigibilidade dos débitos - Responsabilidade objetiva do banco requerido pelos serviços prestados - Relação de consumo - Risco da atividade por ele exercida - Dano material e moral configurados - Reconhecido o direito à reparação, não se justificando a redução ou majoração da verba fixada, alinhada aos parâmetros comumente adotados pela Turma Julgadora para casos da mesma natureza - Verbas sucumbenciais carreadas ao réu, vencido em maior parte - Inversão determinada - Sentença parcialmente reformada - Recurso do Autor parcialmente provido e desprovido o do Réu." (TJSP; Apelação Cível 1008699-56.2020.8.26.0003; Relator (a): Ademir Benedito; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2021; Data de Registro: 07/04/2021).

No que se refere ao *quantum* reparatório, sabe-se que a indenização deve ser proporcional ao prejuízo sofrido pela vítima, à intensidade da culpa do agente e à capacidade econômico-financeira das partes; deve compensar o ofendido sem ocasionar o indesejado enriquecimento sem causa ou o empobrecimento do agressor.

Além disso, a condenação precisa desencorajar eventual reiteração do fato, como preconiza a teoria do desestímulo.

Atentando-se a esses parâmetros, razoável a reparação arbitrada em primeiro grau (no valor de R$ 5.000,00), pelo que não há que se falar em redução.

Por tudo isso, fica mantida a r. sentença.

Os honorários sucumbenciais são majorados para R$ 3.500,00, nos termos do artigo 85, §11, do NCPC.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por discutidos neste grau de jurisdição todos os dispositivos legais citados e argumentos deduzidos no recurso interposto.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1043100-61.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., é apelado CONFIANÇA LEILÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Aco-

lheram parcialmente o apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.355)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.

1. Pedido inicial de que a ré, Google Brasil Internet Ltda, remova site fraudulento de leilões, bem como todos os anúncios e demais sites que se refiram a essa página, e forneça o registro de conexão (IP) e dados do contratante dos anúncios no Google Ads. Sentença de procedência. Irresignação da ré. Acolhimento parcial.

2. Preliminares. Legitimidade passiva e interesse de agir. Própria apelante reconhece ser a responsável pela desindexação do site do buscador Google Search, além de afirmar que o Google Ads possibilita "o destaque dos resultados naturais da busca no Search." Presentes as condições da ação. Preliminares rejeitadas.

3. Mérito. Reconhecida a ausência de responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados. De fato, não se pode atribuir-lhes a função de censor, apartada a possibilidade de remoção/bloqueio do conteúdo do material, relativo ao site fraudulento de leilões. No entanto, a recorrente admite no apelo que pode adotar a desindexação do site do buscador Google Search. Imperiosa observância do artigo 19, §1º, do Marco Civil da Internet. Precedente desta Câmara. Especificação da URL a ser desindexada. Assim, ante a possibilidade, incontroversa, de a apelante realizar a desindexação da URL específica nas ferramentas Google Search e Google Ads, deve ser delimitado que caberá à recorrente tão somente desindexar a URL (endereço eletrônico constante no texto original) de suas plataformas, site esse informado de maneira específica na inicial da ação, consoante já decidido pela Câmara no julgamento do Agravo de

Acesso ao Sumário

Instrumento nº 2213367-78.2020.8.26.0000, em 1º de dezembro de 2020.

4. Verbas de sucumbência. Dados pretendidos pela recorrida na inicial, concernentes ao registro de conexão (IP) e aos dados do contratante dos anúncios do Google Ads, por força do disposto no artigo 10, § 1º, da Lei n. 12.965/14, somente poderiam ser disponibilizados por ordem judicial, a qual, nesse particular, não foi sequer impugnada no recurso. Apelante, portanto, que não deu causa à presente demanda e, necessariamente, deveria ser acionada para a disponibilização das informações buscadas. Não havendo resistência injustificada à pretensão, mas necessária busca pela tutela em virtude de cláusula de reserva de jurisdição, não há como imputar os ônus de sucumbência à apelante como mera decorrência da causalidade. Precedente da Câmara. APELO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

VOTO

1.- Ação de obrigação de fazer julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 226/231, cujo relatório é adotado, integrada pela decisão de fls. 252/253, proferidas pelo MM. Juiz de Direito Rogério Tiago Jorge, para "*tornar definitiva a tutela de urgência deferida a fls. 86/87 e: a) determinar à requerida que bloqueie o acesso a URL (endereço eletrônico constante no texto original) e páginas relacionadas/derivadas do buscador Google, sob pena de multa diária de R$ 500,00, limitada, por ora, a 30 dias. b) fornecer, no prazo de 05 dias, o registro de conexão (IP) e os dados do contratante dos anúncios do Google Ads, referente a página mencionada, com a ressalva de que a obrigação já foi cumprida (fls. 206 e 207/217). Por consequência, JULGO EXTINTA a fase de conhecimento do feito, com resolução de mérito, com base no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.*" Em razão da sucumbência, a requerida foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil.

Embargos de declaração rejeitados às fls. 252/253.

Apela a ré.

Segundo as razões de fls. 255/276, busca a reforma da sentença, para "*(i) afastar a obrigação de bloqueio de acesso do conteúdo impugnado nesta demanda, considerando que este pertence à terceiros e ainda, a medida é*

Acesso ao Sumário

inexigível dos provedores de buscar como é o caso da Apelante; (ii) revogar a obrigação de fazer de bloqueio de páginas relacionadas/derivadas, pois, nos termos do artigo 19 do Marco Civil da Internet, qualquer pleito de remoção deverá decorrer da indicação específica do conteúdo, após apreciação de ordem judicial que analisará a infringência do que se busca extirpar da internet, não sendo ainda exigível monitoramento na internet de novas postagens do material cibernético impugnado nesta demanda; (iii) afastar o ônus sucumbencial em razão do cumprimento tempestivo da obrigação de fornecimento de dados e ainda, no tocante à ordem de remoção, esta também só poderia ocorrer após determinação judicial, sendo certo que como mencionado, o conteúdo já se encontra removido/desindexado por atuação dos reais proprietários dos websites impugnados". Aduz, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, visto que a demanda deveria ter sido ajuizada exclusivamente contra quem detém o conteúdo tido por ofensivo e tem a capacidade de removê-lo. Alega, ainda, falta de interesse processual, na medida em que a tutela pretendida é inútil e desnecessária para a remoção de resultados das buscas. Argumenta que a remoção do resultado das buscas, por si só, não impede o acesso ao conteúdo por outros meios e é desnecessária. Pede, por isso, a extinção do feito sem resolução do mérito. No mérito, salienta que, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal, não cabe aos *sites* de pesquisa na internet, sob pretexto de dificultar propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo, proceder à desindexação na *web*, dado que a ferramenta de buscas *Google Search* simplesmente indexa resultados (*links*) publicamente disponíveis na internet. Pontua que o *site* de leilões fraudulento, que teria divulgado informações falsas a respeito da apelada sem sua autorização, é encontrado por meio do *Google Search* e em anúncio no *Google Aids*, contudo, o *site* em questão não é hospedado, controlado, nem pertence à apelante, a qual, assim, não tem como removê-lo. Afirma que, atualmente, o referido *site* encontra-se inacessível tanto na origem, quanto no buscador. A única medida que poderia ser adotada pela recorrente é a desindexação somente do buscador *Google Search*. Reputa equivocado o dispositivo da sentença ao decretar a responsabilidade da recorrente pelo bloqueio do *site*, uma vez que a solução adequada seria determinar à recorrente a somente a desindexação do buscador, o que, inclusive, já foi realizado. Acrescenta, em referência ao Marco Civil da Internet, que a decisão impugnada não atende os requisitos legais de validade para indisponibilização de material virtual, porquanto, "*para que qualquer providência de remoção de conteúdo no âmbito da internet seja de fato efetiva é necessário, primeiramente, identificar e localizar o endereço no qual o material está armazenado, não sendo viável ao provedor de buscas proceder com o monitoramento e fiscalização prévia dos conteúdos, de forma a impedir o acesso de páginas relacionadas/derivadas do buscador Google.*" Reitera: "*sem a indicação específica do URL das páginas a serem suprimidas, não há como*

Acesso ao Sumário

assegurar a eficácia da medida ao longo do tempo, sujeitando o destinatário do comando judicial às penas cominatórias impostas por descumprimento." Por fim, ressalta não ter dado causa à presente demanda, pois o Google somente pode fornecer dados e remover conteúdos após determinação judicial, de acordo com artigos 10, §1º, e 19, ambos da Lei nº 12.965/2014. Assevera, a propósito, que tão logo ciente da decisão, "*disponibilizou todos os dados que* é obrigada *por lei e jurisprudência de fornecer, de forma tempestiva, sendo certo que não há que se falar em sucumbência da Google*".

O recurso foi preparado e respondido (fls. 302/316).

É o RELATÓRIO.

2. A respeito da manifestação da recorrida em contrarrazões, registre-se, sem maiores delongas, que os embargos de declaração opostos na origem foram conhecidos pelo magistrado sentenciante e desprovidos. À luz do artigo 1.026 do CPC e segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça aqui adotado, "*a tempestiva oposição de embargos de declaração, ainda que venham a ser rejeitados por terem propósito infringente,* ***interrompe o prazo para outros recursos.***" (AgInt nos EDcl no AREsp 1806345/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2021, DJe 15/10/2021, grifado).

Dessa forma, é tempestivo o apelo.

Rejeitam-se, ademais, as preliminares suscitadas no apelo, na medida em que há legitimidade passiva da ré e interesse processual no ajuizamento da ação. Nesse sentido, a própria apelante reconhece ser a responsável pela desindexação do *link* do *site* fraudulento no buscador *Google Search*, além de afirmar que o *Google Ads* possibilita "*o destaque dos resultados naturais da busca no Search.*" Quando da propositura da demanda, presumivelmente, o *site* em referência estava disponível. Soma-se a isso o fundamento bem lançado pelo Juízo de origem, no sentido de que "*inexistindo evidências suficientes a respeito de quando o site foi retirado do ar (se antes ou depois do deferimento da tutela de urgência), não é possível falar em perda superveniente do interesse processual.*" Tais fatos demonstram a legitimidade passiva e o interesse de agir, consistente na necessidade, utilidade e adequação da medida judicial intentada pela recorrida.

Vencidas essas questões, dá-se provimento parcial ao recurso.

Colhe-se dos autos que, com a utilização do CNPJ e da Inscrição Estadual da pessoa jurídica recorrida, terceiros criaram o *site* (endereço eletrônico constante no texto original), realizando leilões falsos.

Tem razão a recorrente quanto à ausência de responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados. Reconhece-se a impossibilidade de se atribuir à apelante a função de censor, **apartada a possibilidade de remoção/bloqueio** do conteúdo do material, relativo ao *site* fraudulento de leilões. Impõe-se ao prejudicado o direcionamento dessa pretensão

Acesso ao Sumário

contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. É nesse sentido que decide a 3ª Câmara de Direito Privado: "***Pretensão de obrigar a ré Google a remover dos resultados de pesquisa diversos links listados pela parte autora, que encerrariam conteúdo ilícito nocivo à sua imagem. Ausência, todavia, de amparo legal à pretensão. Impossibilidade de imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. Precedentes do STJ e deste Tribunal***" **(Apelação Cível 1082395-33.2017.8.26.0100, Rel. Des. Viviani Nicolau)**.

Essa é também a posição do STJ: ***"A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes"*** **(REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE)**.

No entanto, a recorrente admite no recurso, expressa e claramente, que "*a ferramenta de busca da Google rastreia e indexa as páginas da internet, que geralmente são criadas por terceiros. **A única medida que poderia ser adotada pela Google é a desindexação somente do buscador Google Search**, (...), **devendo constar na parte dispositiva da r. sentença que a Google somente pode proceder com a desindexação do site de seu buscador**, o que, inclusive, já foi feito, sendo certo que é o que se espera com o recurso em epígrafe.*" (grifado).

Ademais, este órgão julgador já teve a oportunidade de assentar, em obediência ao artigo 19, §1º, do Marco Civil da Internet: "*para que os provedores sejam responsáveis pela remoção de páginas na internet, **cabe ao ofendido a especificação, com estrita delimitação do conteúdo ofensivo. (...) Sem indicação específica de todas as páginas e de maneira legível, não era possível exigir o cumprimento da obrigação**, sob pena de se criar uma obrigação genérica e/ou de difícil cumprimento, o que implicaria eternas discussões no processo quanto ao efetivo cumprimento de decisões judiciais.*" (TJSP; Apelação Cível 1018266-77.2021.8.26.0100; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2021; Data de Registro: 26/10/2021, grifado).

Partindo-se de tais premissas - e ante a possibilidade, incontroversa, de a apelante realizar a desindexação de URL específica nas ferramentas *Google Search* e *Google Ads* -, deve ser delimitado neste julgamento que caberá à recorrente tão somente desindexar a URL (endereço eletrônico constante no texto original) de suas plataformas, *site* esse informado de maneira específica na inicial da ação. Aliás, consoante já decidido pela Câmara no julgamento do Agravo

Acesso ao Sumário

de Instrumento nº 2213367-78.2020.8.26.0000, em 1º de dezembro de 2020, "*houve a precisa indicação da URL (Uniform Ressource Locator) na inicial da demanda. O endereço eletrônico foi fornecido pela recorrida, cumprindo-se, dessa forma, a exigência do seu apontamento exato e específico.*"

A propósito do argumento da recorrente, segundo o qual qualquer pessoa poderá, ainda assim, utilizar outros buscadores e, desse modo, ter acesso ao conteúdo do referido *site*, convém transcrever, como fundamento da rejeição da tese, por oportuno, excerto de julgado desta Câmara: *"**o Google, maior e mais usado mecanismo de busca no âmbito global, facilita de forma indiscutível a divulgação dos materiais veiculados pelas redes eletrônicas**, independentemente da licitude de seu conteúdo." (...)Assim, muito embora o provedor de pesquisa não tenha responsabilidade pelos conteúdos das páginas virtuais localizadas, nem pela prévia censura desses conteúdos,* é plenamente possível compelir o Google a limitar a divulgação dos conteúdos ilícitos informados pela parte interessada*, ainda que esta não tenha previamente se insurgido contra o responsável pelas publicações. A questão, portanto, não é violar ou restringir o direito à informação e liberdade de manifestação do pensamento, mas evitar a disseminação/propagação de conteúdos ilícitos, e o agravamento dos prejuízos sofridos pelo lesado.*" (TJSP; Apelação Cível 1132494-75.2015.8.26.0100; Relator (a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/06/2017; Data de Registro: 20/06/2017, grifado).

Logo, conquanto se reconheça que a apelante não tem a responsabilidade pelo bloqueio ou remoção de conteúdo do *site* em si, a desindexação da URL delimitada, cuja viabilidade foi admitida pelo Google Brasil, mostra-se razoável e vai parcialmente ao encontro da pretensão da apelada.

Acresça-se que os dados pretendidos pela recorrida na inicial, concernentes ao registro de conexão (IP) e aos dados do contratante dos anúncios do *Google Ads*, por força do disposto no artigo 10, § 1º, da Lei n. 12.965/14, somente poderiam ser disponibilizados por ordem judicial, a qual, nesse particular, não foi sequer impugnada no recurso. Assim, a recorrente não deu causa à presente demanda e, necessariamente, deveria ser acionada para a disponibilização das informações buscadas. Nesse sentido, precedente da Câmara: "***AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. I- Determinação da apresentação de dados pessoais do usuário (data de nascimento e número do telefone celular). Desnecessidade, bastando apenas o fornecimento do IP de origem, com os respectivos registros de criação, acesso e modificação. Precedente deste Tribunal. II- Verbas de sucumbência. Inexistência de resistência ao pedido. Fornecimento de dados que somente pode ser estabelecida por ordem judicial (art. 10, par. 1º, Lei n. 12.965/14). Apelante que não deu causa à demanda. Condenação afastada. APELO PROVIDO***." (Apelação Cível nº 1053042-16.2015.8.26.0100, desta

Acesso ao Sumário

Relatoria, j. 15.12.2015, grifado).

Por conseguinte, não havendo resistência injustificada à pretensão, mas necessária busca pela tutela em virtude de cláusula de reserva de jurisdição, não há como imputar os ônus de sucumbência à apelante como mera decorrência da causalidade.

3. Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao apelo, reformando-se a sentença, para que (i) se delimite que a recorrente deverá **desindexar** a URL específica (endereço eletrônico constante no texto original) apenas de suas plataformas *Google Search* e *Google Ads*, sob pena de multa diária fixada na origem; e (ii) se afaste a condenação às verbas de sucumbência, preservando-se a determinação de fornecimento, no prazo de 05 dias, do registro de conexão (IP) e dos dados do contratante dos anúncios do *Google Ads*, referentes à página fraudulenta mencionada.

APELO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021289-94.2021.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada ROSANA GUSMÃO PARRA DOS PASSOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28154)**

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

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: AÇÃO DE CANCELAMENTO DE DÍVIDA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Operações bancárias desconhecidas pela autora. Não comprovação de legitimidade das movimentações impugnadas. Falha na prestação de serviços. Ilícito caracterizado. Sentença mantida.

DANO MORAL. Configuração. Quantum indeniza-

Acesso ao Sumário

tório. Redução. Inadmissibilidade. Observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Prestações debitadas da conta corrente da autora. Restituição em dobro. Cabimento apenas quanto aos descontos efetuados após 30.3.2021. Demais quantias que serão restituídas sem dobra. Modulação dos efeitos dos EAREsp 676608/RS. Sentença parcialmente reformada.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto contra a r. sentença (fls. 197/199) que, em ação de cancelamento de dívida c.c. indenização por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedente a pretensão inicial para declarar inexigíveis as movimentações realizadas na conta da autora e por ela impugnadas, condenar o banco réu à devolução em dobro dos valores retirados da conta da autora, referentes aos descontos dos empréstimos e a pagamentos a pessoas físicas, corrigidos desde o desembolso e aplicando-se juros de 1% ao mês desde a citação e ao pagamento R$ 5.000,00 a título de indenização por danos morais, corrigidos e aplicando-se juros de 1% ao mês desde a sentença. A mesma decisão condenou o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Apela o réu sustentando ilegitimidade passiva, porquanto os fatos descritos não tiveram participação do banco, mas de terceiros. Aponta falta de interesse de agir da autora. No mérito, afirma que as operações impugnadas foram realizadas com utilização de cartão e senha, alegando negligência da autora. Aduz ser mero mandatário das operações. Impugna a condenação à repetição do indébito em dobro, por ausência de má-fé. Defende inexistir dano moral indenizável requerendo, ao menos, a redução de seu valor. Requer que a verba sucumbencial seja atribuída à autora ou que o valor dos honorários seja reduzido (fls. 202/238).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 244/251).

VOTO

As questões relativas à ilegitimidade passiva do réu e à ausência de interesse processual da autora dizem respeito, mais propriamente, ao mérito, pois a autora aponta falha do réu na prestação de serviços decorrente do contrato que vincula as partes.

No mais, cuida-se de ação de cancelamento de débito c.c. indenização por

Acesso ao Sumário

danos materiais e morais na qual a autora afirmou que foram realizadas movimentações bancárias desconhecidas, com a efetivação de empréstimos, transferências de valores e pagamentos.

Narra que em 12.1.2021 foi realizado um empréstimo no valor de R$. 20.513,11, para pagamento em 96 parcelas de R$. 816,05, totalizando a quantia de R$. 78.340,80, além de dois pagamentos a terceiros nos valores de R$. 10.000,00 e R$. 2.000,00. Em 13.1.2021, novo empréstimo foi feito no valor de R$. 2.191,61 para pagamento em parcela única, com vencimento em 15.1.2022, no valor de R$. 3.142,47. Na mesma data, foram realizadas 43 TEDs, no valor de R$. 250,00 cada, além de ter sido cobrada taxa unitária de R$. 10,45, totalizando a quantia de R$. 11.199,35.

O juízo, acertadamente, declarou inexigíveis as movimentações bancárias impugnadas pela autora na inicial:

> "Não obstante a negativa do banco-réu, observa-se a efetiva e inequívoca existência de fraude vitimando a autora.
>
> Os extratos juntados indicam a ocorrência de diversas transações da conta corrente da demandante, empréstimos e pagamento de valores para conta que não do titular, que ela afirma desconhecer.
>
> Verifica-se, analisando os extratos, que efetivamente diversas movimentações foram efetuadas no período questionado.
>
> Destarte, o comportamento do réu demonstra a veracidade das alegações do autor, uma vez que não fez qualquer prova do alegado, limitando-se a uma defesa genérica, alegando que as movimentações foram feitas com aplicativo de celular e a senha da requerente".

Conquanto tenha o réu alegado a regularidade das operações financeiras, certo é que não restou comprovada a contratação dos empréstimos pela autora, nem de que tenha realizado as transferências bancárias, deixando a instituição financeira de trazer elementos concretos que desmerecessem a versão da autora, e eventual fato de terceiro não exclui a responsabilidade do réu, uma vez que a situação em comento deriva do risco da atividade econômica por ele exercida.

É o que estabelece a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

Ademais, não há dados técnicos que afirmem, com absoluta certeza, que o sistema é infalível, constituindo risco dos Bancos a obrigação de assumir situações em que não se tenha apurado exclusiva culpa dos correntistas nas operações que apresentem suspeita de fraude.

Ressalte-se que não prevalece a alegação de inviolabilidade do cartão com chip, porquanto notório o uso de práticas ilícitas e uso de ardis por parte

Acesso ao Sumário

de criminosos, para a clonagem de cartões e uso indevido de senhas, não comprovando a instituição financeira tenha agido a autora de forma negligente na guarda de seu cartão e senha.

As circunstâncias relatadas justificavam mesmo o acolhimento do pedido de declaração de inexigibilidade dos contratos de empréstimo indicados na inicial e o reconhecimento da responsabilidade da instituição financeira pelo ilícito.

Quanto aos danos morais, verifica-se que os fatos narrados na inicial, em que foram realizados empréstimos e operações na conta bancária sem autorização da correntista, superam o limite dos simples aborrecimentos, pois acarretaram angústia e sofrimento, trazendo relevante perturbação psíquica, mostrando-se adequada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Não se trata, pois, de episódio que traduza situação de mero aborrecimento. Este é passageiro e faz parte da vida diária das pessoas. Não maltrata o seu íntimo, a alma, como ocorre quando os fatos são extraordinários, singulares, como se revelou o que serviu de fundamento ao pedido inicial.

É pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que "*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*" (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.2001).

Desta forma, destinando-se a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais a desestimular a repetição da falha da prestação dos serviços e levando-se em linha de consideração a extensão dos danos e o caráter preventivo da reparação, descabida a pretensão na redução do valor fixado na sentença em R$. 5.000,00, montante que se revela adequado e compatível com as circunstâncias, atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Todavia, no que respeita à restituição em dobro das quantias debitadas, razão em parte assiste ao apelante.

Isso porque, no recente julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 676.608/RS, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou a tese segundo a qual "*a restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida, revelando-se cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva*".

Na mesma oportunidade, os efeitos de tal tese foram modulados, estipulando-se que "[...] *o entendimento aqui fixado quanto à restituição em dobro do*

Acesso ao Sumário

indébito seja aplicado apenas a partir da publicação do presente acórdão. A modulação incide unicamente em relação às cobranças indevidas em contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, as quais apenas serão atingidas pelo novo entendimento quando pagas após a data da publicação do acórdão". Tal publicação, registre-se, ocorreu em 30.3.2021.

Na hipótese, não há prova de má-fé dos prepostos da instituição financeira, que, todavia, não se desincumbiu de comprovar que as cobranças indevidas decorreram de engano justificável.

Logo, preservado meu entendimento de que o artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor, em consonância com o disposto no artigo 940 do Código Civil, só se aplica em casos de cobrança oriunda de má-fé, e considerando-se a modulação dos efeitos dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 676.608/RS, o apelante restituirá sem dobra as quantias debitadas na conta bancária da apelada antes de 30.3.2021 e em dobro as demais.

No tocante à verba honorária devida ao patrono da autora, o juízo fixou-a em 10% do valor da condenação, revelando valor adequado ao trabalho do patrono. A remuneração deve ser condizente com o trabalho do profissional, não podendo ser fonte de enriquecimento, nem representar arbitramento aviltante, decorrente de quantia simbólica.

Por fim, embora acolhido em parte o recurso do réu, permanece mínima a sucumbência da autora, sendo descabida, portanto, a pretensão do réu em atribuir-lhe a integralidade dos ônus sucumbenciais, ficando mantida sua distribuição tal como decidido na origem.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009181-73.2021.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOÃO ROBERTO TASSO, são apelados DAGOBERTO DE ALMEIDA e FERANCELI GAVAZZI CUNHA.

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 41.819)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.
ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Embargos de terceiro. Aquisição de imóvel sobre o qual à época do negócio inexistia execução em curso contra a alienante ou anotação acautelatória de direito no registro de imóveis. Presunção de aquisição em boa-fé não descaracterizada. Embargos procedentes. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedentes embargos de terceiro opostos contra penhora requerida em autos de cumprimento de sentença.

O embargado afirma que o Juiz não observou os fatos e provas, os quais deixavam certo que se apresentava a situação indicada no inciso IV do artigo 792 do CPC, até porque que no tocante à insolvência milita a favor do apelante a presunção *juris tantum* de sua ocorrência, devendo a alienação ser declarada ineficaz em relação aos apelados.

O recorrente salienta, a propósito, que entre os embargantes e os executados existia relação de amizade e que a alienação do imóvel ocorreu no curso do cumprimento de sentença iniciado em março de 2016, sendo que a desconsideração da personalidade jurídica da devedora se deu em 14 de fevereiro de 2017 e o imóvel foi supostamente vendido ao primeiro embargante em 27 de março de 2017, que depois o revendeu à segunda embargada menos de 90 dias depois.

A isso ele acrescenta que a devedora informou ter vendido o imóvel em abril de 2017 e não em maio de 2015, como alegava os embargantes, e que inexistia prova da realização de contrato verbal e do pagamento do preço, sendo que os embargantes nem juntaram declarações de Imposto de Renda do ano em que fora supostamente adquirido o imóvel.

Por fim, o recorrente afirma que os embargantes dispensaram as certidões de distribuição de ações da vendedora, bem como da existência de ação o que levava à "presunção relativa" de que os embargantes tinham ciência ou assumiram o risco de adquirir imóvel sobre o qual pesava restrição judicial.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

I Inobstante a certidão de fls. 626 reputa-se suficiente o valor recolhido a título de preparo (fls. 601), eis que a necessidade de atualização da base de cálculo de tal sorte de verba é questão ainda não pacificada.

II Feito tal registro, adianta-se que o recurso não comporta acolhimento.

As informações prestadas pelos embargantes e os documentos acostados à petição inicial revelavam que ao tempo da aquisição do bem pelo primeiro embargante (março de 2015) não havia registro de penhora ou anotação acautelatória de direito, nem mesmo execução capaz de reduzir a vendedora à insolvência.

E nada sugeria ter o primeiro embargante agido de má-fé, isto é, adquirido o imóvel para evitar que fosse ele depois penhorado em eventual execução.

A circunstância de ter o embargante Dagoberto informado que adquiriu o imóvel em 2015 e de os devedores terem informado que a venda só em 2017 não impedia reconhecer que a aquisição pelo primeiro de fato ocorreu em 2015.

Com efeito, a data indicada pelos devedores se referia à em que foi lavrada e registrada a escritura de compra e venda, mera ultimação da compra e venda ajustada em 2015 (fls. 285)

Note-se ter o embargante informado que adquiriu o terreno em 2015 por contrato verbal pelo valor de R$18.000,00, sendo que R$15.000,00 foram transferidos para a conta da vendedora e R$3.000,00 pagos em espécie, mas que apenas em 2017 houve o registro da escritura pública de compra e venda.

Pois ante os documentos e informações acostados aos autos motivo não havia para se deixar de reconhecer que assim ocorreu.

De lembrar que a transferência bancária no valor de R$ 15.000,00 para a conta da vendedora Kely em novembro de 2015 ficou devidamente comprovada e tornava verossímil a informação de que assim ocorreu justamente porque o negócio imobiliário se deu naquele momento, conclusão em nada abalada pelo fato de inexistir prova do pagamento dos restantes R$ 3.000,00, eis que seu em dinheiro segundo se informou.

E por certo nem conspirava contra a alegação do embargante a particularidade de a formal transferência do bem ter se dado meses depois da data em que ocorreu a venda, eis que incomum não é assim ocorrer.

Ora, segundo a lei, para a proclamação de fraude à execução importava que "*ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência*;" (art. 792, inciso IV, CPC).

Apesar disso, porém, o entendimento jurisprudencial consolidado desde o tempo do CPC de 1973 é no sentido de que não importa, nesses casos, só o fato objetivo de aquisição ter ocorrido quando em curso ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, nem aferir a intenção do alienante, importando, sim, apurar se o adquirente agiu de boa-fé.

Nessa linha, aliás, foi editada a Súmula STJ nº 375:

"*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*"

Acesso ao Sumário

Portanto, bem ou mal, se dá relevo à posição do adquirente e não mais ao ânimo do executado, sendo destarte insuficiente a mera anterioridade da demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Assim, o fato objetivo é que não havia prova de terem os embargantes agido de má fé, mesmo considerando a noticiada relação de amizade alegada pelo embargado, sendo caso mesmo de se acolher os embargos.

A questão foi bem decidida na sentença, como dá conta essa passagem:

"*Destarte, desde logo passo à análise do meritum causae, destacando que cabe acolher a tese dos embargantes, sobretudo porque lastreada na súmula nº 84 ('é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'), e na súmula nº 375 ('O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má fé do terceiro adquirente'), ambas do E. Superior Tribunal de Justiça. (grifei)*

Não bastassem tais precedentes jurisprudenciais, o Código de Processo Civil, em seus artigos 792, inciso II e 828, reforçam tal entendimento, ao condicionarem a presunção dessa modalidade de fraude à prévia averbação da penhora à margem da matrícula do imóvel constrito, providência não tomada pelo embargado.

Essa sua deliberada desídia passou a militar contra si próprio, por desaguar na assunção do ônus de provar, com consistência, a má fé com que teriam obrado os embargantes, do que, infelizmente, não logrou se desincumbir a contento (art. 373, I, CPC), já que toda a sua base argumentativa se assenta em lucubrações sem o condão de infirmar a presunção de boa- fé que envolve os embargantes.

Conquanto pessoalmente este julgador não concorde com tal posição assumida pelo legislador, em franca e cega defesa do executado e do terceiro, sempre presumindo a boa-fé de ambos, fico no erro para não ir além dele, eis que, destarte, transferiu ao exequente o ônus da prova da má fé de seu adversário, a caracterizar o cediço consilium fraudis.

Nesse passo, é de se admitir que não há nos autos qualquer elemento que arrede a boa fé dos embargantes na aquisição do imóvel objeto desta lide, mormente porque, repito, quando da celebração do instrumento particular de compromisso de venda e compra, não havia qualquer averbação que desse desejada publicidade à existente ação de execução que encarta os autos principais.

Ademais, conquanto realmente não seja usual celebrar-se pacto verbal para a venda e compra de imóvel, o próprio embargado reconhece que executada e embargantes são amigos íntimos (fls. 71) fato comprovado às fls. 268, por exemplo, sendo que o valor de compra do bem à época se acha documentalmente demonstrado às fls. 38, efetivado que foi em novembro de *2.015; nessa vereda,*

Acesso ao Sumário

é crível que em vista dessa confiança e amizade tão intensas, não sentissem a necessidade de formalizar essa negociação por escrito.

Além disso, é curial ressaltar, én passant, que pouco importa a que título o coembargante transferiu à sua litisconsorte esse bem ato jurídico realizado a posteriori, em junho de 2.017 (fls. 49/50 e 284/286) haja vista que só a aquisição feita por ele em 2.015 junto à coexecutada já é bastante a descaracterizar a anunciada fraude à execução.

Assim, é de se reconhecer o direito à manutenção na posse desse bem aos embargantes, conforme tem decidido mansamente a jurisprudência, adotando-se neste julgamento, pois, o sistema dos precedentes vinculantes:

'PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC. 1. Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação: 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC. 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ). 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má- fé se prova. 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC. 1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo. 2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada. 2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença, e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.' (STJ - REsp nº 956.943-PR - Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.08.14 - grifei)

'EMBARGOS DE TERCEIRO - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER FRAUDE À EXECUÇÃO Julgamento do REsp nº 956.943/PR, pela sistemática dos recursos repetitivos - Ausência da penhora do bem alienado e inexistência de prova da má-fé da terceira adquirente - Inteligência da súmula nº 375, do STJ - Ausência de obtenção de certidão negativa do distribuidor cível que, isoladamente, não é suficiente para a comprovação da má-fé recurso provido.' (TJSP - AI nº 2094009-56.2019.8.26.0000 - Rel. Des. Cézar Luiz de Almeida, j. 23.05.19, v.u. - grifei)".

Acesso ao Sumário

A constatação aqui expendida em nada é abalada pela alegação do apelante de que os embargantes dispensaram as certidões de distribuição de processos contra a vendedora e que ele mesmo não teve culpa pela falta de averbação da penhora.

Com efeito, conforme observado pelos apelados, à época do negócio já não era mais obrigatória a apresentação de certidões dos distribuidores judiciais.

Realmente, com a Medida Provisória nº 665/2014, que veio a ser convertida na Lei 13.097/2015, passaram a ser oponíveis ao adquirente apenas as situações jurídicas apontadas no registro imobiliário.

Logo, cabe ao interessado em dar conhecimento dessas situações a terceiros - nisso incluída a existência de ação judicial que aforou contra o titular do bem - requerer a respectiva averbação acerca do fato no referido registro (artigo 54).

Logo, não se havia de dizer que os embargantes foram negligentes por deixar de pesquisar junto ao distribuidor forense a existência de ações em nome da antecessora.

Em suma, motivo não há para se censurar o desfecho oferecido pela sentença.

Não é caso, consigne-se, de aqui se aplicar o disposto no § 11 do artigo 85 do CPC, eis que não houve condenação do embargado na sentença ao pagamento das verbas de sucumbência, tendo o julgador reconhecido, sim, que cabia aos embargantes efetuar o pagamento das custas e de honorários do advogado do embargado, desfecho contra o qual eles não se insurgiram.

Logo, não se há de cogitar de agravamento de condenação em honorários advocatícios.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1109902-95.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SAINT PAUL EDUCACIONAL LTDA., é apelada RAYNNA CARACIOLO SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.774)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.
FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENSINO. MONITÓRIA. Restando comprovado nos autos que a instituição de ensino tinha pleno conhecimento da intenção da ré em proceder ao trancamento da matrícula, não pode a aluna ser condenada ao pagamento das mensalidades exigidas se a formalização do pedido não foi possível por problemas técnicos existentes na ferramenta disponibilizada no "portal do aluno". Sentença mantida. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária devida pela apelante para 15% sobre o valor da causa (art. 85,§11, do CPC).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls. 333/336 que acolheu os embargos monitórios e julgou improcedente a ação, com resolução do mérito da causa, nos termos do art. 487, inciso I do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, deverá a autora arcar com as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da causa devidamente atualiza.

Pleiteia a apelante a reforma do julgado alegando que os valores perseguidos na inicial são devidos uma vez que não restou comprovado o trancamento da matrícula por parte da aluna. Aduz que a ré não comprovou a ausência de certeza, liquidez e exigibilidade do título monitório, trazendo apenas argumentos infundados na tentativa de se esquivar do dever de cumprir suas obrigações. Esclarece que juntou vasta documentação no sentido de comprovar a higidez do débito, bem como a inadimplência da apelada a partir do mês de janeiro/2019. Salienta que em razão da mora, houve vencimento antecipado das demais parcelas, nos exatos termos pactuados. Afirma que não há cobrança dos encargos moratórios em relação às parcelas vincendas, restando demonstrado que seguiu todas as regras impostas no contrato. Assevera que a aluna tinha pleno conhecimento acerca dos procedimentos necessários para o trancamento da matrícula que se daria através do acesso ao portal do aluno ou por comparecimento pessoal junto à secretaria acadêmica, porém preferiu encaminhar apenas um e-mail informando seu interesse em trancar o curso.

Enfatiza que se a requerida não logrou realizar o trancamento da matrícula através do portal do aluno, deveria ter comparecido pessoalmente em suas dependências. Argumenta que orientou devidamente a ré e fez tudo que estava

Acesso ao Sumário

ao seu alcance para formalizar a solicitação, não sendo possível admitir que um mero envio de e-mail seja suficiente para o trancamento da matrícula, até mesmo por questões de segurança dos alunos. Discorre acerca da legalidade das cláusulas contratuais, da ausência de prestação dos serviços de forma deficiente e da culpa exclusiva da ré. Observa que se não houve o regular trancamento da matrícula, os serviços ficaram à disposição a apelada, sendo devido o pagamento das mensalidades. Ressalta a necessidade de respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*. E, uma vez que não restou comprovado o trancamento da matrícula por parte da aluna, a procedência do pedido monitório se impõe. Alternativamente, pugna pelo pagamento da multa por rescisão antecipada do contrato, conforme previsão expressa contida na cláusula 8.3.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

Por despacho de fls. 370 foi determinada a complementação do preparo recursal, nos termos da certidão de fls. 367, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso, o que foi devidamente cumprido pela apelante conforme se infere às fls. 374/376.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Bem andou o ilustre magistrado sentenciante ao acolher os embargos monitórios e julgar improcedente a ação nos seguintes termos:

"*Nessa senda, passando-se à análise do mérito da causa, segundo consta dos autos, as partes firmaram, em 27 de agosto de 2018, contrato de prestação de serviços educacionais (pósgraduação) (fls. 28/36). No entanto, é possível observar que a requerida solicitou o trancamento do curso, conforme correspondências eletrônicas de fls. 290/292.*

Outrossim, não prosperam as alegações da autora no sentido de que não houve observância ao procedimento de trancamento e que 'os representantes da Autora instruíram a Requerida de forma clara sobre como deveria proceder para realizar o trancamento da matrícula, mediante acesso ao portal do aluno ou pessoalmente na Secretaria Acadêmica', pois, em diversas oportunidades, a ré informou que não estava conseguindo realizar o procedimento pela internet.

De fato, em 26 de janeiro de 2019, a autora solicitou o trancamento do curso (fl. 311/312) e, sendo informada do procedimento via internet, encaminhou mensagem em 08/02/2019: 'Não encontrei no portal o requerimento, gostaria de ajuda com a ferramenta.', novamente em 11/02/2019 quanto aos passos do procedimento afirmou: 'Sim, segui e não vejo a opção de formulários no portal.' (fls. 307).

Sendo assim, diante da comunicação da requerida e das dificuldades em realizar o procedimento de trancamento do curso, não havia qualquer

óbice para que os funcionários da autora fornecessem outros meios para o procedimento ou mesmo que realizassem de plano o trancamento da matrícula.

Nessa esteira, tais dificuldades impostas pela parte autora à ré não podem servir de óbice ao exercício do direito da autora de realizar o trancamento do curso.

Por fim, no que concerne ao pedido de condenação nos termos do §10 do artigo 701 do Código de Processo Civil, a hipótese dos autos não comporta tal condenação, por não se vislumbrar má-fé no ajuizamento da presente ação." *(fls. 335)*

De fato, da análise detida dos autos verifica-se que a apelada, em um primeiro momento, encaminhou correspondência eletrônica à autora solicitando o trancamento de sua matrícula em razão de problemas pessoais, sendo orientada pela instituição de ensino a acessar o "portal do aluno" e solicitar o referido trancamento (fls. 290).

Entretanto, trouxe a requerida comprovação de que após a tentativa de acesso ao referido "portal do aluno" e não logrando realizar o formulário de trancamento da matrícula para o devido preenchimento, a mesma contatou novamente a autora informando a dificuldade em efetuar o procedimento (fls. 307).

Ora, como bem salientado pelo juízo sentenciante, o trancamento da matrícula da ré não se realizou por problemas na ferramenta da autora denominada "portal do aluno", sendo que a mesma adotou a providência de contatar a instituição de ensino para o devido auxílio, o que evidencia que a apelante tinha plena ciência da intenção da aluna em não prosseguir com o curso.

A alegação da recorrente de que em caso de problemas no "portal da aluna" junto à internet, a ré deveria ter se dirigido pessoalmente à secretaria para formalizar o trancamento da matrícula não se sustenta, na medida em que não há prova nos autos de que a mesma fora orientada nesse sentido pelos prepostos da autora. Além disso, desde o início das conversas entre as partes por correspondências eletrônicas, a instituição de ensino tinha ciência de que a ré pretendia trancar a matrícula.

Nesse esteio, restando comprovado nos autos que a instituição de ensino tinha pleno conhecimento da intenção da ré em proceder ao trancamento da matrícula, não pode a aluna ser condenada ao pagamento das mensalidades exigidas se a formalização do pedido não foi possível por problemas técnicos existentes na ferramenta disponibilizada no "portal do aluno".

Por fim, em relação ao pedido subsidiário formulado pela apelante, não há que se falar em aplicação da multa por rescisão antecipada do contrato, uma vez que não se trata de hipótese de abandono de curso sem qualquer comunicação por parte do aluno, onde evidentemente poderia ser exigida compensação

Acesso ao Sumário

pecuniária em razão da disponibilização dos serviços educacionais em seu favor.

Dessa forma a manutenção da sentença é medida de rigor.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e majoro os honorários advocatícios devidos pela apelante para 15% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000431-26.2021.8.26.0634, da Comarca de Tremembé, em que é apelante BANCO C6 CONSIGNADO S/A, é apelado JOSE FELIX SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48401)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: CONTRATOS - Empréstimos com descontos em benefício previdenciário - Inadmissibilidade - Falsidade demonstrada via perícia grafotécnica - Prova em contrário cabia ao banco, do que não cuidou - Inteligência do disposto no art. 6º do CDC e no inciso II do art. 373 do Cód. de Proc. Civil - Ação anulatória e restitutória procedente, sob compensação.

DANO MORAL - Configuração - Fraude na contratação de empréstimo consignado - Falha do banco mutuante - Conseqüências que ultrapassam a fronteira de simples aborrecimento - Indenização arbitrada em R$-10.000,00 - Diminuição R$-5.000,00, dadas as peculiaridades do caso - Sentença nessa parte reformada - Apelação parcialmente provida.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Luiz Fellippe de Souza Marino - que julgou procedente ação dita "declaratória de inexistência de relação jurídica c/c obrigação de fazer, indenização por danos materiais e morais...", referente a contratos de empréstimos consignados alegadamente não realizados; determinou-se restituição simples das parcelas descontadas do benefício previdenciário e arbitrou-se indenização por danos morais no valor de dez mil reais com honorários advocatícios de vinte por cento.

Sustenta o apelante que não deu causa ao evento, em se tratando de fraude praticada por terceiros, além de ter sido feito os créditos em conta corrente com o que não há falar em restituição de valores (quando não, que deve haver compensação) e, menos ainda, indenização por danos morais, cujo valor impugnou.

Postula o apelado, em sua resposta, o improvimento.

Não houve oposição a julgamento virtual. Recurso, no mais, bem processado.

É o relatório.

Vinga em parte o inconformismo.

Afirmou o autor, veementemente, desde a petição inicial, que não contraiu os empréstimos consignados, isto é, que nenhum instrumento assinou, com o que aqueles implementados pelo apelante, creditando valores em sua conta corrente, foram frutos de fraudes, bem demonstradas, de resto, pela perícia grafotécnica realizada.

O réu, de outra sorte, alegou o contrário, isto é, a idoneidade da contratação, sendo seu o ônus de demonstrar a alegação de fato extintivo ou impeditivo, conforme o disposto no inciso II do art. 373 do Cód. de Proc. Civil, bem como do inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, do que, todavia, não cuidou, tanto mais em face daquela conclusiva prova técnica.

Bem anotou o percuciente Magistrado em sua bem lançada r. sentença (fls. 334 e seguintes): "**A perícia concluiu que os contratos não foram assinados pelo requerente (pg. 292/315). O empréstimo foi concedido sem solicitação do requerente, mediante falsificação de sua assinatura. Expediente semelhante vem sendo observado em inúmeros processos. A contratação não decorreu de ato de terceiro de má-fé porque os valores foram depositados na conta do requerente. A má-fé foi do requerido que concedeu empréstimo sem solicitação ou de algum comissionado do requerido que lucrou com a concessão do empréstimo. A instituição financeira está concedendo empréstimos para aposentados sem solicitação, sabendo que grande parte dos aposentados por ignorância ou hipossuficiência utilizam os valores que apareceram em sua conta sem desconfiar que terão desconto no benefício previdenciário. Os descontos de pequeno valor muitas vezes não são nem**

Acesso ao Sumário

mesmo notados pelos aposentados. Ao descobrir existência do desconto no benefício previdenciário muitas vezes o aposentado não consegue comprovar sua boa fé depositando o valor recebido porque já gastou. A instituição financeira ainda conta com o recurso da falsificação do documento eletrônico e com a confiança empenhada pela sociedade na lisura das instituições financeiras. A prática é abusiva e deve ser combatida para defender os direito dos aposentados e a imagem das instituições financeiras. Devemos reconhecer a inexistência do empréstimo consignado, determinado que cessem os descontos e os valores indevidamente descontados sejam restituídos".

Daí se concluir que a pretensão anulatória era mesmo de ser acolhida, tanto mais em se considerando o teor da Súmula nº 479 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, bem lembrada também na r. decisão, segundo a qual "**As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias**".

Há de outra sorte, escorreita justificação para a imposição no pagamento da indenização por danos morais, tendo em vista que a conduta do apelante privou o apelado de expressiva parte de seus modestos proventos previdenciários até que obtivesse a bem concedida antecipação da tutela, além do que foi ele vítima de falsificação.

É agravo, de resto, cuja existência se constata por si só, "ipso facto", sem necessidade alguma de demonstração.

Observe-se, quanto a isso, que o dano moral decorre diretamente da violação do direito da vítima quando essa excede "**a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige**" (REsp 599.538/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2004, DJ 06.09.2004 p. 268).

No que se refere ao "quantum", assinala-se que deve se ter presente a moderação recomendada na doutrina e na jurisprudência, tanto para que se evite enriquecimento indevido de uma parte em detrimento de outra como, ainda, para que se observem os limites geralmente aceitos em casos análogos, de modo a que se chegue a um valor que, compensando a dor moral sofrida, contenha componente de punição e desestímulo, sem excesso nem aviltamento.

Mais ainda, "**deve o juiz: 1) punir pecuniariamente o infrator, pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; 2) por nas mãos do ofendido uma soma, que não é o *pretium doloris*, porém o meio de oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação...ou seja um bem estar psíquico compensatório do mal sofrido, numa espécie de substituição da tristeza pela alegria...**" (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Direito Civil", Vol. II, nº 176).

Acesso ao Sumário

No caso, e levando-se em conta tais parâmetros e circunstâncias - realça-se reconhecimento da hipossuficiência financeira ao apelado, privada, como dito, de grande parte de seus modestos ganhos previdenciários, obviamente indispensáveis à própria subsistência, o que potencializa angústia e sofrimento - mostra-se algo elevado o valor fixado na decisão, motivo pelo qual fica diminuído, aqui, para cinco mil reais, quantia que se tem como adequada e suficiente como lenitivo, sem excesso nem aviltamento.

Anota-se, demais disso, que cabe a pretendida compensação entre os valores creditados e aqueles a restituir, bem assim a condenação pecuniária, tudo monetariamente atualizado.

Reforma-se para tais fins, pois, parcialmente a r. sentença, nada se alterando no arbitramento dos honorários advocatícios (§11 do art. 85 do Cód. de Proc. Civil) em se tratando de acolhimento também parcial do inconformismo.

Em face do exposto, dá-se parcial provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013319-46.2016.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante DAVI ALVES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a preliminar e negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.440)**

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

São Paulo, 28 de janeiro de 2022.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação - Cédula de crédito bancário - Embargos à execução - Sentença de parcial acolhimento dos embargos - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Informações solicitadas à embargada pela perita prescindíveis ao deslinde do feito, por facilmente extraídas do próprio instrumento contratual - Embargante que teria plenas condições de realizar os cálcu-

Acesso ao Sumário

los segundo as taxas contratadas e apontar eventual erronia ou, ainda, valer-se da faculdade prevista no art. 477, §1º, do CPC, com a apresentação de parecer divergente - Embargante que, afora a pueril alegação de sonegação de informações a respeito dos encargos pactuados, nada apresentou a infirmar as conclusões da sentença - Decisão mantida. Afastaram a preliminar e negaram provimento à apelação.

VOTO

1. Trata-se de embargos à execução opostos por DAVI ALVES DOS SANTOS frente à execução por título extrajudicial que lhe move OMNI S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

A r. sentença acolheu em parte os embargos, para declarar excesso de execução com relação à cobrança da comissão de permanência, determinando o respectivo expurgo. Outrossim, responsabilizou o embargante pelas verbas da sucumbência, fixada a honorária em R$ 1.000,00 (fls. 242/248).

Apela o embargante, suscitando preliminar de cerceamento de defesa, com o argumento de que a prova pericial foi inconclusiva em razão de a apelada não haver atendido a solicitação da perita, voltada à exibição de planilha, informando os valores pagos, as datas de pagamento, os valores dos juros, da multa e de outros encargos em separado. Quanto ao mais, insiste na ausência de informações claras e precisas a respeito dos encargos cobrados, em infração ao princípio consumerista da informação. Objetiva, assim, a anulação da sentença com o retorno dos autos à fase instrutória ou, em caráter subsidiário, o acolhimento dos embargos (fls. 265/271).

2. Recurso tempestivo (fls. 264 e 265) e respondido (fls. 274/282).

Não há preparo, por ser o apelante beneficiário da gratuidade da justiça (fl. 39).

É o relatório do essencial.

3. Não procede a preliminar de cerceamento de defesa.

Diversamente do que procura fazer crer o apelante, a não confecção da planilha pretendida pela perita não prejudicou a conclusão do trabalho pericial.

Segundo o apelante, teria sido de rigor que a apelada detalhasse "as taxas cobradas, juros e encargos, percentuais e fórmulas" (v. fl. 268, último parágrafo).

Tais informações, porém, são facilmente extraídas da mera leitura do instrumento contratual, mormente do quadro resumo do financiamento (v. fl. 49).

Bem por isso, em esclarecimentos, a perita informou que "... os valores

Acesso ao Sumário

cobrados são pactuados no contrato, e os pagos são os valores efetivamente pagos pelo Embargante, portanto as respostas não estão contraditórias" (v. fl. 156, item "2").

Aliás, quisesse o apelante, ser-lhe-ia plenamente possível elaborar os cálculos com os parâmetros que entendesse corretos e com a utilização das taxas contratadas ou ainda utilizar-se da faculdade prevista no art. 477, §1º, do CPC, providenciando a apresentação de parecer divergente.

Ao revés, preferiu o apelante insistir na leiga e genérica crítica, com o pueril argumento de que não teria a apelada subsidiado a perita de informações sobre os encargos pactuados.

4. Na mesma esteira de raciocínio, não há como reverter a decisão na parte desfavorável ao apelante, uma vez que não traz ele argumentos palpáveis a infirmar as conclusões do digno sentenciante.

Limita-se o apelante a apontar suposta falha da apelada no dever de informação.

Tal alegação, porém, não procede - para o que basta um passar de olhos pelo instrumento contratual para se constatar terem sido informados os encargos incidentes e as respectivas taxas (fls. 49/52).

5. Mantida a sentença, os honorários de sucumbência são redimensionados para R$ 1.200,00, por aplicação da regra do art. 85, §11, do CPC.

Meu voto, portanto, **afasta** a preliminar e **nega provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001767-87.2021.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante KADU TORRES MOMESSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JOSE AUGUSTO ESTEVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46919)**

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, COM ANULAÇÃO DA R. SENTENÇA PARA QUE SEJA PRODUZIDA PROVA TESTEMUNHAL, DE SORTE A PERMITIR A APURAÇÃO DE EVENTUAL DESACORDO COMERCIAL OCORRIDO APÓS A EMISSÃO DO CHEQUE, CUJO CUMPRIMENTO É EXIGIDO PELO RECORRIDO - CERCEAMENTO CARACTERIZADO - PRELIMINAR ACOLHIDA - DEMANDADO QUE BUSCOU, NO CORPO DA PEÇA DEFENSIVA, A PRODUÇÃO DE PROVAS - ALEGAÇÃO DE DESACORDO COMERCIAL - QUESTÃO QUE PODE SER OBJETO DE APRECIAÇÃO, APÓS O DESENVOLVIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL - PRECEDENTES NESSE SENTIDO - R. SENTENÇA ANULADA, PARA QUE OUTRA, APÓS A REGULAR INSTRUÇÃO DO FEITO, VENHA A SER PROFERIDA - ANÁLISE DO MÉRITO POR AGORA PREJUDICADA - RECURSO PROVIDO - R. SENTENÇA ANULADA.

VOTO

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença que vem encartada a fls. 84/86, pela qual foi julgada procedente Ação de Locupletamento Ilícito, nos moldes em que proposta por **JOSE AUGUSTO ESTEVES** contra **KADU TORRES MOMESSO**, o que se deu para a específica finalidade de: "***condenar o réu no pagamento da quantia de R$ 29.182,76, acrescido de correção monetária e juros de mora a partir do ajuizamento da ação***". No mais, e em relação aos limites da Sucumbência, assim definiu o Juízo: "***Em razão da sucumbência da parte requeria, condeno-a no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação, suspendendo citados pagamentos por conceder ao requerido os benefícios da assistência judiciária gratuita***".

Alega o recorrente em razões de fls. 90/102, assim procedendo sob a forma de preliminar, aspecto relativo a ocorrência de cerceamento de defesa que a ele teria sido imposto, uma vez que se mostra necessária a produção de pro-

Acesso ao Sumário

va testemunhal, porque indispensável a efetiva comprovação de eventual conluio existente entre o credor originário do cheque copiado a fls. 11/12, no caso, "Mansoli & Filhos Elétrica e Hidráulica Ltda.", e o atual portador da cártula, o ora recorrido, notadamente no que diz respeito ao pleno conhecimento do "desacordo comercial" que motivou a expedição de contraordem de pagamento da cambial, motivo pelo qual pediu para que seja anulada a R. Sentença agora hostilizada, para que outra venha a ser regular e oportunamente proferida, necessariamente após a produção da prova pretendida.

Quanto ao mérito, caso superada a defesa processual, bateu-se pela reforma integral da R. Sentença sob ataque, assim dando conta de que deve ser reconhecida a inexigibilidade da cambial indicada nos autos, porque desfeito o negócio de compra e venda da caminhonete Volkswagen Amarok, ano 2012, prata, diesel, placas NRW 9077, Birigui, São Paulo, que motivou a emissão do título. Ademais, dá conta de que a transferência da cambial junto ao recorrido se deu mediante espúria prática de agiotagem por ele praticada, aspecto este que fulmina a exigibilidade do título, notadamente porque também alcançado pela prescrição, razão pela qual pediu pelo acolhimento de seus reclamos, com a decorrente reforma da R. Sentença que se tem por combatida.

Processado o recurso, vieram a seguir aos autos as devidas contrarrazões (fls. 107/113), momento em que o recorrido pugnou pela integral manutenção da R. Sentença a seu ver indevidamente atacada, subindo então o feito a esta E. Corte, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já regularmente decidida junto ao 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

A questão prejudicial como apresentada pelo recorrente, no sentido de que deve ser anulada a R. Sentença para que seja produzida prova testemunhal, deve ser merecedora de integral acolhimento por parte desta Turma Julgadora, uma vez que o cerceamento imposto ao direito de defesa do recorrente se mostrou presente no caso dos autos, uma vez que foi por ela expressamente requerida a produção de prova testemunhal, o que se deu nos moldes em que indicados por petição que resultou absolutamente ignorada pelo Juízo (fls. 28/35).

Diante de tais considerações, e porque inexistem elementos seguros encartados aos autos de sorte a bem embasar o quanto decidido, e tendo o interessado buscado produzir provas que pudessem dar suporte a suas argumentações, forçoso reconhecer que se faça presente a figura do cerceamento que teria sido imposto ao direito de defesa do recorrente, cerceamento este incapaz, no entanto, de dar suporte a pedido de conversão do julgamento, mesmo que em 2º Grau, em diligência, mas que se mostra capaz de dar suporte a anulação da R. Sentença como submetida a ataque, para que outra seja proferida, naturalmente depois do desenvolvimento da regular instrução processual, oportunidade em

Acesso ao Sumário

que os interessados poderão produzir provas que possam entender necessárias a plena demonstração das teses adotadas, desde que já especificadas.

A dar suporte ao entendimento adotado, confira-se ementa do seguinte Aresto, que agora transcrevo:

"***MONITÓRIA - Cheque - Sentença que julgou procedentes embargos monitórios - Apelo da embargada arguindo preliminar de nulidade de sentença, sob a alegação de que o julgamento antecipado da lide obstou a produção de provas, configurando verdadeiro cerceamento de defesa. No mérito sustenta, em síntese, que não houve qualquer desacordo comercial, ademais efetuou entrega das mercadorias, razão pela qual hígida a cobrança do débito, representado pelos cheques, objeto da lide. CERCEAMENTO DE DEFESA - Julgamento antecipado da lide - Ocorrência - Controvérsia reside na conclusão ou não de compra e venda de mercadorias, tendo como consequência a exigibilidade ou não dos cheques que embasam a ação monitória - Necessidade de produção de provas, inclusive testemunhal, para dirimir a controvérsia instalada - Sentença desconstituída - Recurso provido com desconstituição da sentença para prosseguimento da ação em seus ulteriores e regulares termos***". (TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, Recurso de Apelação nº 1031630-66.2014.8.26.0002, Relator Desembargador José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, recurso julgado em 29/06/2017)

Diante de tais considerações, e por inexistir nos autos qualquer prova que possa dar suporte à correta e adequada apreciação do conjunto discutido no todo processado, de rigor reconhecer a presença do cerceamento como alegado pelo recorrente, para assim se promover a anulação da R. Sentença hostilizada, com determinação de que outra seja proferida, o que deverá se dar após produção de prova testemunhal.

Pelo exposto, e uma vez acolhida a preliminar suscitada, é caso de se anular a R. Sentença, o que se dá nos exatos limites do Voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0036591-24.2011.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, é apelado/apelante SHARON & SHARON VESTUÁRIO LTDA. ME.

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 interposto pela autora e deram parcial provimento ao apelo manifestado pelo réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 42273)**

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. Ação declaratória e indenizatória. Sentença de parcial procedência. Recurso interposto por ambas as partes. 1. Pedido inicial fundado em defeito da prestação do serviço bancário, ao argumento de que, por erro do banco, houve a duplicação de operações de adiantamento de recebíveis e sucessivas operações de mútuo para correção do equívoco cometido pela casa bancária. Perícia contábil parcialmente inconclusiva por desídia da instituição financeira, que não apresentou todos os documentos solicitados pela perita. Provas documental e pericial que permitem concluir, no entanto, que o erro cometido pelo banco implicou na celebração de um dos contratos, no valor R$ 25.436,32. Declaração de nulidade apenas deste ajuste. Indevida retenção pelo banco de valores decorrentes de operação de adiantamento encetada com terceiro. Determinação de restituição de tais valores à cliente. Impossibilidade, no entanto, de reconhecimento de nulidade dos demais contratos. Inexistência de prova de que foram eles celebrados para regularizar o erro cometido pelo banco. Responsabilidade civil. Danos morais. Inscrição do nome da autora em cadastro de órgão de proteção ao crédito. Dano moral configurado in re ipsa. Indenização por dano moral fixada em R$ 30.000,00. Descabimento dos pleitos de redução e de majoração. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida neste aspecto (RI, 252). 2. Litigância de má-fé. Imposição ao bando do pagamento da multa a que alude o artigo 81, do CPC, ao fundamento de que ele não apresentou os documentos solicitados pela perita para a conclusão do trabalho técnico. Consideração de que a desídia da parte na instrução probatória

Acesso ao Sumário

traz consequência na distribuição do ônus probatório e da análise da prova em seu prejuízo, mas não importa em configuração das condutas inscritas no artigo 80, do CPC. Litigância de má-fé não caracterizada. Penalidade processual afastada. Sentença reformada neste ponto 3. Juros moratórios sobre o valor da indenização por dano moral. Circunstância de que, tratando-se de responsabilidade contratual, os juros legais de mora devem ser contados a partir da citação e não do evento danoso. Entendimento consolidado no Colendo Superior Tribunal de Justiça neste sentido. Sentença reformada neste aspecto. 4. Recurso interposto pela autora improvido e provido, em parte, o apelo manifestado pelo réu.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso interposto pela autora e deram parcial provimento ao apelo manifestado pelo réu.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 828/836, de relatório adotado, que, em ação declaratória e indenizatória precedida de cautelar inominada, julgou parcialmente procedente o pedido inicial e impôs ao banco ao pagamento de multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos dos artigos 80, IV, e 81, ambos do Código de Processo Civil.

Recorre a instituição financeira ré, sustentando, em síntese, que não praticou qualquer ilícito, porquanto as duplicidades de adiantamentos atinentes aos recebíveis de máquinas de cartão de crédito ocorreram porque a autora solicitou o adiantamento de valores à administradora do cartão e, em razão de contratação expressa, a recorrente também encaminhou adiantamento nas datas determinadas, ponderando que a cliente estava ciente das operações de crédito em cotejo. Pondera que foi oferecido à recorrida contrato de capital de giro para que ela pagasse o valor adiantado, tendo ela também anuído a tal contratação, não havendo se cogitar de má-fé do banco, que agiu de acordo com as normas do Bacen. Acrescenta que a trava de domicílio bancário ocorreu de forma regular, porquanto os valores referentes às parcelas do capital de giro seriam descontados desta conta e os valores excedentes seriam disponibilizados nas contas correntes da autora, que, entretanto, estava inadimplente junto ao banco. Realça que a conta caucionada prestava-se somente para recolher os valores para a quitação do contrato de capital de giro, sendo que os demais recebíveis eram devidamente creditados na conta corrente da recorrida. Anota que todos os

Acesso ao Sumário

valores constantes da conta caucionada foram disponibilizados à autora quando ela foi encerrada e os valores referentes aos recebíveis futuros foram creditados em sua conta corrente, não havendo se cogitar em disponibilização pelo banco do montante pleiteado. Aduz que a autora não apresentou prova documental que comprovasse os fatos por ela narrados na exordial, descumprindo a regra inscrita no artigo 373, I, do Código de Processo Civil, observando, por outro lado, que não existiam outros documentos a serem apresentados pelo réu. Ressalta que não resultou configurado o defeito na prestação do serviço, bem como a ocorrência de danos morais ou materiais. Requer, subsidiariamente, a redução do valor fixado a título de indenização por dano moral. Afirma que os juros de mora sobre o valor da condenação por dano moral devem ser computados desde a prolação da sentença. Salienta que não resultou demonstrada a sua má-fé processual, devendo, assim, ser afastada a sua condenação ao pagamento da multa estabelecida no artigo 81 do Código de Processo Civil.

Em seu recurso, alega a autora, em resumo, que o réu, em contestação, não impugnou especificamente a maioria dos pleitos inscritos na petição inicial, a par do que agiu com desídia na instrução probatória ao se recusar a prestar informações explicitamente requeridas pelo *expert* para a produção da prova pericial. Assevera que a r. sentença apreciou individualmente cada contrato, sem examiná-los dentro do contexto global da relação jurídica em cotejo, ponderando que o objetivo inicial do banco era o de fornecer à cliente a operação de crédito denominada "adiantamento ORPAG", ao passo que as demais operações que se sucederam visavam à correção dos erros cometidos pelo banco na prestação do serviço, que foram realizadas em prejuízo da autora. Anota que as provas produzidas nos autos são suficientes para concluir que o banco agiu com dolo desde o início, quando ofereceu produto supostamente vantajoso à cliente e, na sequência, impôs a concessão de créditos, mediante a cobrança de juros, para solucionar problemas e danos financeiros que ela mesmo havia causado, destruindo a saúde financeira da recorrente. A par disso, exigiu contrapartidas e garantias financeiras, acrescentando que, a última concessão de crédito, simplesmente consumiu todo o valor de título fiduciário emitido no importe de R$ 260.000,00, além de quantias de sua conta bancária por meio de operações indefinidas e aleatórias, denominadas "Antec. De Cartão", "Desconto de ORPAG" e "Baixa OP Desc". Assevera que o réu deve compensar a recorrente pelos prejuízos materiais causados, cujos valores devem ser apurados em futura liquidação de sentença, mesmo porque a perícia não foi conclusiva quanto à existência de crédito/débito entre as partes, em razão da falta de documentos que deveriam ter sido exibidos pela ré. Afirma que a prática adotada pela instituição financeira, além de causar perda patrimonial, resultou em confusão das contas da autora, causando-lhe prejuízos e atrasos em compromissos financeiros e, consequente, negativações e restrições de crédito no mercado. Aduz que é de rigor reconhe-

Acesso ao Sumário

cer a ilicitude dos descontos sob a denominação "Baixa op Desc" desde 31 de agosto de 2011, sendo devida a restituição dos valores descontados. Postula a majoração da indenização por danos morais para, no mínimo, o importe de R$ 100.000,00. Requer a condenação do banco à restituição, em dobro, do valor pago a maior na operação de capital de giro, tendo em vista que fixado em R$ 141.928,61 e entregue à cliente apenas R$ 95.000,00. Pleiteia o direito à compensação entre créditos e débitos.

Os recursos são tempestivos, foram preparados e respondidos.

É o relatório.

Versam os autos sobre ação declaratória e indenizatória, precedida de medida cautelar inominada, em que postulou a autora: a) a declaração de ocorrência de indevida duplicações de operações de crédito denominadas "ORPAG" por culpa do réu e a caracterização destas operações como doação à autora; b) a declaração de nulidade da operação de capital de giro no valor de R$ 25.436,32; c) a condenação do réu à restituição das quantias de R$ 38.568,19 e R$ 452,14, que foram retidas na sua conta-caução; d) a condenação do banco à repetição de valor pago a maior na operação de capital de giro no valor de R$ 141.928,61; e) a condenação do réu à restituição dos valores indevidamente descontados sob a denominação "Baixa Op Desc", desde 31 de agosto de 2011; f) a condenação do banco ao pagamento de indenização por dano moral no valor mínimo de R$ 100.000,00; g) o direito à compensação entre débitos e créditos e h) a declaração de nulidade de todos os contratos firmados pelas partes. Alegou que é empresa de comércio varejista e era cliente do banco réu desde outubro de 2010, sendo titular das contas correntes n. 200849-1 e n. 205720-4. Asseverou que até janeiro/fevereiro de 2011 recebia normalmente em sua conta bancária toda a movimentação dos créditos e débitos realizados pelas maquininhas de cartão. Aduziu que, em fevereiro de 2011, ao informar a sua pretensão de abrir outra filial, o Sr. André, preposto do réu, ofereceu-lhe crédito de capital de giro no valor de R$ 30.000,00 (Cédula de Crédito Bancário/Empréstimo-capital de giro), condicionando à aplicação de R$ 5.000,00 em títulos de capitalização, ponderando que aceitou tal condição devido à sua necessidade. Acrescentou que, na mesma oportunidade, foi ofertada a contratação de produto denominado "Adiantamento ORPAG" (adiantamento de recebíveis), tendo ela realizado o ajuste verbal deste serviço. Entretanto, a partir de 16 de fevereiro de 2011, foram encetadas operações, sem que o réu tivesse prestado contas à autora. Alegou que, em maio de 2011, o Sr. André lhe informou que havia realizado antecipações ORPAGs em duplicidade, devido a erro operacional do sistema do banco, mas, em vez de assumir o erro, impôs a recorrente nova operação de crédito no valor exato do prejuízo de R$ 25.436,32 (Cédula de Crédito Bancário n. 004.649.698). Disse que foram realizadas pelo réu outras operações, concedido crédito à autora no valor de R$ 141.928,61, com vencimento da primeira parcela em 2 de julho de

Acesso ao Sumário

2011, denominada "Cédula de Crédito Bancário/Empréstimo - Capital de Giro" com venda casada de dois planos de previdência, sendo proposto ainda que o capital fornecido fosse destinado à quitação do saldos remanescentes da primeira operação de crédito no valor de R$ 30.000,00, bem como da segunda operação atinente à suposta duplicidade no valor de R$ 25.436,32, descaracterizada, assim, a natureza de capital de giro, pois destinada à amortização de créditos anteriores. Narrou que o réu exigiu como garantia a cessão fiduciária de direitos creditórios, cujo valor era superior ao crédito concedido. Asseverou que, em razão da nova contratação, foi gerada conta-caução, para onde foram direcionados todos os recebíveis da autora, inclusive as parcelas da cessão fiduciária, sem que houvesse qualquer cartão/talão de cheque para movimentação da conta ou acesso aos extratos, causando-lhe óbices à liberação de valores, passando ela a enfrentar dificuldades no adimplemento de suas obrigações financeiras com terceiros. Sustentou que tentou obter junto ao banco HSBC novas máquinas Redecard para voltar a administrar sua movimentação financeira, o que lhe foi negado, pois, por solicitação do réu, houve a alteração de domicílio bancário dos recebíveis das máquinas, que eram direcionados à conta-caução. Relatou que tentou obter extratos de movimentação de recebíveis de suas lojas junto à Cielo, que lhe disse que havia possibilidade de promover adiantamentos de ORPAGs no valor de R$ 40.000,00, tendo sido liberado na sua-conta caução os valores de R$ 38.568,19 e R$ 452,14, que foram bloqueados pelo réu, sob o argumento de que teria ocorrido o destravamento das máquinas dentro de sua estrutura operacional, permitindo que a CIELO tivesse acesso aos dados financeiros da autora e preferência do fornecimento do crédito para o banco, gerando também a duplicidade das antecipações ORPAGs sem a respectiva entrada de tais créditos. Concluiu que houve duas duplicações de valores, uma de R$ 25.436,32 e outra correspondente ao somatório de R$ 38.568,19 e R$ 452,14. Argumentou que resultou configurado o dano moral indenizável.

Por sua vez, o pedido inicial foi julgado parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 828/836, para declarar nula a contratação do empréstimo de capital de giro fornecido pelo réu no valor de R$ 25.436,32, e condenar o banco à restituição dos valores de R$ 38.568,19 e R$ 452,19, corrigidos e acrescidos de juros de mora desde o desconto realizado, bem como ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R$ 30.000,00, corrigido a partir da sentença e acrescido de juros de mora a partir de fevereiro de 2011 (data em que a autora alegou que as contas deixaram de ser prestadas pelo réu). E, reconhecida a sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários ao advogado da parte adversa a ser calculado sobre o proveito econômico. O banco foi condenado também ao pagamento de multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos dos artigos 80, IV, e 81, ambos do Código de Processo Civil, por ato atentatório à dignidade da

Acesso ao Sumário

justiça e violação da boa-fé processual.

Nego provimento ao recurso interposto pela autora e dou parcial provimento ao apelo do réu.

Nas matérias de fundo suscitados nos recursos de ambas as partes, mantenho a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Neste passo, oportuna a consideração no sentido de que o artigo 252, do Regimento Interno desta Corte, dispõe que "nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento", cumprindo destacar que aludida disposição regimental amolda-se perfeitamente ao caso em exame, pois, analisadas as questões de fato e de direito submetidas à apreciação judicial, sob o enfoque da prova contida nos autos, outra não poderia ser a solução da lide senão aquela adotada pela magistrada.

Com efeito, a r. sentença está em harmonia com os elementos probantes existentes nos autos, consoante se infere de sua detida análise, valendo anotar que "não se configura desprovido de fundamentação, tampouco omisso, o julgado que repete fundamentos adotados pela sentença, com sua transcrição no corpo do acórdão", mesmo porque "a adoção das razões de decidir da sentença pelo tribunal de apelação encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal" (REsp 641.963/ES, Rel. Min. Castro Meira, j. 08-11-2005), a par do que "No julgamento da apelação, o Tribunal local pode adotar ou ratificar, como razões de decidir, os fundamentos da sentença, prática que não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade. Precedentes" (AgInt no AREsp 1075290/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 15/03/2018).

Transcreve-se, a propósito, trecho da r. sentença:

"*A demanda é parcialmente procedente.*

Primeiramente, conforme se verifica pelas alegações constantes da exordial e de seus documentos, houve pelas partes as seguintes contratações:

Conta corrente da loja matriz, de n. 200849-1;

Conta caução de n. 204093-P;

Conta corrente da filial, de n. 2057020-4

1º Empréstimo de capital de giro no valor de R$ 30.000,00;

2º Empréstimo de capital de giro no valor de R$ 25.436,32;

3º Empréstimo de capital de giro no valor de R$ 141.928,61;

Contrato de crédito rotativo ('Cheque Flex' firmado pela matriz), no valor de R$ 10.000,00, da conta 200849-2

Instrumento Particular de Compra e Venda firmado entre os sócios da autora e a empresa GRCA Empreendimentos e Participações S.A. e Termo de

Acesso ao Sumário

Cessão Fiduciária de seus Direitos Creditórios em favor do réu.

Pois bem, antes de mais cumpre observar que as diversas contratações formalizadas entre as partes são válidas.

O mérito da questão trazida necessitava de análise minuciosa de extratos bancários anexados ao feito e para isso se determinou a realização de perícia contábil.

O trabalho da D. Perita consistiu em análise dos lançamentos efetuados pelo banco réu à autora a título de antecipação de receita 'Antec. de Cartão' (em especial de valores acumulados tanto de débito, quanto de crédito), 'Desconto de ORPAG' (tanto de débito, quanto de crédito" e 'Baixa OP Desc', o que, conforme observado pela própria perita, restou prejudicada ante a ausência de documentação contábil específica que proporcionasse a verificação detalhada da origem das rubricas destacadas (fls. 680).

Vale frisar que a d. perita salientou, às fls. 681, que pela documentação dos autos não foi possível de se identificar prejuízo causado à autora, mas que uma avaliação mais criteriosa acerca dos valores lançados pelo banco nos extratos bancários dependiam de documentação contábil complementar a informar e comprovar a origem dos valores de 'Antec. de Cartão', 'Desconto de ORPAG' e 'Baixa OP Desc'.

Em razão disso, após manifestação das partes acerca do laudo pericial, este juízo entendeu por bem determinar que o banco apresentasse a documentação complementar de forma a viabilizar o trabalho da D. Perita para uma análise cabal sobre o aqui discutido.

No entanto, decorrido o prazo sem atendimento pelo réu, este juízo, às fls. 789, deu por preclusa a prova do banco, impondo favorecimento da tese da parte autora.

Necessário dizer que a autora instruiu amplamente a demanda visando corroborar a sua versão. O réu, por sua vez, em sua contestação, não trouxe aos autos qualquer documento capaz de corroborar o alegado. Com o regular andamento do feito, e por necessidade para a conclusão da prova pericial e, consequentemente, ao convencimento deste juízo, foi-lhe imposta a obrigação de trazer documentos para complementação do laudo pericial, documentos esses que seriam de fácil obtenção para o réu. Porém, quedou-se inerte.

Quando se disse preclusa a prova para o Bradesco, a partir de sua inércia para a promoção de vinda de documentos comuns às partes, apontou-se que seria favorecida a tese da parte autora.

Claro que, da preclusão, retira-se o possível para isso.

Note-se que o pedido não é decorrência escorreita direta do quanto alegado. Não no sentido jurídico, mas no prático, do dia a dia, o que se alega, em suma, não é vício do ato jurídico no seu nascedouro, mas confusão nas contas,

Acesso ao Sumário

impossibilidade de serem elas realizados a contento pelo tomador de crédito.

É claro que um controle maior de contabilidade disso tudo, ainda que seja a prova da autora dela mesma por imposição do ônus processual, é feito pelos bancos. Banco sabe o quanto emprestou e como, sobretudo quando. Exemplo disso é o que a contestação traz de duplicidade com relação ao adiantamento feito pela Cielo.

Por isso, sendo documento comum às partes, determinou-se para a perícia mais apurada, a pedido da D. Perita, a vinda, pelo BRADESCO, de suplementares.

Mas, como se disse, se não se alega vício do ato jurídico, o que se tira é que, num primeiro lanço, são válidos.

Se são válidos, sua execução, somente, pode ser questionada. E o que se buscou na demanda foi exatamente apurar a execução dos contratos firmados, para se *saber o quanto se pagou e o quanto recebeu.*

Ainda que, com boa vontade, quisesse o juízo analisar pericialmente as contas, o banco impediu a análise da execução contratual de que, como parte contratante, guardava documentação.

O que se tem, portanto, é o dever de se reconhecer que as execuções das contratações foram equivocadas.

Todavia, ante da legalidade dos contratos, ainda que mal executados, não se pode ter, ou reconhecer como doação, como pretende a autora, os valores pagos pelo banco réu em duplicidade. Portanto, descabida tal pretensão.

No entanto, há que se declarar a nulidade da contratação do empréstimo do capital de giro fornecido pelo réu no valor de R$ 25.436,32, visto que a sua contratação decorreu do equívoco no pagamento em duplicidade, cujo valor é exatamente o da duplicidade, o que denota ter sido realizado para se corrigir eventual má execução do serviço por parte do réu.

Há que se condenar o banco réu também na restituição das quantias de R$ 38.568,19 e R$ 452,14, retidas na conta-caução, pois também decorrem, da má execução do contrato pelo Bradesco.

Porém, não há se falar em compensação de valores com a dívida remanescente do capital de giro no valor de R$ 141.928,61, ante a informação da autora, em alegações finais, de que a dívida já fora quitada.

Quanto aos danos morais pleiteados, considerando que a execução do contrato é tomada, aqui, como equivocada, a negativação da pessoa jurídica pelo contrato não é correta. Além de a perda eventual de crédito ser perda patrimonial, comprovou-se que a má execução do contrato provocou a confusão nas contas da autora, causando-lhe prejuízos e atrasos em compromissos financeiros e, consequentemente, negativações e restrição de crédito no mer-

Acesso ao Sumário

cado, devendo, por isso, ser quantificada no seu rigor. Mas, não vindos os termos exatos, tem-se que, dentro do limite de R$ 100.000,00 pedidos, o nome da autora, indevidamente inscrito em cadastros de inadimplentes, fora atingido, afetando-se a honra objetiva, única que porta a pessoa jurídica. Entende-se, por isso, bastante a indenização hoje fixada em R$ 30.000,00." (fls. 833/836).

Com efeito, na hipótese em apreço, a perita deixou assentado em suas conclusões que, "com relação aos empréstimos mencionados na peça de ingresso, estão todos contabilizados nos extratos das contas bancárias trazidos aos autos e ora analisados neste Laudo Técnico (não está sendo aqui avaliada se seu uso foi para fins de capital de giro ou teve desviada sua função - destacando que o último empréstimo realizado serviu, em parte, para quitar valores dos empréstimos anteriores). (...) Com efeito, considerando-se as alegações das partes delimitadas nas peças inicial e contestatória, bem como, a documentação acostadas aos autos, não foi possível identificar prejuízo causado à parte reclamante, entretanto, frise-se que seria necessária uma avaliação mais criteriosa dos valores lançados nos extratos bancários que dependem de documentação contábil complementar a informar e comprovar a origem dos valores de: 'ANTEC DE CARTÃO, 'DESCONTO DE ORPAG' E 'BAIXA OP DESC', já que tais valores não tiveram sua origem e composição comprovada na documentação apreciada. Ademais, tais valores especificados no parágrafo anterior delimitaram tanto os valores transferidos para a conta corrente do autor (saldo a crédito), como a necessidade de uso dos valores decorrentes das parcelas do acordo-garantia contratual por meio da 'Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios' sobre o contrato de 'Compra e Venda' mantido entre autores e a empresa GRCA Empreendimentos e Participações S/A, ou ainda, a existência, ou não, de lançamento a crédito duplicado como defendido pelo banco réu (se necessária averiguação, caberá fornecimento de documentos complementares pelo banco réu - se assim entender pertinente o Meritíssimo Juízo." (fls. 680/681).

E, como já visto, o d. magistrado determinou ao banco a juntada da documentação complementar requerida pela perícia técnica (fls. 784), mas o réu deixou transcorrer *in albis* o prazo anotado e, por isso, o juízo considerou "a prova por preclusa para o banco, sendo que, se o juízo determinou a sua realização, era porque necessária ao feito, o que impõe o favorecimento da tese de prova da parte autora." (fls. 789).

Destarte, conquanto a perícia tenha concluído que todos os contratos de mútuo foram realmente celebrados e devidamente contabilizados, e não tenha, pelas provas existentes nos autos, identificado o prejuízo da autora, verifica-se, com bem anotou o d. magistrado, que o trabalho técnico resultou parcialmente inconclusivo por desídia do banco, que não exibiu os documentos solicitados pela perita.

Bem por isso, reputo correta e justa a solução da lide nos moldes da r.

Acesso ao Sumário

sentença, que considerou a redistribuição do ônus probatório, tendo em vista a omissão da instituição financeira em praticar o ato processual que lhe incumbia.

Acrescento, aos bens delineados fundamentos da r. sentença que, no que tange ao contrato de empréstimo de capital de giro no valor de R$ 25.436,32 de fls. 109/112 (declarado nulo pela r. sentença), resultou incontrovertido nos autos que foi ele celebrado para quitar a operação de adiantamento feita em duplicidade, sendo certo que, neste ponto, a instituição financeira apenas alegou, genericamente, que tal duplicação decorreu de ato da autora, mas não apresentou prova documental neste sentido, afigurando-se adequada a declaração de sua nulidade, porquanto não se controverte que tal operação resultou em prejuízo ao cliente, sendo razoável concluir que, neste aspecto, houve falha na prestação do serviço bancário.

Bom é deixar assentado, neste ponto, apenas, que a declaração de nulidade deste contrato tem como consequência o restabelecimento do *status quo ante* relativamente a este ajuste, de modo que cabe ao banco restituir à autora todas as parcelas e descontos por ele encetados nas contas correntes e na conta-caução da cliente, inclusive a título de encargos remuneratórios e moratórios, para o adimplemento do referido empréstimo, corrigidos e acrescidos de juros de mora desde os desembolsos. Por sua vez, deverá à autora ressarcir ao banco o valor disponibilizado em sua conta corrente decorrente de tal contratação, corrigido e acrescido de juros legais de mora a partir da disponibilização, admitida, neste caso, a compensação.

Por seu turno, no que tange à restituição dos valores de R$ 38.568,19 e R$ 452,14, retidos pelo banco na conta-caução, a instituição financeira não impugnou a alegação da autora de que tais valores decorreram de adiantamento de recebíveis efetuado com terceiro (CIELO), a par do, como já visto, não apresentou prova documental que comprovasse a legitimidade de tal retenção e, por isso, também por este fundamento, reputo correta a determinação de devolução.

Bem por isso, não há se acolher o pleito recursal do réu em relação às questões acima analisadas.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, não vinga o recurso da autora relativamente à operação de crédito de capital de giro no valor de R$ 141.928,61, porquanto, ao contrário do que alegou esta recorrente (no sentido de que teria recebido apenas R$ 95.000,00 do total mutuado e que o restante teria sido destinado para a quitação dos contratos de fls. 94/106 e 109/112), a perícia concluiu que o valor de R$ 140.000,00 foi lançado na conta caução (fls. 675) e, em seguida, houve a transferência, da conta caução para a conta corrente, das importâncias de R$ 25.000,00 e R$ 95.000,00 (fl. 660), a par do que a parte ativa não indicou qualquer irregularidade na contratação do empréstimo de R$ 30.000,00 (fls. 94/106), no valor de R$ 30.000,00. Sendo assim, forçoso é concluir que a maior parte do

valor emprestado pelo banco foi disponibilizado à autora, não tendo fomento sua a alegação que tal contratação decorreu do erro cometido pela instituição financeira ante a duplicação de adiantamentos de recebíveis, mesmo porque a importância envolvida nesta última operação crédito era bem superior àquela e houve regular contratação do mútuo de fls. 94/106. A par disso, a autora não sofrerá qualquer prejuízo caso tenha ocorrido eventual quitação de parte do contrato de empréstimo de capital de giro no valor de R$ 25.436,32, com parte do valor da operação de capital de giro de R$ 141.928,61, tendo em vista que, como consequência da declaração de nulidade do contrato de R$ 25.436,32, caberá a ré restituir todos os valores adimplidos pela autora, inclusive eventuais montantes descontados pelo banco do valor mutuado na última operação de crédito para o adimplemento da primeira.

Descabido também o pleito de restituição dos valores descontados a título de "Baixa op Desc", porquanto não há mínimo lastro probatório que autorize o atendimento de tal pretensão, cumprindo realçar que, conquanto fosse do réu o ônus de apresentar documentos para complementação da perícia, não se desincumbiu a autora do encargo de, pelo menos, produzir início de prova de seu alegado direito.

Por fim, é indisputável a configuração dos danos morais na espécie, haja vista que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido de que, "consoante a jurisprudência desta Corte, 'nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica' (REsp n. 1.059.663/MS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008)" (AgRg no AREsp 821.839/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 26/04/2016, DJe 03/05/2016).

Com efeito, a inscrição do nome da autora nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito importou em ofensa à sua imagem, valendo consignar que, sendo também a empresa detentora de honra objetiva, faz jus à indenização por dano moral quando seu bom nome ou imagem forem atingidos no meio comercial, já que tais restrições importam em (falsa) impressão de incapacidade da sociedade em honrar seus compromissos, originando-se então os danos morais indenizáveis, que decorrem pura e simplesmente do ilegal registro feito.

Bom é destacar que, na esteira da Súmula n. 227, do C. Superior Tribunal de Justiça, que preconiza que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral", a jurisprudência daquela Corte é remansosa no sentido de que "o protesto indevido de título enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo" (REsp 546329/RS, j. 02/10/2003. Rel. Min. Castro Filho), bem assim que "na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto" (REsp

Acesso ao Sumário

331517/GO, j. 27/11/2001, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha), pois "a indenização pelos danos morais independe de prova de prejuízos materiais" (REsp 218529/SP, j. 13/09/2001, Rel. Min. Ari Pargendler).

Destarte, uma vez caracterizados os danos morais indenizáveis, resultantes da negativação do nome da autora em cadastro de inadimplentes em decorrência de erro cometido pela casa bancária, cumpre ter em conta que a indenização correspondente deve ser estabelecida em patamar moderado e adequado à espécie, adotando-se critério que afaste a possibilidade de que a reparação do dano alcance contorno de enriquecimento ilícito, mas, considerando o aspecto inibitório da condenação, em relação ao autor do ilícito, a fim de que melhor avalie seus procedimentos, não se olvide, de outra parte, do caráter compensatório da reparação, de molde ao menos a mitigar o abalo de crédito experimentado pela lesada.

E, em atenção a essa diretriz, afigura-se adequado o valor de R$ 30.000,00 fixado pelo juízo *a quo*, pois tal montante está em consonância com o entendimento desta Câmara em casos análogos aos destes autos, descabidos, assim, os pleitos de redução, suscitado pelo réu, e o de majoração deduzido pela autora, cumprindo realçar que "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." (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/09/01).

Entretanto, a r. sentença merece ser reformada em parte mínima.

É que não se justifica a imposição ao réu de sanção por litigância de má-fé, tendo em vista que a sua inércia ao não cumprir a determinação judicial de apresentar os documentos solicitados pela perita tem como consequência o seu prejuízo processual no campo probatório (como ocorreu na espécie), mas tal conduta não se enquadra perfeitamente nos requisitos inscritos no artigo 80 e incisos, do Código de Processo Civil.

Deveras, "segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para aplicação da multa por litigância de má-fé, há necessidade de verificação do elemento subjetivo, consistente no dolo ou culpa grave da parte." (AgInt no AREsp 1865732/MS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/10/2021, DJe 17/11/2021).

Também equivocou-se o juízo ao determinar a incidência dos juros de mora sobre o valor da indenização por dano moral a partir de fevereiro de 2011 (data em que a autora alegou que as contas deixaram de ser prestadas pelo réu), eis que, tratando-se de responsabilidade civil contratual, os juros legais de mora devem ser computados a partir da data da citação (CPC, 240), consoante, aliás, entendimento consolidado no Colendo Superior Tribunal de Justiça: "O Superior

Tribunal de Justiça firmou orientação de que o termo inicial dos juros de mora, nas indenizações por danos morais decorrentes de ilícito contratual, é a data da citação." (AgInt no AREsp 1947473/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 29/11/2021).

Em suma, reformo a r. sentença, em parte mínima, apenas para afastar a imposição ao réu de sanção por litigância de má-fé e para determinar a incidência dos juros legais de mora, sobre o valor da indenização por dano moral, a partir da citação, mantido, no mais, o provimento jurisdicional ora vergastado, por seus próprios fundamentos e pelos ora delineados, inclusive no que pertine a sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com metade das custas e despesas processuais, além de honorários devidos ao patrono da parte adversa, que fixo (observo que, por um lapso, o d. magistrado sentenciante não fixou o percentual da verba honorária sucumbencial fl. 836) em 10% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pela autora e dou parcial provimento ao apelo manifestado pelo réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015888-31.2020.8.26.0506, da Comarca de Catanduva, em que é apelante NAIARA APARECIDA CHICONI, é apelado CENTRO UNIVERSITÁRIO ESTÁCIO DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª 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 79864)**

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

São Paulo, 28 de janeiro de 2022.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE, PARA COMPELIR A RÉ A PERMITIR QUE A AUTORA CONTINUE SEU CURSO DE MEDICINA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. INCONFORMISMO FUNDADO EM

Acesso ao Sumário

TÁCITA REMATRÍCULA. ALEGAÇÃO QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO E CONSTITUI INADMISSÍVEL INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. APELO NÃO CONHECIDO.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 144/149, que julgou improcedente tutela antecipada de urgência em caráter antecedente, para, em resumo, permitir que a autora continue a cursar o curso de Medicina na instituição ré, realizando, assim, as atividades curriculares previstas, revogada a tutela antecipada concedida a fls. 45, e impôs à autora os ônus da sucumbência, na forma discriminada no dispositivo da decisão.

Em seu recurso, alega a autora que, sendo incontroverso que os professores da ré permitiram que ela continuasse a participar e a assistir regularmente as aulas referentes ao primeiro semestre de 2020, houve tacitamente a sua rematrícula para o referido semestre, o que obriga a ré a permitir que ela pudesse igualmente participar das provas e ser rematriculada. Assim, diante da rematrícula tácita, invoca a incidência do disposto no artigo 6º da Lei nº 9.870/1999 e afirma que a apelada não poderia promover o seu desligamento do curso de medicina, o que só poderia ter ocorrido no final do semestre. Pede a reforma da sentença e a confirmação da tutela concedida a fls. 45.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso não é cognoscível.

Nas razões recursais, a recorrente aduz que, como os professores permitiram que ela assistisse aulas do primeiro semestre de 2020, houve sua rematrícula tácita no curso de medicina fornecido pela ré. Ocorre que tal alegação não fora formulada nem na inicial e nem no aditamento, de forma que viola princípio da adstrição e constitui inovação recursal, o que não pode ser admitido.

Anote-se ainda que, diante da natureza das tutelas cautelares, toca as raias da má-fé processual a alegação de que o cumprimento de decisão proferida em caráter antecipatório (cf. fls. 45) tenha implicado a rematrícula definitiva da autora no curso em questão.

De resto, à luz do disposto no § 11 do art. 85 do C.P.C. majoro os honorários de sucumbência para 10,5% do valor atualizado da causa.

Pelo exposto, não conheço do apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1063294-44.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PIETRO GALATI NETO e ERIKA CASAGRANDE MACITO, é apelado REDE D'OR SÃO LUIZ S/A - UNIDADE MORUMBI.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47464)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente), ERICKSON GAVAZZA MARQUES e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 28 de janeiro de 2022.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Indenização por Danos Morais - Erro Médico - Improcedência - Inadmissibilidade - Criança internada com dores abdominais e vômitos - Piora do quadro e transferência para a UTI - Necessidade de realização de exploração cirúrgica da cavidade abdominal, por videolaparoscopia revertida para laparotomia exploradora (abertura de cavidade abdominal) - Retorno ao quarto após oito dias, a contar do procedimento cirúrgico - Volta para a UTI, no dia seguinte por suspeita de sepse - Transferência para o quarto e necessidade de novo procedimento cirúrgico - Infecção por "Candida Albicans" constatada - Candidemia que agravou o seu estado de saúde - Demora no início do tratamento - Agravamento do quadro clínico e óbito - Infecção hospitalar que contribuiu para o evento morte - Hospital que deve ser responsabilizado pela infecção - Procedência - Danos morais configurados - Indenização fixada - Inversão da sucumbência - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a sentença de fls. 1598/1599, que julgou improcedente o pedido, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor

atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça.

Os autores apelam às fls. 1602/1636, alegando que a r. sentença merece reforma por não ter observado a prova produzida nos autos, segundo a qual aduzem estar demonstrados os erros praticados pelos prepostos do apelado nos cuidados prestados ao menor, filho dos apelantes, que ensejou o seu óbito. Alegam, mais, que os laudos periciais são falhos e incompletos, além de omissos, vícios não sanados nos esclarecimentos prestados. Requerem o total provimento do apelo argumentando, mais, que o apelado não se desincumbiu do ônus de demonstrar a exclusão de sua responsabilidade.

Recurso tempestivo e isento de preparo, foi contra-arrazoado às fls. 1640/1661 e fica recebido em seus regulares efeitos.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório, ao qual se acresce o da sentença.

Segundo se depreende cuida-se de ação indenizatória movida por Pietro Galati Neto e Érica Casagrande Macito, pais do menor Pietro Macito Galati, nascido em 12 de maio de 2006 e falecido nas dependências do requerido, em 26 de outubro de 2014, aos oito anos de idade.

Os autores, atribuindo a culpa por seu óbito ao requerido, pretendem por meio da presente, receber indenização condizente com vossa perda.

Afirmam que em 24 de setembro de 2014 o menor deu entrada nas dependências do Pronto Socorro Infantil do Hospital São Luiz, unidade Morumbi, apresentando queixa de dores abdominais evolutivas há cerca de 10 horas, com vômitos ocasionais, permanecendo internado. No dia seguinte, diante da piora de seu quadro clínico foi transferido para a Unidade de Terapia Intensiva e medicado com antibióticos. No mesmo dia, sem diagnóstico definido, optou-se por exploração cirúrgica da cavidade abdominal, por videolaparoscopia revertida para laparotomia exploradora (abertura de cavidade abdominal).

Narram, ainda, que no oitavo dia após a cirurgia foi transferido para o quarto, retornando à UTI, no dia seguinte, "por suspeita de sepse" (fl. 06), quando se alterou a medicação. Constatada sua melhora progressiva, recebeu alta da UTI, voltando para o apartamento no dia 11 de outubro de 2014. Todavia, seu quadro novamente teria piorado, ensejando a realização de novo procedimento cirúrgico em 15 de outubro de 2014, no qual não houve a constatação de sinais de infecção. Em 19 de outubro de 2014 teve início a medicação com Fluconazol, que em 22 de outubro de 2014 foi substituído por Anfotericina B, ante a constatação de crescimento do fungo Cândida na hemocultura da ponta do cateter e agravamento da função renal. Seu quadro clínico piorou, levando-o a óbito em 26 de outubro de 2014.

Assim, afirmam que o Hospital e seus prepostos foram negligentes ao administrar medicamentos sem a existência de um diagnóstico, utilizando bom-

Acesso ao Sumário

ba de infusão com data de validade vencida, facilitando o desenvolvimento de infecção por "C. albicans", que causou seu falecimento, motivo pelo qual fazem jus à indenização por danos morais.

A r. sentença, como se viu, julgou improcedente a demanda, motivo do inconformismo ora analisado.

Pois bem.

Segundo as conclusões do Laudo Pericial de fls. 990/1004:

"Há nexo de causalidade entre a infecção adquirida e o óbito do periciando".

"(...) O desenvolvimento de infecção fúngica, durante a internação hospitalar, agravou o quadro séptico instalado e motivou o óbito do periciando."

"O periciando evoluiu com infecção relacionada à assistência à saúde e foi a óbito em que pesem as intervenções e os cuidados realizados. (...)"

Em complementação ao referido laudo, às fls. 1019/1021, o Sr. Perito respondeu:

"1 - Qual o significado médico da positividade de cultura para C. albicans em ponta de cateter?

R: Significa dizer que o fungo denominado Candida albicans foi observado na ponta do cateter que estava introduzido no sistema venoso do periciando."

E ainda:

"8 - Qual significado clínico para o então enfermo no atraso do início do tratamento da Candidíase diagnosticada em 05 de outubro e iniciado o tratamento em 19 de outubro?

R: O retardo referente ao possível início do tratamento antifúngico pode ter contribuído para o agravamento do quadro de sepse preexistente."

Posteriormente, foi realizada nova perícia por médica infectologista (fls. 1270/1291), extraindo-se de suas conclusões que:

"Há justificativa ampla na literatura médica que embasa o uso empírico de antimicrobianos, sendo recomendado seu início, independentemente do resultado das culturas, preferencialmente dentro da primeira hora após o quadro suspeito ou confirmado de sepse." (g.n.)

"O desenvolvimento de infecção fúngica, durante a internação hospitalar, agravou o quadro séptico instalado e motivou o óbito do periciando."

Os documentos ainda foram analisados por técnico científico em análises clínicas, conforme laudo pericial de fls. 1297/1307.

Diante de tudo quanto foi dito até o momento e respeitado o entendimento em sentido contrário, verifica-se ser caso de se prover o presente apelo.

Conquanto se afirme que foram utilizadas todas as técnicas e protocolos

Acesso ao Sumário

adequados ao tratamento do menor, as conclusões acima descritas convergem no que se refere ao fato de que "*... o desenvolvimento de infecção fúngica, durante a internação hospitalar, agravou o quadro séptico instalado e motivou o óbito do periciando.*"

Conforme as conclusões acima descritas, em caso de suspeita de sepse, a intervenção com medicamentos de amplo espectro deve se dar, preferencialmente, na primeira hora, independente do resultado dos exames de cultura que a confirmem.

Como se viu, diagnosticada a infecção por "Candida Albicans" em 05 de outubro de 2014, o tratamento a ela relativo somente teve início em 19 de outubro de 2014, não havendo qualquer justificativa para tal demora, conduta que "*...pode ter contribuído para o agravamento do quadro de sepse preexistente.*", nas palavras do Sr. Perito.

Em resposta ao quesito nº 34 formulado pelos autores (fl. 744), no qual perguntaram "É correto afirmar conforme elementos contidos nos Autos que o menor Pietro foi acometido de Candidemia?", o Sr. Perito respondeu: "Sim. Não temos o resultado dos exames, mas há diversas descrições em cópias de evolução médica." (fl. 1003).

Aliás, ele explica o que é "Candidemia" a definindo como

"*... a infecção da corrente sanguínea causada por leveduras do gênero Candida. Nos pacientes acometidos, a intervenção medicamentosa deve ser precoce para minimizar os riscos de complicações e de resistência microbiana, portanto um diagnóstico laboratorial eficiente se faz necessário.*

Dentre as centenas de espécies descritas, leveduras do gênero Candida são os maiores agentes de infecção hospitalar e representam um desafio para a sobrevida de pacientes com doenças graves e aqueles em período pós-operatório. Hospitais norte-americanos com sistema de vigilância operante, notificaram Candida como 6º patógeno nosocomial e a 4ª causa mais comum de infecções de corrente sanguínea, adquiridas em hospitais. A manifestação clínica mais comum nas candidíases hospitalares é a febre. Candidemia pode ser definida como a ocorrência de 2, ou mais, culturas positivas para a mesma espécie de Candida, provenientes de amostras diferentes (...). Frente a estas condições recomenda-se monitoração com exames micológicos de sangue de amostras biológicas dos pacientes, tais como sangue, escarro, pontas de cateteres intravasculares, líquido peritoneal e urina. (...)"

Portanto, forçoso se concluir que, não obstante o paciente tenha sofrido várias intercorrências em razão do agravamento do seu quadro inicial, a infecção pelo fungo "Candida Albicans" e a demora para tratá-la foram decisivas para o seu óbito em tenra idade.

Embora a Sra. Perita aduza que "A ocorrência de infecção relacionada à

assistência à saúde é complicação infecciosa típica e prevista, (...)", não havendo como evitá-la em absoluto, é certo que cabe aos hospitais a redução da taxa de infecção, não podendo se aceitar como natural a sua ocorrência e a perda de vidas.

Em consequência de tudo quanto foi dito, de rigor se reconhecer que os pais do menor devem ser indenizados moralmente pela grande perda experimentada.

Assim, reconhecido o dever de indenizar, por configurados os danos morais, resta apurar o respectivo *quantum*.

Conforme citado Humberto Theodoro Júnior,

> "Se, à falta de critérios objetivos, o juiz tem de se valer da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades, assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, 'não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo' (TJMG, AP.87.244-3, Rel. Des. Bady Curi, ac.9-4-1992, *in* Jurisprudência Mineira 118/161)"[1].

Note-se que, em 1914, nosso Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar a matéria, asseverando o julgado, já àquela época, que,

> "A necessidade jurídica de ressarcir essa espécie de ofensas à pessoa singular é geralmente admitida no atual estado do direito", tanto que 'A jurisprudência dos mais abalizados tribunais contemporâneos tem consagrado o direito á indenização por danos puramente morais', acabando por concluir, no tocante à dificuldade atinente à fixação da indenização, com o seguinte, que, de certa forma, vai ao encontro do acima referido, quanto ao fundamento da indenização por dano moral: 'O juiz tem um poder discricionário para determinar a indenização que deve ser, sempre, atendendo-se às considerações individuais, uma justa compensação do prejuízo sofrido, e não uma fonte de enriquecimento'"[2].

Ainda e como pondera Silvio Venosa, reportando-se à bem elaborada síntese de Carlos Alberto Ghersi, os critérios para a fixação da indenização devem ser os seguintes:

> "a) os danos morais não devem necessariamente guardar proporção com outros danos indenizáveis, os quais, inclusive, podem inexistir; o dano moral não está sujeito a cânones escritos; não se deve recorrer a cálculos puramente matemáticos; devem ser levados em conta as condições pessoais de quem será indenizado, os padecimentos causados, as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor e as seqüelas que afetam a vítima

1 Dano Moral, ed. Juarez de Oliveira - p.38
2 Revista dos Tribunais, Ano III, São Paulo, vol. XI, nº 1, os. 35 e seguintes, nº 1.723

e, finalmente; deve ser considerada a idade da vítima"[3].

Outrossim,

"[...] a cota estimação da indenização por dano moral jamais poderá ser feita levando em conta apenas o potencial econômico da empresa demandada. É imperioso cotejar-se também a repercussão do ressarcimento sobre a situação social e patrimonial do ofendido, para que lhe seja proporcionada - como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo - '*Satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa*' (Ap. 142.932-1-3, Rel. Des. Urbano Ruiz, ac. 21-5-1991, in RT 675/100)"[4].

Nessa tarefa e na falta de critério objetivo e específico para o dano moral, que tenha sido estabelecido pelo legislador, valer-se-á o juiz da equidade, com sua função integradora, na esteira do ensinamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar[5] e com o fim de, conforme ensinam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, "*sempre avaliando a dimensão, o alcance, o significado, a importância do dano e (...) a intensidade da culpa*"[6], buscar a cabível proporção entre a conduta lesiva e a indenização adequada.

Levando-se em conta tudo o que foi dito até o momento, de rigor a fixação da indenização por danos morais em R$100.000,00 (cem mil reais), sendo R$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, que deverá ser atualizada a partir desta fixação e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Ressalte-se que, embora a condenação pelos danos morais tenha se dado em valor inferior ao pretendido, não há que se falar em sucumbência recíproca consoante já pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, editando a Súmula 326, cujo enunciado vem a seguir transcrito:

"*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*".

Assim, em razão da sucumbência condena-se, ainda, o requerido ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 11% do valor atualizado da condenação, já aplicada a majoração prevista no artigo 85, §11, do CPC.

Essas as razões pelas quais se entende ser caso de se dar provimento ao recurso, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e con-

Acesso ao Sumário

3 Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 3ª ed., 2003, S.Paulo, p. 210

4 Dano Moral - Humberto Theodoro Jr. - 3ª edição - Ed.Juarez de Oliveira, p. 37

5 *Apud* Comentários ao Novo Código Civil, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, vol. XIII, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, ps. 334 e segtes., n. 3

6 Comentários ao Novo Código Civil, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, vol. XIII, coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, ps. 337/338

ducente à outra conclusão, inclusive no tocante a eventual prequestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001563-86.2020.8.26.0462, da Comarca de Poá, em que é apelante SGS CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. - ME, é apelado SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.422)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO e ENIO ZULIANI.

São Paulo, 28 de janeiro de 2022.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Apelação - Embargos à Execução - Sentença de improcedência - Plano de saúde - Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor - Nulidade da cláusula que prevê cobrança de duas mensalidades pela resolução antecipada do contrato sem aviso prévio de 60 dias - Cobrança abusiva - Reconhecimento de nulidade do artigo 17 da Resolução Normativa 195/2009 da ANS, em ação civil pública com efeitos "erga omnes" - Sentença reformada - Inversão do ônus de sucumbência - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 203 acrescenta-se ter a r. sentença apelada julgado improcedente o pedido inicial dos embargos, condenando a parte embargante ao

pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

A embargante interpôs recurso de apelo às fls. 207/214, pugnando pela reforma da r. sentença apelada. Argumenta que a sentença está fundamentada no artigo 17 da RN 195 da ANS, declarado nulo pelo STJ, que previa a necessidade de aviso prévio de 60 dias para o cancelamento da apólice. Aduz que a partir do momento que decidiu cancelar o contrato sem a utilização dos serviços não há fundamento para a cobrança de duas mensalidades a mais, como ocorre no presente caso. Pleiteia a reforma da sentença para o acolhimento dos embargos e extinção da execução.

Contrarrazões às fls. 219/241, com preliminar de não conhecimento do recurso.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Rejeita-se a matéria preliminar arguida nas contrarrazões de apelação.

O presente recurso comporta conhecimento, vez que as razões expostas se mostram coerentes com o direito invocado e permitiram pleno conhecimento da pretensão. Assim, a impugnação genérica à sentença guerreada, com repetição dos argumentos não poderia representar causa para o não conhecimento.

As razões apresentadas pelos apelantes atendem aos termos das disposições contidas no Código de Processo Civil, observando, desta forma, aos princípios da dialeticidade e da impugnação específica. Segundo Cassio Scarpinella Bueno, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, volume V, Ed. Saraiva, p. 58: "*O recurso tem de combater a decisão jurisdicional naquilo que ela o prejudica, naquilo que ela lhe nega pedido ou posição de vantagem processual, demonstrando o seu desacerto, do ponto de vista procedimental (error in procedendo) ou do ponto de vista do próprio julgamento (error in judicando). Não atende ao princípio aqui examinado o recurso que se limita a afirmar a sua posição jurídica como a mais correta.*"

Acesso ao Sumário

No mérito, trata-se de embargos à execução em que a embargante alega que a execução dos valores apontados pela operadora do plano de saúde a título de duas mensalidades inadimplidas correspondem, na verdade, ao aviso prévio de 60 dias disposto em cláusula contratual como condição para a concretização do cancelamento unilateral da apólice.

A embargada, por sua vez, defende que os valores cobrados em execução dizem respeito a duas mensalidades inadimplidas pela apelante e que a decisão do STJ a respeito da RN 195 beneficiaria apenas pessoas físicas e não jurídicas, como a embargante, tese agasalhada pela sentença.

Em que pese a convicção do Juízo "a quo", a sentença comporta reforma.

Imperioso destacar que, ainda que a parte autora seja pessoa jurídica, deve ser reconhecido o caráter consumerista da relação jurídica estabelecida entre as partes, uma vez que, por mais que quem usufrua dos serviços de assistência à saúde prestados pela ré sejam os beneficiários nomeados pela contratante, tal fato não descaracteriza a sua qualificação de consumidora, na medida em que esta não o utiliza como insumo de sua atividade econômica, figurando, portanto, como mera contratante dos referidos serviços em prol dos destinatários finais, o que lhe garante a caracterização de consumidora por equiparação.

Nesse sentido, tem-se o artigo 2º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor: "*Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*".

A apelante afirma ter se utilizado dos serviços contratados junto à apelada até meados de maio de 2019, cuja mensalidade foi quitada, fato incontroverso.

O título executivo está lastreado no contrato havido entre as partes, que dispõe a respeito do cancelamento imotivado do instrumento por iniciativa de quaisquer das partes, desde que observados a vigência do período de 12 (doze) meses de contrato e a necessária comunicação, por escrito, da intenção do cancelamento no mínimo 60 (sessenta) dias antes da data do efetivo cancelamento, sob pena de incidir pagamento durante este período (cláusula 30.1.1 - fls. 90).

A apelada defende, ainda, que nos termos do contrato a recorrente deveria comunicar, por escrito, a intenção de cancelar o contrato e que por isso deveria ter quitado as duas mensalidades seguintes. Todavia, a cláusula que prevê a comunicação por escrito é a "30.1.1", acima referida, que condiciona a comunicação por escrito sobre o cancelamento imotivado ao período mínimo de 60 dias.

A mensagem eletrônica de **fls. 55**, enviada pela operadora do plano de saúde à apelante, em resposta a algum questionamento, é expressa ao consignar que a apelada condicionava a rescisão imotivada do contrato ao aviso prévio de 60 dias, que por não ter sido observado, incidiu na cobrança de duas mensalidades que fundamentaram a execução. Explicou-se, naquele documento, que as condições contratuais para o cancelamento da apólice estavam consubstanciadas nas condições gerais da Resolução Normativa n. 195 da ANS, ressaltando a cláusula "30.1.1" do contrato e o artigo 17, 'caput' e parágrafo único, da RN 195.

Neste contexto, foi reconhecida, na Ação Civil Pública de número 0136265-83.2013.4.02.5101, a ilicitude da cláusula de aviso prévio e a nulidade do parágrafo único do artigo 17 da Resolução da ANS. Com efeito:

> ADMINISTRATIVO. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. ART. 17 DA RESOLUÇÃO 195 DA ANS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE FIDELIDADE. ABUSIVIDADE. Rejeitada a alegação de intempestividade recursal aduzida pela parte apelada, na medida em que, não obstante o recurso de apelação tenha sido

interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, a parte ré, após o julgamento dos referidos embargos, ratificou o apelo, conforme se depreende da petição de fl. 105. -A controvérsia sobre a validade e o conteúdo das cláusulas do contrato de plano de saúde coletivo atrai a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, haja vista os beneficiários do plano de saúde se enquadram no conceito de consumidor, pois utilizam os serviços na condição de destinatários finais, previsto no art. 2º da Lei 8078/90, e as empresas de plano de saúde se enquadram no conceito de fornecedor de serviços, uma vez que prestam serviços de assistência à saúde, mediante remuneração, nos termos do que dispõe o art. 3º, caput e §2º, do mesmo Diploma Legal. - O verbete nº 469 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça formou diretriz de que: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". - A relação firmada em contrato de plano de saúde coletivo é consumerista, ainda que decorrente da relação triangular entre o beneficiário, o estipulante e a seguradora/plano de saúde, pois, embora se assemelhe ao puro contrato de estipulação em favor de terceiro, dele difere na medida em que o beneficiário não apenas é titular dos direitos contratuais assegurados em caso de sinistro, mas também assume uma parcela ou a totalidade das obrigações, qual seja, o pagamento da mensalidade ou prêmio. - A autorização, concedida pelo artigo 17 da RN/ANS 195/2009, para que os planos de saúde coletivos estabeleçam, em seus contratos, cláusulas de fidelidade de doze meses, com cobrança de multa penitencial, caso haja rescisão antecipada dentro desse período, viola o direito e liberdade de escolha do consumidor de buscar um plano ofertado no mercado mais vantajoso, bem como enseja à prática abusiva ao permitir à percepção de vantagem pecuniária injusta e desproporcional por parte das operadoras de planos de saúde, ao arrepio dos inciso II e IV, do art. 6º, do CDC. - Remessa necessária e recurso desprovidos **(TRF-2ª Região, rel. Des. Vera Lúcia Lima, j. 06/05/2015, TJ 08/10/2018)**

Deve-se observar a eficácia "erga omnes" de tal decisão, uma vez que se trata de ação coletiva com fundamento em direitos difusos e individuais homogêneos, nos termos do artigo 103, inciso I e III do Código de Defesa do Consumidor.

Pontua-se, por oportuno, que, como já mencionado acima, restou claro no julgado que a estipulante de contrato de plano de saúde também se enquadra como consumidora.

Neste contexto, colacionam-se precedentes deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Plano de saúde coletivo empresarial. Resilição. Denúncia vazia da estipulante. Imposição do pagamento das duas mensalidades subsequentes, a título de aviso prévio. Inadmissibilidade. Disposição abusiva, à luz da legislação consumerista. Cláusula autorizada pelo artigo 17, parágrafo único, da Resolução

Acesso ao Sumário

Normativa ANS nº 195/09. Dispositivo normativo declarado nulo no julgamento da Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.5101, que tramitou perante o TRF-2ª Região. Suspensão da exigibilidade do prêmio após o pedido de cancelamento do plano de saúde. Vedação da prática de atos tendentes a negativar o nome da autora. Tutela provisória de urgência confirmada. Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2116675-80.2021.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Atibaia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/06/2021; Data de Registro: 16/06/2021)

PLANO DE SAÚDE - Ação declaratória de inexigibilidade de crédito com obrigação de não fazer - Cobrança do valor de duas mensalidades pela resolução antecipada do contrato sem aviso prévio de 60 dias - Autora que pretende afastar a cobrança, reputando-a abusiva - Sentença de parcial procedência, que afastou a possibilidade de cobrança das mensalidades após o cancelamento- Insurgência da requerida - Não acolhimento - Reconhecimento da nulidade do artigo 17 da resolução normativa 195/2009 da ANS, em ação civil pública, com efeitos erga omnes - Inviabilidade de cobrança das mensalidades posteriores ao aviso prévio e da multa, ante a declaração de nulidade do ato normativo que as fundamentava - Sentença mantida - Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1010254-84.2020.8.26.0011; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/06/2021; Data de Registro: 15/06/2021)

Destarte, mostra-se impossível a cobrança do prêmio objeto da execução, o qual, sob título de duas mensalidades inadimplidas, mascarou a cobrança do prêmio devido durante o aviso prévio de 60 dias, já que a cláusula contratual que o prevê é nula.

Desse modo, ante a abusividade da cláusula contratual de plano de saúde que determina a necessidade de aviso prévio escrito de 60 dias para a rescisão unilateral do contrato pelo contratante (cláusula '30.1.1.' - fl. 90), imperioso reconhecer a inexigibilidade dos valores cobrados em execução, uma vez que fundamentados na referida cláusula, o que restou reconhecido pela apelada no documento de fl. 55 dos autos.

Portanto, com a devida vênia do entendimento do juízo sentenciante, acolhem-se os embargos à execução, devendo a execução ser extinta por ausência de título executivo que a ampare.

Diante da reforma da r. sentença, impõe-se a inversão da sucumbência, devendo a apelada ser condenada ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, ora fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, já considerada a majoração dos honorários recursais.

Acesso ao Sumário

Em face do exposto, pelo voto, Dá-se provimento ao recurso, nos termos ora enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011733-29.2021.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante LUCIANO BELLUCCI, é apelado MARTINS & CHEQUE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.495)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e MARY GRÜN.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Embargos de terceiro. Bloqueio judicial em veículo automotor. Sentença de improcedência. Contrato de compra e venda assinado por duas testemunhas e documento de transferência assinado pelo vendedor. Óbito do vendedor e autorização judicial concedida para alvará de transferência em nome do ora embargante, com concordância dos herdeiros, sem indicação de outras provas pela embargada. Súmula 375 do C. STJ. Ausência de prova de negócio simulado. Enquadramento do terceiro como sendo de boa-fé. Ônus de sucumbência. Verba devida ao vencedor. Recurso provido.

Não há prova de conluio ou simulação, valendo destacar que há exibição de contrato de compra e venda assinado por duas testemunhas com data anterior ao bloqueio, além de cópia do documento de transferência assinado pelo vendedor. Há, ainda, a decisão judicial concedendo alvará de transferência ao ora autor, contando com a concordância dos herdeiros, bem como notas fiscais de gastos, em algumas com identificação de placa do veículo e anterior ao bloqueio.

Acesso ao Sumário

Atende-se aos requisitos da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, a única solução possível é a procedência dos embargos de terceiro diante da prova apresentada e do não afastamento da presunção de boa-fé.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro, impondo ao embargante o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa.

Sustenta o apelante "que o veículo em questão jamais foi penhorado no cumprimento de sentença (Processo nº 0007541-07.2020.8.26.0577, em trâmite pela 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos/SP)". Esclarece que naquele processo "a Apelada solicitou apenas o bloqueio do valor devido, através do sistema Bacenjud (fls. 61 e 124) e, posteriormente, ocorreu um bloqueio para circulação do veículo." (*sic* fls. 201). Afirma que adquiriu o automóvel Ford/Escort XR3, ano/modelo 1993, placas GMO-6768, de Everson Luiz de Souza, em 10/01/2014 e a aquisição se operou com a entrega do veículo, ressaltando que inexistia qualquer ação judicial ou constrição sobre o bem e o contrato foi assinado por duas testemunhas, sendo plenamente válido. Alega ter como *hobby* adquirir veículos antigos, em péssimo estado, e efetuar sua restauração, insurgindo-se quanto às arguições da embargada de falsidade e simulação. Menciona ter quitado todos os débitos referentes ao veículo, assim que houve o levantamento da restrição de circulação, requerendo, ao final, a procedência da ação e o desbloqueio total do veículo (relatório de fls. 257/258). Foram juntados documentos (fls. 207/240).

Processado o recurso com preparo e contrarrazões, nas quais a apelada aponta os fundamentos acolhidos na sentença de improcedência, bem como a divergência das assinaturas do vendedor com aquela da procuração por ele firmada.

Os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal e distribuídos inicialmente para a 7ª Câmara de Direito Privado que declinou da competência, sendo distribuídos a essa Câmara em 07/12/2021.

É o relatório do necessário.

Consta da sentença que o contrato de compra e venda datado de 2014, embora assinado por duas testemunhas, nem mesmo a ATPV de fl. 10 para comprovar a data de assinatura. Consignou que os documentos de fls. 25/27 não possuem natureza fiscal e não comprovam para qual veículo foram destinados os insumos, sem assinatura do responsável pela expedição. Considera ainda que

Acesso ao Sumário

os documentos que fazem menção ao veículo foram impressos em data posterior à constrição, sem assinatura também. Sobre o alvará concedido fundamenta-se que não consta que o Juízo tenha sido informado sobre a constrição e que já recaia sobre o bem.

É certo que a lei veda as transações que revelem o propósito de frustrar a realização do direito alheio, nos moldes do artigo 593 do CPC/73, atual art. 792 do CPC/2015. Nos termos do comando legal, para caracterização da fraude à execução é indispensável a prova do conhecimento pelo adquirente de restrição, conhecimento esse que é presumido quando há anotação da penhora.

A hipótese dos autos se submete ao comando da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má fé do terceiro adquirente".

No caso, foi demonstrada a aquisição do bem por meio de contrato de compra e venda, com assinatura de duas testemunhas e o preço identificado (fls. 07/08), além da juntada de cópia do recibo original com a ATPV assinada pelo vendedor (fl. 10), seguindo-se notas de serviços e insumos em nome do embargante.

Entende-se, com a devida vênia, que mesmo não reconhecida firma no contrato e não preenchidos os dados na ATPV assinada pelo vendedor, não há elementos suficientes para afastar a presunção de boa-fé que milita em favor do embargante, pois pesa a força de documentos apresentados, inclusive algumas notas em nome do autor, de compras e serviços e que indicam a placa do veículo sendo observado que a data é anterior à inclusão da restrição (vide fls. 30 e 53).

A coisa móvel transfere-se com simples tradição e não há demonstração contrária à posse exercida pelo embargante, sendo que a presunção milita a seu favor. Embora tenha o apelado alegado negócio simulado, não há provas suficientes, sequer foi demonstrada cabalmente falsidade de assinatura alegada, sendo apenas contrapostas assinaturas com aquela da procuração. Importante, ainda, que o alvará de transferência foi concedido ao ora embargante com anotação de documentação necessária e anuência dos herdeiros e do Ministério Público, o que corrobora a posse legítima. Vale observar que sequer estão habilitados os herdeiros nos autos.

Em suma, os embargos de terceiro são procedentes, para reconhecer a posse do terceiro, sendo ainda determinada a baixa da restrição. Quanto à sucumbência, deve ser invertida diante do decaimento da ré nessa sede recursal.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004202-48.2020.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, é apelado AEJ ACADEMIA DE CONDICIONAMENTO FÍSICO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.219)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROSANGELA TELLES (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS C.C. ANULAÇÃO DE COBRANÇA - DIFICULDADES FINANCEIRAS - PEDIDO PARA AFASTAR, TEMPORARIAMENTE, A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO PELO CONSUMO MÍNIMO DA DEMANDA DE ENERGIA CONTRATADA, COM O PAGAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE À ENERGIA CONSUMIDA - APLICAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ SUSPENSÃO DA OBRIGAÇÃO EM RAZÃO DE CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR - POSSIBILIDADE - REVISÃO DA OBRIGAÇÃO CONTRATADA - POSSIBILIDADE - AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Considerando a dificuldade financeira enfrentada pela autora diante do estado de calamidade provocado pela pandemia do Covid-19 e comprovado o cumprimento de suas obrigações contratuais, é de se admitir a aplicação de cláusula contratual que prevê suspensão da obrigação em razão de caso fortuito ou de força maior, bem como é possível a revisão do consumo mínimo de energia elétrica por mês, era de rigor a procedência parcial da ação.

Acesso ao Sumário

VOTO

AEJ ACADEMIA DE CONDICIONAMENTO FÍSICO LTDA. - EPP propôs ação revisional de contrato com pedido de tutela antecipada de urgência frente à **COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL.**

A r. sentença de fls. 364/372, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte a ação, para determinar que a ré realize a cobrança dos meses de abril, maio, junho, julho e agosto de 2020 baseado no consumo real de energia, e que, a partir de setembro de 2020, proceda à cobrança com a redução da demanda contratada para 50kW, ficando mantida a decisão liminar anteriormente concedida no tocante aos meses de abril a agosto de 2020. Ante a sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao pagamento das custas e despesas processuais na proporção de 50% para cada, bem como dos honorários advocatícios em favor do patrono da parte adversa, fixados em 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Inconformada, recorre a ré às fls. 374/390, almejando a reforma da decisão. Aduz, em resumo, que deve ser respeitado o princípio do "pacta sunt servanda" entre as partes, e que o contrato firmado é plenamente válido e exigível nos termos em que elaborado; que o contrato previa o fornecimento contínuo de energia, independentemente do uso; que a pandemia do Covid-19 é risco calculado e já ponderado pelas partes no momento da contratação, por se tratar de contrato de preço combinado; que não há provas de que a autora realmente foi afetada pelos efeitos econômicos da pandemia; que, para caracterizar caso fortuito ou força maior, é necessária a prova inequívoca da impossibilidade absoluta no cumprimento da obrigação, o que não ocorre neste caso; que a autora nunca esteve impossibilitada de cumprir suas obrigações; que a própria requerente optou por esse modelo de contratação de Mercado Livre de Energia, assumindo o risco, não podendo agora se eximir de cumprir o contrato; que já se comprometeu a adquirir a energia elétrica fornecida por empresas geradoras até final de 2021, não podendo arcar sozinha com esse prejuízo; que o pagamento dos valores estabelecidos deveria ser realizado independentemente do consumo, não podendo haver sua revisão em hipótese alguma, nem ser aplicada a Teoria da Imprevisão, por gerar desequilíbrio entre as partes, tudo a ensejar o acolhimento do recurso.

A apelada ofereceu contrarrazões, batendo-se pela manutenção da sentença (fls. 397/405).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

A autora ajuizou ação de revisão contratual com pedido de tutela antecipada de urgência contra a ré, tendo em vista que é uma academia e celebrou contratos de comercialização de energia elétrica em agosto de 2019 - um "con-

Acesso ao Sumário

trato de compra de energia regulada - CCER" e um "contrato de uso do sistema de distribuição - CUSD", com início da vigência em janeiro de 2020, para demanda de 166kw, podendo haver reajuste depois de 90 dias. Afirmou que, em razão das medidas sociais decorrentes da pandemia de Covid-19, a frequência dos clientes na academia diminuiu drasticamente e, em consequência, também houve redução no consumo de energia elétrica, motivos pelos quais requereu a revisão contratual.

A ação foi julgada procedente em parte, tendo a ré ofertado recurso de apelação, o qual deve ser rejeitado.

Restou evidente nos autos o impacto econômico direto na atividade exercida pela autora em decorrência da pandemia do Covid-19 e de seus meios de enfrentamento da emergência de saúde pública.

É fato notório a queda de faturamento das empresas em razão da pandemia, ainda mais aquelas do ramo das academias e centros de esportes, sendo que eventual interrupção no fornecimento de energia elétrica nas unidades consumidoras da autora acarretaria irreversíveis prejuízos às suas atividades e manutenção de empregos de seus funcionários. Trata-se de produto essencial e suas atividades restariam inviabilizadas em razão de eventual interrupção no fornecimento do serviço.

Ademais, importante ressaltar que a Pandemia de Covid-19 é considerada **caso fortuito ou força maior** e enseja a possibilidade de reconhecimento da aplicação da **Teoria da Imprevisibilidade.**

O Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia do coronavírus (COVID-19) (Decreto Legislativo nº 6/2020) e no mesmo sentido, o Estado de São Paulo (Decreto Estadual nº 64.879/2020).

A Lei Federal nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, autorizou as autoridades à adoção da quarentena.

No caso dos autos, verifica-se que, de acordo com as cláusulas 11 e 21 dos contratos de fls. 51/84, ficam suspensas as obrigações assumidas no pacto por motivo de caso fortuito ou força maior. Portanto, não se trata de mera dificuldade financeira da autora e sim de grave abalo das atividades em geral em razão da pandemia de coronavírus (COVID-19).

Como mencionado, os impactos decorrentes da pandemia e da restrição da liberdade pessoal, em especial, de locomoção, atingiram a economia de forma generalizada, havendo, inclusive, elevação da taxa de desemprego, o que se tenta minimizar com a redução da jornada de trabalho, de salário, entre outras medidas mitigatórias. Assim, a preservação da atividade da autora atende ao

Acesso ao Sumário

princípio maior de interesse social, a justificar a concessão da medida combatida.

Além disso, importante frisar que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da Resolução Normativa nº 878, de 24.03.2020, estabeleceu medidas para preservação da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica em decorrência da calamidade pública atinente à pandemia de Covid-19.

Deste modo, evidente o impacto econômico direto na atividade exercida pela parte autora em decorrência da pandemia e de seus meios de enfrentamento da emergência de saúde pública, visando evitar possível contaminação ou propagação do vírus. Diante das peculiaridades do caso, aplicável as cláusulas 11 e 21 dos contratos havidos entre as partes.

Neste sentido são os seguintes julgados:

APELAÇÃO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA SHOPPING CENTER. CONTRATAÇÃO NA FORMA "TAKE OR PAY". PEDIDO PARA PAGAMENTO DO CONSUMO EFETIVO DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA PELO COVID-19. PANDEMIA NOTÓRIA, BEM COMO CONSEQUÊNCIAS DAS MEDIDAS DE ISOLAMENTO SOCIAL NA ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELO SHOPPING CENTER. PRETENSÃO DE PAGAMENTO DO CONSUMO EFETIVO, COM REPETIÇÃO DE PAGAMENTOS EM VALORES SUPERIORES NO PERÍODO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO E RECURSO DA RÉ IMPROVIDO. No caso, o autor é um Shopping Center cujas atividades comerciais foram interrompidas por força da quarentena decorrente da pandemia do COVID-19 fundadas na Lei Federal nº 13.979/2020 e no Decreto Estadual nº 64.881/2020. Demonstrada a impossibilidade superveniente do cumprimento integral da prestação decorrente de causa não imputável ao adquirente da energia elétrica. Indubitável a imprevisibilidade do fato nessa magnitude na época da celebração do contrato de fornecimento de energia em que se comprometeu a adquirir determinada quantidade mensal, independentemente do consumo efetivamente verificado, bem como das consequências que vêm provocando, cabendo, observar a teoria da imprevisão, nos termos do art. 317 do Código Civil (CC), sopesando-se os valores sociais em conflito. O Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD) para aquisição de quantidade mínima de energia por mês, obviamente, foi pactuado em período de normalidade, bem como é salutar considerar a função social do contrato, que obtempera o pacto. Enfim, considera-se que a Concessionária deve se abster de cobrar a energia elétrica fornecida pela forma originalmente contratada enquanto perdurar a situação excepcional, emitindo as faturas apenas pelo valor da energia elétrica efetivamente consumida. (TJSP; Apelação

Acesso ao Sumário

Cível 1016273-88.2020.8.26.0114; Relator (a): **Adilson de Araujo**; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/05/2021; Data de Registro: 25/05/2021).

FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - Celebração de contrato de fornecimento de energia elétrica com cláusula "take or pay", que estabelece previamente o volume total de energia e seu valor, independentemente do consumo - Alegação de situação de calamidade pública atinente à pandemia de coronavírus - Autora que atua no setor industrial, gravemente afetado pela crise da COVID-19 - Demonstração de redução brusca do consumo de energia elétrica - Aplicação do princípio da razoabilidade e da preservação da empresa - Equilíbrio contratual - Hipótese em que o pagamento limitado ao consumo da autora mostra-se adequado - Precedentes deste E. TJSP - Suspensão das cobranças das faturas vencidas que se justifica ante a paralisação das atividades da autora - RECURSO NÃO PROVIDO NESTA PARTE. BANCO DE DADOS - Abstenção da inscrição do nome da empresa em razão dos débitos vencidos e não pagos nos cadastros de inadimplentes - Insurgência da ré - Possibilidade - Concessionária de serviço público que pode exercer regularmente seu direito de cobrança, muito embora esteja impedida de interromper o consumo - RECURSO PROVIDO NESTA PARTE. (TJSP; Apelação Cível 1017402-31.2020.8.26.0114; Relator (a): **Renato Rangel Desinano**; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa - 5ª Vara; Data do Julgamento: 27/03/2021; Data de Registro: 27/03/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - Decisão agravada que indeferiu a tutela de urgência - REVISÃO TEMPORÁRIA DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - POSSIBILIDADE - Alteração temporária do critério originalmente ajustado ('take or pay'), a fim de autorizar a cobrança da energia elétrica de acordo com o efetivamente consumido pela empresa agravante, enquanto permanecerem suspensas suas atividades em razão da pandemia do COVID-19 - Evento absolutamente imprevisível, não relacionado aos riscos inerentes à atividade empresarial - Precedentes deste E. Tribunal de Justiça - Presentes os requisitos do art. 300 do CPC - Cabimento da tutela de urgência - DECISÃO AGRAVADA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2136629-49.2020.8.26.0000; Relator (a): **Luis Fernando Nishi**; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/09/2020; Data de Registro: 10/09/2020).

Diante da imprevisibilidade dos impactos da pandemia de coronavírus sobre as atividades de academia de ginástica da autora e a consequente diminuição

do consumo de energia elétrica, a fim de preservar a função social da atividade exercida pela requerente e reequilibrar a obrigação assumida quando da celebração do contrato de comercialização de energia elétrica com a ré, em aplicação, por analogia, da Teoria da Imprevisão prevista no artigo 317 do Código Civil, é possível se admitir, excepcionalmente, a intervenção judicial para autorizar a suspensão do contrato nos termos firmados entre as partes, para permitir à autora o pagamento da energia elétrica efetivamente consumida por determinado período de tempo, nos exatos termos da r. sentença de primeiro grau, que deve ser integralmente mantida por seus próprios fundamentos.

Nos termos do art. 85, §§2º, 8º e 11 do CPC, considerando-se a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado, bem como a atuação em segundo grau, elevo os honorários advocatícios já fixados em primeiro grau para 20% sobre o valor atualizado da causa.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002527-92.2020.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes IRENIO NASCIMENTO DA CRUZ (FALECIDO), ISABEL RODRIGUES ARRAOIL DA CRUZ, ANGELA RODRIGUES ARRAIOL DA CRUZ SILVA e JULIANA RODRIGUES ARRAIOL DA CRUZ, é apelado COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.720)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente), ANA ZOMER e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

COSTA NETTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Sentença de procedência - Insurgência da parte ré - Audiência de conciliação não marcada - Ausência de prejuízo - CDHU que tem inclusive vias administrati-

vas para realizar transação - Transação que pode ser realizada pelas partes a qualquer momento, apesar de ser o imóvel bem público afetado à política habitacional e a transação ser vinculada à legalidade - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 376/380, que julgou procedente a ação de rescisão contratual c.c. reintegração de posse, com o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos para o fim de declarar rescindido o contrato de promessa de venda e compra, por culpa das requeridas, reintegrando a requerente na posse definitiva do imóvel indicado na exordial, compensadas as parcelas quitadas com a ocupação do imóvel.

Por força do princípio da sucumbência, condeno as requeridas no pagamento das custas judiciais e despesas processuais, bem como em honorários de advogado, que fixo em 10% do valor atribuído à causa, sobrestada a exigibilidade, ante a concessão dos benefícios da justiça.

Embargos de declaração opostos pela parte réu às fls. 382/387, rejeitados às fls. 388.

Irresignada, recorre a parte ré, às fls. 391/398, suscitando cerceamento de defesa, por não ter sido realizada audiência de conciliação.

Contrarrazões às fls. 402/407.

É o relatório.

A sentença deve ser mantida.

Apesar de o art. 334, do CPC, prever a obrigatoriedade de realização de audiência de conciliação, deixar de designá-la por ausência de interesse das partes não importa em nulidade.

Isso porque a falta da audiência não importa em prejuízo às partes, que podem transigir a qualquer momento.

Inclusive, a CDHU, pessoa de direito privado prestadora de serviço público, tem seus canais próprios para conciliação, e leis que regulam os limites para tanto.

Cumpre lembrar ainda que o imóvel é bem público afetado à política pública habitacional, e, por isso, é direito indisponível e qualquer possibilidade de transação envolvendo esse bem é vinculada à legalidade estrita.

Por fim, o art. 334, § 4º, do CPC, não esgota as possibilidades de dispensa da audiência de conciliação nem comina nulidade no caso de sua eventual

Acesso ao Sumário

violação.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Considerando o trabalho adicional realizado em âmbito recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, eleva-se o patamar dos honorários sucumbenciais a 12% do valor da causa, observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1055822-50.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ASSOCIAÇÃO DE BENEFICÊNCIA E FILANTROPIA SÃO CRISTOVÃO e BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado MAURO MUNHOL MACEDO E SM.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.284)**

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

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS MORAIS. Boleto emitido mediante fraude. Ação ajuizada em face da operadora de plano de saúde e da instituição bancária utilizada para emissão do boleto. Legitimidade passiva de todas as empresas integrantes da cadeia de consumo. Autor que efetuou regularmente o pagamento da mensalidade do plano de saúde por meio de boleto a ela entregue pelos Correios, que se verificou ser falso, emitido mediante fraude. Ocorrência de fraude que restou incontroversa. Autor/segurado que efetuou o pagamento do boleto confiando em que estava pagando corretamente a mensalidade de seu plano de saúde e que não pode ser prejudicada por fraude praticada por terceiros - Contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor (Sumula nº 608 do

Acesso ao Sumário

STJ). Responsabilidade objetiva e solidária dos réus pela fraude perpetrada contra o segurado, a quem não podem transferir o risco inerente às suas atividades comerciais. Fortuito interno que não afasta a obrigação de indenizar. Danos morais que não restaram configurados Situação que se caracteriza como mero aborrecimento. Ausência de violação a direitos da personalidade Recursos parcialmente providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra r. sentença de fls. 207/212, que nos autos da AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ajuizada por MAURO MUNHOL MACEDO em face de ASSOCIAÇÃO DE BENEFICÊNCIA E FILANTROPIA SÃO CRISTÓVÃO e BANCO SANTANDER S/A que JULGOU PROCEDENTE o pedido inicial para condenar os Réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 1.076,72 a título de danos materiais, devidamente corrigido por intermédio da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a contar do pagamento indevido, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e para condená-los ao pagamento de R$ 5.383,60, também de forma solidária, a título de danos morais, com atualização e juros de mora a contar da publicação desta.

Em razão da sucumbência, condenou os Réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre a condenação, a ser rateado por ambos.

Da decisão apelou a requerida Associação de Beneficência e Filantropia São Cristóvão (fls. 219/239) alegando que não houve qualquer defeito nos serviços prestados por ela, e é de responsabilidade da autora/beneficiária, prestar atenção no boleto e na transação que estava realizando, e atentar aos dados do beneficiário que receberá o pagamento. Assevera que a responsabilidade pelo ocorrido, deve ser direcionada ao beneficiário que recebeu a quantia, e ao banco emissor do boleto, que intermediou a transação. A apelante não tem qualquer ingerência nos fatos e atos que desencadearam a situação ora narrada. Assim, a responsabilidade deve ser direcionada exclusivamente à instituição bancária responsável pela emissão do boleto fraudulento, ou, ainda, para a instituição responsável pelo recebimento da quantia. Não há responsabilidade da apelante pelos danos causados à apelada, razão pela qual deve a r. sentença ser reformada para afastar os danos materiais e morais a ela imputados ou, subsidiariamente, que os danos morais sejam reduzidos.

Acesso ao Sumário

Já o Banco Santander apresentou recurso de apelação às fls. 243/256.

Sustenta que o pagamento do boleto supostamente fraudado foi realizado por sua esposa, de modo que apenas ela teria legitimidade pleitear os danos alegados.

Alega que não tem qualquer lastro de culpa pelos fatos ocorridos, visto que os prejuízos suportados se deram por culpa exclusiva de terceiros.

Requereu ainda a reforma da R. sentença para que seja declarada a existência de litisconsórcio passivo necessário em relação ao beneficiário da transação objeto desta ação, devendo o representante da apelada ser intimado a aditar a peça exordial, para incluir o beneficiário da operação na lide, sob pena de ser declarada nula e/ou ineficaz eventual decisão de mérito, nos termos do art. 114 e 115 do Código de Processo Civil, ou, a denunciação da lide do beneficiário/favorecido de forma subsidiária.

Em uma última análise, alega que o próprio Apelado deu causa ao evento danoso, realizando o pagamento de um boleto sem verificar corretamente os dados antes de finalizar o procedimento.

Assim, o apelado recebeu um boleto fradado e no momento do pagamento não verificou que os dados do beneficiário eram diversos, bem como o nome do pagador também constava como terceiro. Que a mencionada verificação não requeria qualquer análise detalhada, sendo de fácil percepção, visto que pode ser percebida no momento da realização da transação ou mediante simples verificação do boleto.

Por fim, o apelado não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, ônus que lhe incumbia de acordo com o artigo 373, inciso I do CPC. Vislumbra-se, portanto, que a hipótese narrada nos autos jamais poderia dar azo a reparação por danos morais na medida em que a legislação civil prevê sua possibilidade apenas nos casos de cometimento de ato ilícito, o que não ocorreu.

Foram apresentadas contrarrazões sustentando a manutenção da sentença (fls. 266/281 e fls. 284).

É o relatório.

Tratam os autos de ação de indenização por danos materiais e morais.

Aduziu o autor, em suma, que em 20.04.2020, foi surpreendido com o aviso de possibilidade de suspensão do atendimento, em razão de inadimplemento contratual. De imediato apresentou o comprovante de pagamento referente ao boleto recebido por correio (03/2020), como costumeiramente faz, e recebeu a informação quanto a possível problema ocorrido junto à Casa Bancária, referente à mensalidade de março. Ressaltou que referido boleto, por ser idêntico aos demais remetidos à sua residência, foi normalmente pago, constatando-se, posteriormente, a ocorrência de possível fraude, gerando pagamento a um terceiro de forma indevida. Com o intuito de não ter o contrato suspenso,

Acesso ao Sumário

realizou novamente o pagamento do valor referente a março e que, ao solicitar reembolso do que pagou indevidamente, recebeu resposta negativa do Banco.

Requereu, por fim, a condenação dos réus, ao pagamento de R$ 1.076,72 a título de danos materiais, com correção e incidência de juros de mora, além da condenação em R$ 5.383,60, a título de danos morais.

Citado, o Réu, Santander, apresentou contestação (fls. 75/86) aduzindo, em síntese, preliminarmente, ilegitimidade ativa, pois o boleto bancário teria sido pago diretamente pela esposa do autor; ilegitimidade passiva, atribuindo o ato narrado na petição inicial a terceiros, pretendendo a expedição de ofício ao recebedor do numerário. Fundamentou quanto à necessidade de denunciação da lide em nome do beneficiário. No mais busca rechaçar os fundamentos trazidos na petição inicial no sentido de tentar atribuir culpa à vítima do ilícito.

Requereu, por fim, o acolhimento de suas preliminares com a consequente extinção do feito sem resolução de mérito ou, alternativamente, a improcedência dos pedidos.

Citada, a ré, Associação (fls. 128/154) apresentou contestação aduzindo, em síntese, preliminarmente, quanto à necessidade de concessão da gratuidade; ilegitimidade passiva.

No mérito fundamentou quanto à aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor; inexistência de responsabilidade em razão de fortuito externo; exigibilidade do débito e inexistência de responsabilidade em devolver o valor cobrado em duplicidade. Requereu, por fim, o acolhimento de sua preliminar, com a consequente extinção do feito sem resolução de mérito ou, alternativamente, a improcedência dos pedidos.

Ao final do processo, que tramitou regularmente, o Juízo *a quo* houve por bem julgar a demanda procedente. (fls. 207/212), desafiando recurso das rés.

Sem razão as apelantes.

Preliminarmente, ainda que o pagador efetivo tenha sido Maria Fernanda Sansiviero Magalhães, cônjuge do Autor, o fez em benefício da entidade familiar, como não raro sói acontecer, pois, conforme se observa do documento de fls. 23 é ela, também, beneficiária do plano de saúde familiar, termos em que a indenização pleiteada beneficiará a ambos os cônjuges.

Não há que se falar, ainda, em litisconsórcio passivo necessário, nem mesmo, denunciação da lide, pleito que vai de encontro ao disposto no art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, dificultando ao consumidor o exercício de seus direitos, competindo à instituição bancária promover a competente ação de regresso oportunamente se assim decidir.

A ocorrência de fraude restou incontroversa, tendo o prêmio pago pelo segurado sido desviado por estelionatários, mediante envio de boleto falso, que fora devidamente quitado por ele.

Acesso ao Sumário

Conforme se verifica a fls. 41/42 dos autos, do boleto recebido e pago pelo autor, constava seu endereço, seu nome, e todos os dados relativos ao plano de saúde, não havendo como ele, que é pessoa leiga, desconfiar de que o boleto que recebeu, através dos correios, em sua residência, era falso, não havendo como dele se exigir tal conduta.

A relação que se estabeleceu entre as partes, por força do contrato celebrado é de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, que se aplica a todas as relações de consumo, inclusive as decorrentes da contratação dos planos de saúde, nos termos da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido, a Súmula 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Os artigos 7º, parágrafo único, e 28, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, estabelecem o regime de solidariedade entre todos os participantes da cadeia de consumo, de forma que a instituição bancária integra a cadeia de consumo, sendo parte legítima para responder a todos os pedidos formulados na petição inicial.

Ainda que ela tenha sido contratada, nos termos do art. 17 do CDC, equiparam-se a consumidor todas as vítimas do evento, para fins de reparação de danos. O artigo 14, *caput*, de referido diploma legal, dispõe que "*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*"

Nos termos do artigo supracitado, o prestador de serviço responde, independentemente de ter agido com culpa na execução de suas atividades, pelo dano causado ao consumidor.

Assim, na hipótese dos autos, ambos os réus respondem objetivamente pela fraude perpetrada contra a segurada, a quem não podem transferir o risco inerente às atividades comerciais que desenvolvem, inexistindo a alegada culpa concorrente, tampouco excludente de responsabilidade.

Acesso ao Sumário

Ainda que o prejuízo tenha advindo de fraude perpetrada por terceiro, o nexo causal não se rompe, e tampouco se eximem os requeridos da responsabilidade de reparar o dano, tendo em vista tratar-se de fortuito interno, ou seja, risco inerente à atividade desenvolvida.

Tratando-se de relação de consumo, resta patente a responsabilidade de ambos os requeridos pelo defeito na prestação do serviço de emissão e envio de boleto ao autor/segurado, bem como de cobrança da mensalidade, porquanto caberia a eles criar mecanismos para garantir que o boleto fosse entregue à autora, sem interceptação de fraudadores.

O autor/segurado efetuou o pagamento do boleto, acreditando estar pa-

gando em dia, e corretamente a mensalidade de seu plano de saúde e, estando adimplente, não pode ser prejudicada por fraude praticada por terceiros, decorrente da falha nos serviços prestados pelos réus, relativos aos deveres de segurança e sigilo dos dados nas instituições financeiras, possibilitando que terceiros estelionatários a eles tivessem acesso para a prática do crime.

Nesse sentido:

"*(...) o fornecedor, ao colocar os seus serviços à disposição do mercado de consumo, deve assumir o risco do negócio que está fornecendo, circunstância conhecida pela doutrina como caveat venditor, e não atribuir este risco à figura vulnerável do consumidor, que, em casos de contratos de saúde, poderia vir a responder com sua própria vida*". (Apelação Cível nº 1018255-42.2016.8.26.0482, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 28/08/2020).

"*SEGURO SAÚDE. Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Sentença de parcial procedência. Prêmio pago pelo autor desviado por estelionatários mediante envio de boleto fraudulento ao segurado, devidamente quitado. Fraude incontroversa. Aplicabilidade do CDC à hipótese (Sumula nº 608 do STJ). Responsabilidade objetiva da seguradora pela fraude perpetrada contra o segurado, a quem não pode transferir o risco inerente às suas atividades comerciais, inexistindo a alegada culpa concorrente e excludente de responsabilidade. Irregularidade na suspensão do seguro. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido.*" (Apelação 1006445-57.2018.8.26.0011; Relator(a): Alexandre Marcondes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/09/2020; Data de publicação: 30/09/2020).

"*AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL PARA CONDENAR AS RÉS, SOLIDARIAMENTE, A RESSARCIR A AUTORA DO VALOR QUE FOI PAGO EM DUPLICIDADE. FALSIFICAÇÃO DO BOLETO BANCÁRIO ENCAMINHADO À APELADA PARA QUITAÇÃO DA MENSALIDADE DO PLANO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA SEGURADORA E DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EMISSORA DO BOLETO. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. DEVER DE INDENIZAR BEM RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO*" (Apelação 1113264-76.2017.8.26.0100; Relator(a): Paulo Alcides; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/09/2018; Data de publicação: 24/09/2018).

"*Apelação. Plano de saúde. Resolução do contrato em razão de inadimplemento. Alegação da operadora de que houve fraude no sistema de*

cobrança, com redirecionamento dos pagamentos realizados em boletos falsificados. Inadmissibilidade da resolução do contrato. Inexistência de culpa do consumidor. Risco inerente à atividade da prestadora de serviço. Fraude praticada contra a operadora que não serve de fundamento para extinção do contrato. Aplicabilidade do CDC. Hipossuficiência econômica e informacional do consumidor e existência de contrato de adesão que determinam incidência da norma consumerista (art. 29 do CDC). Ainda que houvesse inadimplemento desta única parcela reclamada, não estava a operadora autorizada a resolver o contrato de pleno direito, mesmo em se tratando de contrato coletivo. Incidência da Súmula 94 do TJSP. Recurso improvido" (Apelação Cível nº 1007408-89.2018.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Enéas Costa Garcia, j. 13/07/2020).

Portanto, devem os apelantes ser solidariamente responsabilizados pelas consequências da fraude, devendo restituir à autora, os valores pagos indevidamente por ela.

Nessas circunstâncias, acertada a r. sentença quanto aos danos materiais.

No entanto, os danos morais não restaram configurados.

Não se discute que a situação de parte autora ter sido vítima de fraude, tendo efetuado o pagamento de boleto falso, achando que era autêntico, poderia ter causado certos dissabores e aborrecimentos a ela, mas não restou comprovado que disso, tenha decorrido situação mais gravosa.

Não há notícias de que seu plano de saúde tenha sido cancelado, ou de que seu nome tenha sido indevidamente incluso em cadastro de inadimplentes, ou levado a protesto, em razão do ocorrido.

Eventuais constrangimentos experimentados, não caracterizam a dor moral grave que justifica uma condenação pecuniária com caráter indenizatório.

A hipótese não é de dano "*in re ipsa*", de sorte que a situação experimentada pela autora, por si só, não é capaz de gerar direito à indenização, sendo necessário que se verifique, no caso concreto, que dela resultou, de fato, preocupação, angústia ou sofrimento, que ultrapassa o limite do mero aborrecimento.

Nesse sentido:

"*APELAÇÃO. CIVIL. SEGUNDA VIA DE BOLETO EMITIDO DIRETAMENTE DO SITE DA EMPRESA CREDORA. MANIPULAÇÃO DOS DADOS POR TERCEIROS. HIPÓTESE DE FORTUITO INTERNO. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA. RESTITUIÇÃO SIMPLES DOS VALORES DOS BOLETOS PAGOS EM DUPLICIDADE. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Os autores foram vítimas de fraude, pois os boletos que pretendiam pagar, embora emitidos a partir do site da empresa requerida, beneficiaram terceiro, por intermédio da empresa PAG S A MEIOS DE PAGAMENTO. 2. Disponibilizando a possi-*

bilidade de emissão de segunda via por seu site, forçoso concluir que a empresa requerida não foi capaz de impedir que terceiros manipulassem o conteúdo do boleto no interregno entre a solicitação e o recebimento pelo destinatário final, hipótese de fortuito interno que não é capaz de romper o nexo de causalidade. 3. O dano moral não está configurado, pois, além de os autores não terem narrado qualquer inconveniente experimentado, como bem salientado pela d. Procuradoria de Justiça, sem negativação ou protesto indevido, não se colhe da descrição fática 'gravidade tal a ensejar dano moral, permanecendo os fatos na esfera do que se denomina 'mero aborrecimento'. 4. Recurso parcialmente provido." (Apelação 1010191-38.2019.8.26.0482; Relator(a): Ademir Modesto de Souza; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/10/2021; Data de publicação: 28/10/2021).

Ante o parcial provimento do recurso, a sucumbência tornou-se recíproca.

Assim, as custas deverão ser igualmente partilhadas, fixando-se honorários advocatícios de 10% do valor causa, dos quais o autor pagará 50% e as rés 50%.

De todo exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006037-98.2020.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., são apelados CORREPLAN CORRETORA DE PLANOS DE SAÚDE DE VIDA e LIKA KOTZENT DESENHISTA E ESTILISTA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.856)**

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

São Paulo, 25 de janeiro de 2022.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO - DEMANDA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS - PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL COM 4 BENEFICIÁRIOS DA MESMA FAMÍLIA - "FALSO PLANO COLETIVO" - CLÁUSULA CONTRATUAL DE EXIGÊNCIA DE AVISO PRÉVIO QUE TEM POR FUNDAMENTO O § 1º DO ART. 17 DA RN 195/09 DA ANS - DISPOSITIVO NORMATIVO DECLARADO NULO EM DECISÃO PROFERIDA PELO TRF2 NA AÇÃO COLETIVA 0136265-83.2013.4.02.5101, MOVIDA PELO PROCON/RJ EM FACE DA ANS - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXIGE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DE CANCELAMENTO RECONHECIDA - RESCISÃO DO CONTRATO NA DATA EM QUE A OPERADORA FOI NOTIFICADA DO PEDIDO DE CANCELAMENTO - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - INEXIGIBILIDADE DO VALOR COBRADO - PRETENDIDA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC PARA OS JUROS DE MORA - DESCABIMENTO - PRECEDENTES DESTA CORTE.

DANO MORAL - O ATO ILÍCITO CARACTERIZADOR DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABALO EXTRAPATRIMONIAL CAUSADO À PESSOA JURÍDICA É AQUELE CUJA REPERCUSSÃO ATINGE O CONCEITO E A CREDIBILIDADE DE QUE GOZA A EMPRESA NO MEIO SOCIAL - DANO MORAL CARACTERIZADO PELA NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DO NOME DA REQUERENTE - O DANO MORAL PURO É PASSÍVEL DE SER INDENIZADO, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE SEJA PROVADO PREJUÍZO EFETIVO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FIXAÇÃO EM R$ 8.000,00 - FUNDADA NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - ADEQUAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.

277/281, que julgou procedentes em parte os pedidos para declarar a inexigibilidade do débito pertinente à multa contratual, condenando a operadora no pagamento da indenização de danos morais de R$ 8.000,00 com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês contados da sentença; julgou improcedente o pedido em face de Correplan Corretora de Planos de Saúde de Vida.

Em razão da sucumbência, condenou não só a autora nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 1.500,00, como também o plano de saúde nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 2.500,00.

Rejeitados os embargos declaratórios opostos pela autora (fls. 290), apela a operadora de plano de saúde alegando que o contrato seria coletivo empresarial; a regularidade da multa contratual porque prevista no contrato de acordo com o art. 17 da RN 195/2009 da ANS; volta-se contra a condenação nos danos morais; os juros de mora, a seu ver, devem ser fixados pela taxa SELIC (fls. 293/302).

Comprovado o recolhimento do preparo (fls. 303), o recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Contrarrazões às fls. 309/315.

Por fim, as partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

1. - DO RECEBIMENTO DO RECURSO - A apelação de fls. 293/302 é recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo (CPC, art. 1.012).

2. - DOS LIMITES DA CONTROVÉRSIA - Discute-se i) a natureza do contrato de assistência médica; ii) a validade da cláusula que prevê que, no caso de rescisão imotivada por qualquer das partes haverá a cobrança de aviso prévio de 60 dias e iii) o dever ou não de indenizar a parte autora pelo dano moral.

3. - DO MÉRITO - Firmado o contrato em meados de 2018, a autora formulou pedido de rescisão em junho de 2019. É incontroverso que a requerida impôs que a solicitação de cancelamento seria precedida de aviso prévio de 60 dias.

O detido exame dos autos revela que o contrato de plano de saúde coletivo empresarial é composto por 3 beneficiários da mesma família.

Na hipótese, malgrado o enquadramento do plano de saúde na modalidade de coletivo empresarial, trata-se de "falso plano coletivo" dada a natureza de contrato familiar, na medida que inexiste o vínculo com a pessoa jurídica Lika Kotzent Desenhista e Estilista Ltda.

Nesse sentido: "A contratação por uma microempresa de plano de saúde

Acesso ao Sumário

em favor de dois únicos beneficiários não atinge o escopo da norma que regula os contratos coletivos, justamente por faltar o elemento essencial de uma população de beneficiários" (STJ, 3ª Seção, REsp. 1701600/SP, Rel. Minª Nancy Andrighi, j. em 09.03.2018).

Nesse mesmo sentido: "Ementa: Plano de Saúde - Reajuste - Apesar de firmado na modalidade de plano coletivo, o contrato cobria apenas 4 vidas da mesma família, o que o insere dentre dos planos considerados 'falsos coletivos', nos quais incidem as regras aplicáveis aos planos individuais e familiares. Afastados os reajustes por sinistralidade e por variação de custo médico-hospitalar. Ausência de prova de que houve a adequada comunicação acerca do cancelamento do plano. Dano moral incabível. Impossibilidade de inovação dos pedidos na fase recursal. RECURSOS CONHECIDOS EM PARTE E IMPROVIDOS NA PARTE CONHECIDA." (TJSP, 8ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1028434-80.2017.8.26.0100, rel. Des. Benedito Antonio Okuno, j. em 08.01.2020).

Feitas essas considerações, é fato que a própria ANS, após o julgamento da Ação Civil Pública 0136265-83.2013.4.02.51.01, reconheceu como nulo o parágrafo único do mencionado artigo.

Na mencionada ação civil pública, ficou decidido que: "1) declarar nulo o parágrafo único do artigo 17 da RN 195, de 14 de julho de 2009, da ANS e autorizar que os consumidores possam rescindir o contrato sem que lhe sejam impostas multas contratuais em razão da fidelidade de 12 meses de permanência e 02 meses de pagamento antecipado de mensalidades, impostas no ato administrativo viciado; 2) condenar a ANS à obrigação de publicar, às suas custas, em 02 jornais de grande circulação, em quatro dias intercalados, a parte dispositiva deste julgado de modo a conferir aos consumidores o direito de informação".

Deve-se salientar que o referido dispositivo foi apenas declarado nulo para os consumidores, tendo sido decidido de maneira expressa que esse ainda tem validade para as operadoras, visto que afigura-se inconcebível que a Agência Nacional de Saúde Complementar edite norma que autorize, por via transversa, que o contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares seja rescindido unilateralmente pela operadora.

Além disso, é possível extrair do artigo 1º da Resolução Normativa 455, de 30 de março de 2020 que: "Em cumprimento ao que determina a decisão judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0136265-83.2013.4.02.51.01, fica anulado o disposto no parágrafo único do art. 17, da Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009".

Sendo o parágrafo único do artigo 17 da mencionada resolução reconhecido como nulo, o mesmo entendimento deve ser aplicado à cláusula que prevê que o contrato poderá ser extinto por qualquer das partes, imotivadamente, após a vigência do período mínimo de 12 meses desde que haja prévia notificação de

Acesso ao Sumário

60 dias à outra parte.

Isso é, tal dispositivo, que vai ao encontro do afirmado na RN 195, não pode prosperar, até mesmo por uma questão de lógica jurídica, já que carece de sentido anular uma previsão da ANS, mas manter uma cláusula contratual que se assemelha a ela.

Cabe fazer uma ressalva aqui, já que essa cláusula é nula apenas para a autora, pois como visto, a justiça entendeu que o consumidor tem o direito de cancelar o plano sem a necessidade de prévia notificação de 60 dias, bem como rescindir o contrato sem observar o período mínimo de 12 meses.

Pela documentação que acompanha a inicial é possível verificar que, de fato, a autora solicitou o cancelamento do plano em junho de 2019, tendo então a operadora a obrigação de realizar o cancelamento imediato.

Sobre isso, importante observar o disposto no artigo 15, inciso II da Resolução Normativa 412/2016 da ANS: "Recebida pela operadora ou administradora de benefícios, a solicitação do cancelamento do contrato de plano de saúde individual ou familiar ou de exclusão de beneficiários em plano coletivo empresarial ou coletivo por adesão, a operadora ou administradora de benefícios, destinatária do pedido, deverá prestar de forma clara e precisa, no mínimo, as seguintes informações: - efeito imediato e caráter irrevogável da solicitação de cancelamento do contrato ou exclusão de beneficiário, a partir da ciência da operadora ou administradora de benefícios".

O TJSP, no dia 08 de abril de 2021, decidiu da seguinte forma: "Plano de saúde coletivo empresarial. Pequena e micro empresa (PME). Rescisão unilateral imotivada. Plano de saúde coletivo empresarial para pequena e micro empresa. Contrato celebrado em benefício de pequeno grupo familiar (3 beneficiários). Ausência de elemento essencial para caracterizar apólice coletiva (população de beneficiários). Aplicação excepcional da proteção conferida aos planos de saúde individuais. Tratamento legal e regulamentar análogo ao dispensado para apólice individuais. Entendimento corroborado pelo STJ (Resp. Nº 1.701.600/SP). Aplicação do art. 15, II, da RN ANS 412/2016, que estipula que o pedido de cancelamento possui efeitos imediatos, a partir da ciência da operadora. Cláusula de fidelização, ademais, cuja abusividade foi reconhecida no julgamento da ACP nº 0136265-83.2013.4.02.5101, julgada pelo TRF da 2ª Região. Revogação do parágrafo único do art. 17 da RN ANS nº 195/04 pela RN ANS 455/20. Precedentes. Cumprimento do aviso prévio afastado. Sentença reformada. Recurso provido" (TJSP, 7ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1006853-77.2020.8.26.0011, rel. Des. Rômolo Russo, j. 08.04.2021).

Por consequência disso, não tem a ré o direito de realizar a cobrança de mensalidades após o pedido de cancelamento.

De outro lado, descabe fixar os juros de mora incidentes sobre a condena-

Acesso ao Sumário

ção com base na taxa SELIC.

"Em hipótese análoga, o i. Des. Alberto Gosson, com assento na C. 22ª Câmara de Direito Privado desta Corte, observou que 'a doutrina e a jurisprudência têm afastado a aplicação da taxa Selic e propugnado pela adoção analógica do disposto no § 1º, do art. 161, do Código Tributário Nacional, em interpretação do artigo 406 do Código Civil (Judith Martins Costa. Comentários ao Código Civil. Vol. V, Tomo II, Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 402 até 408). Theotônio Negrão *et alii*. Código Civil e legislação civil em vigor. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, verbete 406:4, p. 214. Nesse sentido, são os precedentes dessa C. Câmara: EXECUÇÃO - DUPLICATAS MERCANTIS - CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TABELA PRÁTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - JUROS DE MORA - TAXA DE 1% AO MÊS - CÓDIGO CIVIL ART. 406, C.C. ART. 161, § 1º, DO CTN - INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC - RECURSO IMPROVIDO (TJSP, 22ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1005048-93.2018.8.26.0291, rel. Des. Matheus Fontes, j. 30.01.2020).

4. - DANOS MORAIS - Em princípio, esclareça-se que a pessoa jurídica é passível de sofrer dano moral, porque possui honra objetiva.

A honra objetiva da pessoa jurídica diz respeito à imagem e ao prestígio perante seus clientes, fornecedores e terceiros.

Consoante entendimento de Arnaldo Rizzardo, em sua obra "Responsabilidade Civil", o ato ilícito caracterizador da responsabilidade civil por abalo extrapatrimonial causado à pessoa jurídica é aquele cuja repercussão atinge o conceito e a credibilidade de que goza a empresa no meio social.

Não se pode negar que a honra e a imagem estão intimamente ligadas ao bom nome das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas; ao conceito que projetam exteriormente. De modo especial, é indenizável o comportamento que atinge o conceito de empresas por meio de atos de protesto de títulos de crédito mercantis, ou pela divulgação de informações que, imotivadamente, provocam o desprestígio social das pessoas.

Acesso ao Sumário

Na espécie, a relação estabelecida entre as partes é de consumo, na forma do disposto nos artigos 2º e 3º do CDC.

Neste sentido, veja-se que, conforme entendimento consolidado pelo Colendo STJ, ainda que a parte (pessoa física ou jurídica) não seja destinatária final do produto ou serviço, pode se ter por configurada relação de consumo, desde que desfrute de situação de vulnerabilidade diante do fornecedor.

Trata-se da chamada teoria finalista mitigada, segundo a qual, ainda que, na hipótese, a aquisição de três linhas de telefone da ré tenha incrementado a atividade comercial da autora, é evidente sua vulnerabilidade e hipossuficiência perante o fornecedor.

Sobre o tema, veja-se o entendimento deste Egrégio TJSP: "CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. VULNERABILIDADE TÉCNICA. 1. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao caso concreto porque, embora a autora seja pessoa jurídica exploradora de atividade econômica, incide no caso concreto a teoria finalista mitigada, porque os elementos dos autos revelam desequilíbrio entre as partes e vulnerabilidade da autora em relação à capacidade técnica para provar a não realização das ligações cobradas pela requerida, bem como hipossuficiência técnica em relação à verificação de segurança do sistema de PABX. (...)." (TJSP, 35ª Câm. Dir. Priv., Ap. 0012151-78.2011.8.26.0271, rel. Des. Artur Marques; j. 05.02.2018).

"Ação cominatória visando ao cancelamento e desbloqueio de linhas telefônicas, cumulada com o pedido de indenização por danos morais - Aplicabilidade da legislação de consumo - Incidência da teoria finalista mitigada diante da vulnerabilidade técnica do autor - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - Responsabilidade objetiva e solidária da empresa responsável por contatar o autor e oferecer mudanças no plano de telefonia - Participação incontroversa na cadeia de consumo - Inteligência dos arts. 7.º, Parágrafo Único e 25, § 1.º, do Código do Consumidor - Danos morais caracterizados pela inoperância das linhas telefônicas, necessárias à execução dos serviços da empresa - Reparação devida - Arbitramento prudencial em quantia suficiente, proporcional e razoável com as circunstâncias e peculiaridades da hipótese fática - Incidência de honorários recursais, art. 85, §11, do Código de Processo Civil - Recursos não providos." (TJSP. 38ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1003477-78.2018.8.26.0003, rel. Des. César Peixoto, j. 11.09.2019).

Tratando-se de relação consumerista, nos termos do art. 14 do CDC, responde objetivamente o fornecedor pelo vício do serviço, posto que os danos dele decorrentes são de sua inteira responsabilidade, esta que decorre do risco integral de sua atividade econômica, somente não respondendo quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, consoante dispõe o § 3º, inciso II, do artigo citado, o que não se verificou no presente caso.

Evidente, assim, devidamente reconhecida a ilegitimidade da inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito, o dano moral sofrido pela apelada, sendo presumido o prejuízo, independentemente de comprovação.

Contrariamente ao alegado pela ré, o simples fato de a empresa autora ter seu nome indevidamente inserido nos órgãos de proteção ao crédito traz-lhe inegável prejuízo e sérias restrições creditícias, sendo tal fato motivo para uma justa indenização, servindo esta, ainda, para coibir atos semelhantes.

Caracterizado, portanto, o dano moral causado à autora, decorrente de falha na prestação de serviços por parte da ré, sendo, assim, devida a indenização.

Acesso ao Sumário

Assim, ocorrido o dano moral, a indenização deve levar em consideração a sua intensidade e deve ser fixada com base em critérios legais e doutrinários, cujos limites vêm sendo adotados pela jurisprudência dominante, a fim de evitar abusos e eventual enriquecimento ilícito.

Assim, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, especialmente o fato de não ter comprovado maiores consequências em razão da negativação indevida, mantém-se a indenização em R$ 8.000,00, quantia que, devidamente atualizada, revela-se, ao ver da Turma Julgadora, suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir a ré de atitudes semelhantes.

5. - DOS HONORÁRIOS RECURSAIS - Diante do desprovimento do recurso, ficam os honorários recursais majorados para R$ 3.000,00 (CPC, art. 85, § 11).

6. - CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1056336-06.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A, são apelados CLAYTON DA SILVA CODO e TAMARA ROCHA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32127)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CÉSAR PEIXOTO (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível. Plano de saúde. Custeio de despesas com utilização de equipamento para realização de cirurgia. Neuronavegador, cânula e esfera marcadora. Dano moral. Sentença de parcial procedência. Recurso da corré Amil.

Mérito. Rol da ANS. DUT. Negativa indevida. Relação de consumo. Contrato que deve ser interpretado em favor do consumidor. ***Pacta sunt servanda*** não é absoluto

e deve ser interpretado em consonância com as normas de ordem pública, com os princípios constitucionais e, na presente hipótese, com o escopo de preservar a natureza e os fins do contrato. Boa-fé objetiva e função social do contrato (arts. 421 e 422, CC). Interpretação dos arts. 10, §4º e 35-F, da Lei 9656/98.

Cláusula que limita tratamento prescrito pelo médico fere a boa-fé objetiva e desnatura a própria finalidade do contrato. Se a doença tem cobertura contratual, os tratamentos disponíveis pelo avanço da medicina também terão. Aplicação das Súmulas 96 e 102 desta Corte de Justiça. Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura e custeio de tratamento, sob o argumento de natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

As limitações contratuais podem até abranger rede de atendimento hospitalar, laboratorial e tipo de acomodação, mas em nenhuma circunstância o tratamento que tenha por objetivo restabelecer a saúde da contratante. Precedente citado não tem caráter vinculante.

Dano moral. Caracterização. Ilícito que consistiu na indevida recusa, não se tratando de questão meramente contratual. Inclusão do nome do autor no cadastro de restrição ao crédito. Circunstâncias que agravaram a situação de aflição psicológica e de angústia. Tratamentos tradicionais já experimentados, sem sucesso. Indenização mantida no valor fixado.

Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação movida por Clayton da Silva Codo e Tamara Rocha de Oliveira a contra Amil Assistência Médica Internacional S.A. e Rede D'or São Luiz - Unidade Itaim, pretendendo que as rés sejam condenadas em obrigação de fazer envolvendo cobrança por procedimento cirúrgico realizado nas dependências da segunda ré, bem como ao pagamento de indenização por dano moral.

A demanda foi julgada extinta quanto à ré Rede D'Or e parcialmente procedente quanto à ré Amil, para condená-la ao custeio de procedimento realizado pela autora, sob pena de multa diária, bem como a indenizar o autor por danos

Acesso ao Sumário

morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Em razão da sucumbência, a ré foi ainda condenada a arcar com as custas e despesas processuais. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação. Diante da sucumbência dos autores quanto à corré Rede D'Or, condenados ao pagamento das custas e despesas processuais. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Apela a ré, alegando que não constam no rol da ANS o procedimento realizado por neuronavegador e a cânula guia, dessa forma, entende não haver obrigação de custeio. Menciona o art. 12, da RN 428/17. Indica não ter havido solicitação quanto à esfera marcadora, que, contudo, também não possui previsão de custeio.

Afirma que o rol da ANS é taxativo, conforme julgamento do REsp 1.733.013/PR. Defende a natureza securitária do contrato e o desiquilíbrio provocado pelo custeio de tratamentos que não possuem cobertura. No mais, o contrato não possui cláusula de reembolso. Indica não ter praticado qualquer ato ilícito, apontando para a observância do princípio da *pacta sunt servanda*. Discorda da condenação em dano moral.

O recurso foi regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões.

É o relatório do essencial.

O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se ao Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende da Súmula 608 do C. STJ e 100 desta Corte de Justiça:

> *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.*
>
> *Súmula 100: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais*

Inequívoca a relação de consumo, impõe-se também aplicar às cláusulas de exclusão e limitativas, o disposto nos artigos 46 e 47 da Lei 8.078, de 11.9.90.

Especificamente sobre o contrato em testilha, é típico contrato de adesão, impondo-se a regra de hermenêutica segundo a qual as cláusulas devem ser interpretadas a favor do consumidor que aderiu a contrato-padrão estabelecido pelo fornecedor.

A aplicação das normas consumeristas, bem como dos princípios e normas que regem o Direito Civil, notadamente o princípio da boa-fé e função social do contrato, levam à conclusão que a ré tem obrigação de fornecer o tratamento.

> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Acesso ao Sumário

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Na opinião abalizada de MARIA HELENA DINIZ, em "Curso de Direito Civil Brasileiro", 3º volume, 18ª edição, 2003, Editora Saraiva, pág. 38:

> "5º) da boa-fé, intimamente ligado não só à interpretação do contrato pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inserida da declaração de vontade das partes mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé".

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em "Obrigações e Contratos Pareceres de acordo com o Código Civil de 2002", Editora Forense, 1ª edição, 2011, pág. 207:

> "Ninguém estipula um negócio bilateral, para atrair a outra parte a uma armadilha. (...) o conceito de boa-fé, embora flexível, pode ser dominada por uma regulamentação pragmática, a dizer que o espírito da declaração deve preponderar sobre a letra da cláusula; a vontade efetivar predomina sobre o formalismo; o direito repousa antes na realidade do que nas palavras (DE PAGE, Traité Elémentaire de Droit Civil Belge, v. II, n. 468). Tendo as partes contratado para cumprir (este é o 'espírito da declaração'), a execução do ajuste é o objetivo protegido pela boa-fé (Treu und Glauben)".

Nada obstante válido o princípio da *pacta sunt servanda*, não é ele absoluto, e deve ser interpretado em consonância com as normas de ordem pública, com os princípios constitucionais e, na presente hipótese, com o escopo de preservar a natureza e os fins do contrato.

Ainda, o caso dos autos deve ser solucionado segundo entendimento já consolidado por esta Corte, nos termos das Súmulas 96 e 102 que ora se transcreve:

> *Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.*
>
> *Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.*

O procedimento realizado da forma como prescrito à autora, conforme relatado pelo médico que a acompanhou, era necessário, considerando a melhor técnica e o melhor nível de segurança possível (relatório à fl. 32). Certamente houve maior segurança na realização do procedimento com aplicação da técnica, do contrário, bastaria que o médico sugerisse o método tradicional, o que não foi o caso. Os demais materiais guardam relação com a própria técnica utilizada,

Acesso ao Sumário

o demonstra a imprescindibilidade do emprego.

Em julgamentos análogos, que envolvem o uso de neuronavegador, tem entendido este E. Tribunal:

> APELAÇÃO. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Autor diagnosticado com "cavernoma rôto" em região cerebral profunda. Prescrição médica de urgência na realização de cirurgia de craniotomia, com uso de "neuronavegador". Negativa da ré quanto a cobertura do custo do aparelho mencionado, sob alegação de ausência de inclusão no rol da ANS. Recusa de cobertura ao material cirúrgico viola a boa-fé objetiva e o equilíbrio processual. Abusividade evidente. Dicção das Súmulas 96 e 102 o do STJ. Rol da ANS que é meramente exemplificativo e não restritivo. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento.
>
> (TJSP, Apelação Cível 1039176-65.2020.8.26.0002, Relator (a): José Rubens Queiroz Gomes, 7ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 07/07/2021, Data de Registro: 07/07/2021)
>
> AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Plano de saúde. Necessidade de utilização de aparelho neuronavegador e ressonância intraoperatória, em cirurgia para retirada de tumor cerebral. Negativa do plano sob alegação de que o material pedido não consta do Rol da ANS. Sentença de improcedência que julgou o feito baseado em situação inexistente nos autos. Autor que, por três vezes interpôs embargos de declaração na tentativa de chamar atenção para o equívoco cometido, sem lograr êxito. Apelo que foi necessário. Admissibilidade. Procedência. Rol da ANS que tem caráter exemplificativo. Plano de saúde que dá cobertura para a doença que atingiu o autor. Exclusão invocada pela operadora do plano de saúde que contraria a finalidade do contrato. Cobertura devida nos exatos termos pleiteados. Prova pericial realizada. Sentença que merece modificação. Sucumbência carreada integralmente às rés. Recurso provido.
>
> (TJSP, Apelação Cível 1067214-89.2017.8.26.0100, Relator (a): Fábio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 07/07/2021, Data de Registro: 07/07/2021).

Acesso ao Sumário

A negativa viola a função social do contrato, visto que o objetivo contratual da assistência médica comunica-se, necessariamente, com a obrigação de restabelecer ou procurar restabelecer, através dos meios técnicos possíveis, a saúde dos pacientes.

A respeito da função social dos planos de saúde, em julgado desta Corte de Justiça, prevaleceu o entendimento de que: "*quem pretende exercer a prestação de serviços de saúde deve estar consciente de que o seu legítimo direito ao lucro disso decorrente há de ser exercido em consonância com os valores de proteção da vida humana saudável, fim ao qual se subordina a própria ordem econômica*".

Ademais, a empresa que se dedica à indigitada atividade deve proceder *em conformidade com as necessidades de seu consumidor, com abrangência do mais amplo espectro de atuação, sem limitar-se a acudi-lo apenas nas doenças rentáveis mas também naquelas custosas e não rentáveis, com a previsão, no estabelecimento de seus preços, dos aportes necessários à sobrevivência de rentabilidade razoável de sua atividade*. (cf. Voto Vencedor, proferido na Apelação Cível nº 282.895.1/5).

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: *O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura*. (REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15/03/2007).

Efetivamente, podem as limitações contratuais (art. 757, CC) até abranger rede de atendimento hospitalar, laboratorial e tipo de acomodação, mas em nenhuma circunstância o tratamento que tenha por objetivo restabelecer a saúde da contratante. Não pode o plano de saúde limitar os métodos que levarão à cura do paciente, sob pena de frustrar a finalidade do contrato. Limitar o tratamento equivale a negar cobertura para a doença.

Não se olvida o disposto no art. 10, §4º, da Lei 9.656/98. Entretanto, esse dispositivo deve ser interpretado conforme a boa-fé que rege as relações contratuais, bem como com a função social do contrato e orientação que vem expressa no art. 35-F, da mesma lei, que diz "*A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes*".

Assim sendo, o rol da ANS representa cobertura mínima, mas jamais exaustiva, pois a lista de procedimentos médicos e medicamentos autorizados é editada com certo atraso e esse fato não pode prejudicar o paciente. Restringir o atendimento ao rol da ANS seria negar ao paciente tratamento mais avançado, ou até ao único existente, pois os trâmites burocráticos da Agência não acompanham o avanço científico.

A questão se torna mais evidente quando se verifica que o tratamento é o meio mais adequado disponível. Não houve indicação de outras opções. Ou seja, a paciente teve negado acesso à única forma de recuperar sua saúde. Ora, se a doença tem cobertura contratual, os tratamentos e exames também terão e devem acompanhar a evolução das técnicas da medicina.

Vale dizer que o julgamento do REsp 1.733.013/PR não tem caráter vinculante.

Quanto ao dano moral, a limitação ao tratamento prescrito pelo médico fere a boa-fé objetiva e desnatura a própria finalidade do contrato, que é fornecer efetiva e integral cobertura de despesas médicas para doença coberta.

Acesso ao Sumário

Sendo assim, quanto a condenação por dano moral, é necessário pontuar que essa modalidade de dano consubstancia-se em 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, houve clara violação aos direitos de personalidade do autor, vez que suportou angústia em relação à cobrança do procedimento, com consequente inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito.

Ora, as pessoas contratam planos de saúde, visando enfrentar situações de fragilidade física com um pouco mais de tranquilidade.

A conduta da ré causou insegurança, ensejando a propositura da presente ação, contribuindo para exacerbar sofrimento já ocasionado pela circunstância.

A Corte Superior firmou o seguinte entendimento:

Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp. 735168 - RJ, Ministra NANCY ANDRIGHI, 3a Turma, DJ de 26.03.2008).

De fato, as pessoas contratam planos de saúde, visando enfrentar situações de emergência com um pouco mais de tranquilidade, sendo inaceitável que a operadora de plano de saúde busque furtar-se a cumprir a função social do contrato, em momento de fragilidade do usuário.

Nessas condições, a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Em decorrência do disposto no art. 85, §11, CPC/2015, a verba honorária devida ao patrono da autora é majorada para 15% do valor atualizado da causa.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em

Acesso ao Sumário

08/06/2016, já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente Acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, com a redação alterada pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, NEGA-SE provimento ao recurso da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009566-67.2020.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes/apelados LUCAS DE LIMA BOTTI e JOÃO VICTOR DE LIMA BOTTI, é apelado/apelante CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO SAINT GERMAIN RESIDENCE.

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 dos requerentes e deram provimento ao recurso do requerido. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.143)**

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

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÕES - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - RECURSO DOS REQUERENTES - Matrícula do imóvel que prevê expressamente as vagas de garagem atreladas ao apartamento no pavimento subsolo do prédio condominial - Imperiosa a manutenção da r. sentença impugnada - RECURSO DO CONDOMÍNIO RÉU - Honorários advocatícios sucumbenciais que devem ser arbitrados nos termos

Acesso ao Sumário

do art. 85, §8º, do CPC - Negado provimento ao recurso dos requerentes e recurso do requerido provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por **LUCAS DE LIMA BOTTI** e **OUTRO** e **CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO SAINT GERMAINT RESIDENCE**, nos autos da ação de obrigação de fazer que os primeiros movem contra o último, objetivando a reforma da sentença (fls. 395/399) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Luiz Augusto Esteves de Mello, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando a parte vencida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC.

Apelam os autores (fls. 402/422), sustentando que ao seu apartamento foram escrituradas as vagas de garagem acessórias de nº 58 e de nº 59, além do depósito de nº 30. Afirmam que o registro público estaria correto e que o "*Instrumento Particular de Instituição, Especificação, Convenção, Regimento Interno e Atribuição de Unidades Autônomas do Condomínio Edifício Saint Germain Residence*" deveria ser corrigido em observância às escrituras de aquisição e não à vontade dos condôminos. Argumentam que a matrícula mãe e todos os documentos públicos apontariam que o apartamento 102 está vinculado às vagas de nº 58/59 e depósito de nº 30. Alegam que não teria havido qualquer manifestação livre dos condôminos no sentido de dispor sobre as vagas de garagem, matéria constante da matrícula. Acrescentam que a *supressio* deveria ser afastada na espécie por seis motivos: a) os autores teriam adquirido o imóvel em outubro de 2015, portanto, qualquer questões relativas a anteriores proprietários não poderia prejudica-los; b) um dos autores era menor até antes do ajuizamento da demanda, portanto, contra ele não corria prescrição; c) o apartamento sempre esteve alugado a terceiros, de tal modo que só tiveram contato direto com a situação até pouco tempo antes do ajuizamento da ação; d) desde que tomaram ciência da situação, teriam promovido as medidas extrajudiciais necessárias (fls. 148/153); e) a relação entre as partes não seria contratual, de tal sorte que o conflito a que se busca solução nesta ação não deriva de prestações-contraprestações. Portanto, não é aplicável a *suppressio*; f) as vagas de garagem e o depósito em referência neste processo são vinculadas e privativas, logo, são descritas na matrícula do apartamento, constando em todos os atos escriturais. Portanto, não subsistiria qualquer relação de autonomia dos condôminos na fixação ou uso das vagas - tudo devendo observar o registro público e o direito dos apelantes de usarem das suas unidades.

Apela o requerido adesivamente (fls. 451/457), pugnando pela majoração

Acesso ao Sumário

dos honorários advocatícios sucumbenciais, uma vez que o arbitramento pela regra do art. 85, §2º, do CPC, implicaria em valor aviltante, de modo que deveria ser fixado pelos critérios equitativos, nos termos do §8º do mesmo diploma legal.

Apresentadas contrarrazões (fls. 428/450; 482/486), os apelos foram recebidos em seu duplo efeito.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pelos apelantes em face do condomínio apelado. Em síntese, narra a exordial que por um erro condominial teriam sido atribuídas ao apartamento de sua propriedade as vagas de garagem nºs 48 e 49, no "*Instrumento Particular de Instituição, Especificação, Convenção, Regimento Interno e Atribuição de Unidades Autônomas do Condomínio Edifício Saint Germain Residence*"; enquanto na matrícula do imóvel constariam as vagas nºs 58 e 59. Argumenta que na matrícula do imóvel, lavrada em 1994, constaria que as vagas vinculadas ao apartamento nº 102 seriam aquelas de nº 58 e 59, assim como o depósito seria o de nº 30.

Apresentada contestação (fls. 173/193) e réplica (fls. 349/364), sobreveio sentença de improcedência às fls. 395/399, contra a qual se insurgem os requerentes, porém sem razão.

Respeitado o entendimento sustentado pelo apelante, entendo que a r. sentença impugnada deve ser mantida.

Para o deslinde da presente demanda, é importante colacionar o quanto previsto na matrícula do imóvel em questão (fls. 15/16):

> *"IMÓVEL: UMA UNIDADE AUTÔNOMA ou APARTAMENTO sob nº 102 (cento e dois), localizado no primeiro pavimento-tipo do edifício denominado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SAINT GERMAIN RESIDENCE, situado a Avenida Onze de Maio nº 1.539, Jardim Caiçara, nesta cidade e comarca de Presidente Prudente, com a área total construída de 225,79 m², sendo 118,57 m² de área privativa, 84,18 m² de área de uso comum de divisão proporcional e 23,04 m² de área de uso comum não proporcional relativas às vagas de garagem 58 (cinquenta e outo) e 59 (cinquenta e nove)* ***do subsolo*** *e depósito nº 30 (trinta)*" (grifou-se)

Conforme consta dos autos, portanto, verifica-se que o documento de registro imobiliário do bem prevê expressamente que as vagas de garagem atreladas ao apartamento de propriedade dos autores são as de nºs 58 e 59 **do subsolo**. Ou seja, ainda que na atual numeração do prédio as vagas de nºs 58 e 59 estejam inscritas no pavimento térreo, o certo é que a matrícula do bem prevê expressamente que as vagas de garagem se localizam **no pavimento subsolo**.

Nesse sentido, a matrícula prevê que as vagas atreladas ao apartamento dos apelantes são duas vagas de nºs 58 e 59 **do subsolo**, ou seja, duas vagas específicas no pavimento subsolo, excluindo-se, portanto, as vagas dos demais

Acesso ao Sumário

pavimentos. Não é possível interpretar o referido documento de maneira diversa, uma vez que, independentemente da numeração das vagas, a matrícula é expressa ao determinar que são duas vagas **do subsolo**.

Ainda que os apelantes aleguem que não seria caso de *supressio* e que eventual alteração da atribuição das vagas de garagem não violaria autonomia dos condôminos, entendo que tais alegações, ainda que relevantes, não são suficientes para infirmar que as vagas de garagem em questão são necessariamente localizadas no subsolo. Portanto, não há de se falar em alteração da disposição atual das vagas, que perdura há mais de duas décadas no condomínio, em respeito ao quanto previsto no registro do imóvel, ainda que constando numeração diversa.

Portanto, deve ser mantida a r. sentença impugnada, porquanto não acolho as razões recursais dos apelantes.

Passo ao exame do recurso interposto pelo condomínio réu.

Nas causas em que for irrisório o proveito econômico obtido, como na hipótese ora discutida, o arbitramento dos honorários advocatícios deve ser determinado consoante apreciação equitativa do juiz, com base, porém, no grau de zelo do profissional, no lugar de prestação do serviço, na natureza e importância da causa, bem como no trabalho realizado e tempo demandado, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º, do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

> "*Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...) § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (...) § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º*".

In casu, o arbitramento da verba honorária foi realizado nos termos do mencionado artigo 85, §2º, em 10% sobre o valor da causa, que resultaria em honorários de R$ 100,00 (cem reais).

No caso, portanto, entendo irrisória a verba honorária se arbitrada conforme os parâmetros do referido diploma legal.

Nesse sentido, é de rigor o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos dos critérios equitativos do art. 85, §8º, do Código de Processo Civil.

Por derradeiro, ante o não provimento do recurso de apelação apresentado pelos requerentes, devida a majoração dos honorários advocatícios sucumben-

Acesso ao Sumário

ciais em sede recursal, em atenção ao trabalho adicional realizado pelo patrono do réu, pelo que ora os majoro para R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), a teor dos parâmetros e limites extraídos da inteligência dos §§1º, 2º e 11 do artigo 85 do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso dos requerentes e dou provimento ao recurso do requerido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009169-63.2015.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GIULIANA ELVIRA IUDICE DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados HSBC BRASIL ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA., REICAR REPRESENTAÇÕES E INTERMEDIAÇÕES LTDA. EPP e CLATILDE SOUZA.

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 26.507)**

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

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONSÓRCIO DE IMÓVEL. Parte autora que alega ter comprado, por R$115.000,00, cota contemplada por sorteio e que, poucos meses após a transferência de titularidade desta para o seu nome, houve indevido cancelamento da contemplação. Pretensão de restabelecimento da contemplação da cota, além de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Irresignação da parte autora. Descabimento. Cancelamento que se deu, em 28/12/2012, em razão da inadimplência das prestações de 10/11/2012 e 10/12/2013. Própria parte requeren-

Acesso ao Sumário

te que admite a inadimplência em relação à parcela de novembro/2012, mas culpa a parte ré por tal fato, dado não ter recebido o boleto. Alegação de não recebimento da fatura que não justifica o inadimplemento, tendo em vista os diferentes mecanismos disponibilizados para quitação das prestações, bem como a possibilidade de consignação do valor. Autora que não demonstrou ter procurado a ré para regularização oportuna de seu contrato. Documentos constantes dos autos que demonstram que, quando efetuado o cancelamento da contemplação (28/12/2012), a fatura de dezembro/2012 também estava inadimplida (desde 10/12/2012), tendo sido paga somente no dia 08/01/2013. Cancelamento da contemplação em decorrência da inadimplência que está previsto contratualmente, constituindo, portanto, exercício regular de direito da parte ré. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do RITJSP. Honorários advocatícios fixados em favor da HSBC Brasil Administradora de Consórcios majorados para o percentual de 12% do valor da causa, nos termos do art.85, §11, CPC, ressalvada a exigibilidade. Honorários recursais que não se aplicam aos Patronos das demais rés apeladas, visto que não ofereceram contrarrazões. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que julgou improcedente "*ação de restituição de valores c/c obrigação de fazer e pedido de indenização por danos materiais e morais*", condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade.

A parte autora, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) adquiriu, pelo valor de R$115.600,00, carta de crédito contemplada, em nome de Andréia Avelar Clemente; 2) realizou todo o procedimento para transferir a titularidade da carta para o seu nome, o que se deu em novembro de 2012, de modo que passou a aguardar o recebimento dos boletos para pagamento mensal, que só chegaram a partir de dezembro; 4) em janeiro de 2013, foi surpreendida com a notícia do cancelamento da contemplação de sua cota, por inadimplência da parcela de abril de 2012; 5) não recebeu qualquer comunicado, tampouco foi convocada para assembleia geral a fim de reverter a situação; 6) sofreu dano material e moral, uma vez que não conseguiu realizar o sonho de adquirir a casa própria,

Acesso ao Sumário

e teve que permanecer pagando aluguel; 7) embora o D. Juízo de origem tenha entendido pela inadimplência de sua parte, "*isso não é verdade, e sequer foi o motivo apresentado para a descontemplação*" (fl.524); 8) o boleto em aberto era de abril de 2012, data anterior à aquisição da cota.

Apenas a HSBC Administradora de Consórcio Ltda. apresentou contrarrazões.

É o relatório.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, que ficam aqui inteiramente adotados como razão de decidir para negar provimento ao recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim estabelece:

"*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

O indisfarçado propósito da referida norma regimental é, por um lado, evitar inútil repetição da fundamentação e, por outro, cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo.

O Colendo STJ tem prestigiado este entendimento ao reconhecer, predominantemente, "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp nº 662.272- RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando).

É de se consignar que a r. sentença que julgou improcedente a ação em exame deixou assentado que:

> "Vistos. Giuliana Elvira Iudice dos Santos move a presente em face de HSBC (Brasil) Administradora de Consórcio Ltda, ACB Representações e Clatilde Souza. Aduz a autora, em síntese, que, ao tentar adquirir um imóvel, realizou contrato de consórcio com o Banco Itaú por intermédio da 3ª ré, desembolsando o total de R$ 13.010,81, a fim de obter uma carta de crédito. Também pagou R$ 20.000,00 diretamente ao vendedor do imóvel. Transcorridos 6 meses da celebração do consórcio, sem que houvesse contemplação, foi sugerido pela 3ª ré que a autora adquirisse uma carta de crédito contemplada, o que foi aceito, tendo desembolsado a quantia de R$ 15.600,00, depositada diretamente na conta da terceira ré. Depois disso, recebeu um e-mail da segunda ré para realizar o processo de transferência da cota contemplada para seu nome. Contudo, os boletos pararam de chegar na casa da autora após novembro de 2012. Em janeiro de 2013, ficou sabendo que a cota havia sido descontempla-

Acesso ao Sumário

da, pois as parcelas de abril e de novembro de 2012 não haviam sido pagas. Ao entrar em contato com a terceira ré, esta informou que a parcela de abril fora paga com a contemplação e a de novembro ainda não estava em nome da autora. Assim, ingressou com a presente demanda a fim objetivando o recebimento da carta de crédito contemplada, bem como a condenação dos réus ao reembolso do que foi gasto com a carta de crédito (R$115.000,00) e a restituição das parcelas do consórcio. Requereu a concessão da assistência judiciária e a condenação dos requeridos em custas processuais e honorários advocatícios. Com a inicial (fls. 01/17), vieram documentos (fls. 18/181). Pela decisão de fl. 215, foi deferida a Justiça Gratuita. Citado (fl. 221), o réu HSBC (Brasil) Administradora de Consórcio Ltda apresentou contestação (fls. 231/242). Defende-se alegando que a promessa de contemplação não existiu, pois a data é incerta e a venda da cota contemplada ocorreu por intermédio da segunda ré. Afirma que o valor de R$ 100.000,00 não é devido. Aduz que a inadimplência pelo não recebimento dos boletos não é justificável. Argumenta, ainda, que o pedido de recontemplação é antijurídico e que é impossível a restituição imediata após a desistência do grupo. A restituição deve ser feita de acordo com os moldes contratuais. Impugna a existência de dano material e moral. Dessa forma, requer a improcedência dos pedidos iniciais. Citada (fl. 316) a ré ACB Representantes apresentou contestação (fls. 339/369). Alega decadência. No mérito, afirma que a requerente desistiu do primeiro consórcio e que demorou para apresentar os documentos para a segunda contemplação. Argumenta que a restituição dos valores pagos nas duas cotas de consórcios prejudicaria o grupo e que o pedido de recontemplação é antijurídico. Aduz que informou a autora que o inadimplemento das parcelas acarretaria perda da contemplação. Ademais, a causa da descontemplação não foi a falta de pagamento de abril de 2012. Dessa forma, requer o acolhimento da preliminar e, eventualmente, a improcedência da ação. A ré Clatilde Souza foi citada por meio de edital (fls. 504/505), tendo-lhe sido nomeado curador especial, que contestou por negativa geral (fl. 509). É o relatório. DECIDO. O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, pois a matéria debatida nos autos é primordialmente de direito, restringindo- se a fática a documentos, sendo desnecessária a produção de qualquer prova em audiência. No caso dos autos, a relação contratual que vincula as partes é de consumo. Incidem, portanto, as normas do Código de Defesa do Consumidor, notadamente a regra prevista no artigo 6º, inciso VIII, que possibilita a inversão do ônus da prova em favor da parte autora, que é parte vulnerável em relação aos réus. Além do mais, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Preambularmente, observo que não houve decadência do pleito autoral, uma vez que, pelo artigo 26, § 2º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor,

Acesso ao Sumário

a contagem do prazo cessou quando houve uma declaração formal da autora, ou seja, em fevereiro de 2013 (fl. 108/111), menos de 90 dias após o comunicado de descontemplação. No entanto, os pedidos são improcedentes. Restou incontroverso que a requerente não adimpliu o boleto referente ao mês de novembro de 2012. A autora tenta justificar a falta de pagamento afirmando que não recebeu o boleto referente a esse mês. Todavia, como ficou demonstrado pelo documento de fl. 234, o banco réu possui seis mecanismos diferentes para possibilitar o adimplemento. Além disso, em caso de insucesso nas tentativas de utilização das ferramentas da réu, a autora poderia ter consignado o pagamento. Dessa forma, considerando que a autora é plenamente capaz, caberia a ela procurar adimplir sua dívida, uma vez que a requerente sabia das consequências de seu inadimplemento. Nesse sentido, a jurisprudência: 'PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Telefonia. Alegação de falha na prestação dos serviços. Não comprovação. Parte que confessa o atraso no pagamento das contas com vencimento em janeiro e fevereiro de 2017. Envio das faturas em endereço errado. Irrelevância, no caso, pois as operadoras disponibilizam no próprio site a segunda via dos boletos. Danos morais. Não ocorrência. Recurso do autor não provido, com majoração da verba honorária.' (TJSP; Apelação Cível 1027498-58.2017.8.26.0002; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/05/2018; Data de Registro: 11/05/2018) Assim, conclui-se que a parte autora deu causa à descontemplação e o banco réu agiu em seu exercício regular de direito, não havendo falar em danos materiais ou morais. Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente demanda, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC. Em razão da sucumbência, condeno a autora no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa atualizado desde o ajuizamento. No entanto, cuidando-se de beneficiária da assistência judiciária, deverá ser observado o disposto no art. 98, § 3º do CPC. Interposto recurso de apelação, intime-se a parte contrária para contrarrazões, remetendo-se em seguida ao E. Tribunal de Justiça deste Estado, nos termos do artigo 1.009, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC, observadas as cautelas legais. Após o trânsito em julgado, aguarde-se por 30 dias. Nada sendo requerido, arquivem-se os autos, com as cautelas de praxe. P.R.I."

Acrescente-se que, embora a parte autora assegure em suas razões recursais que a inadimplência reconhecida na r. sentença "*não é verdade, e sequer foi o motivo apresentado para a descontemplação*" (fl.524) e que "*ficou claro que o boleto em aberto era o de abril de 2012*", análise dos autos deixa claro o contrário.

Com efeito, observa-se que a inadimplência da parte autora em relação ao consórcio 'sub judice' restou incontroversa, tendo em vista que foi admitida

Acesso ao Sumário

na petição inicial, da qual consta que "*o boleto do mês 11/2012 não chegou ao endereço de correspondência da Autora. Assim, ficou no aguardo e em dezembro chegaram os boletos referentes ao mês de dezembro e janeiro já em nome da Autora, então procedeu com os pagamentos das parcelas*" (fl.6).

Do mesmo modo, resta inequívoco nos autos que o motivo do cancelamento da contemplação foi a inadimplência, dado que a própria requerente narra que "*foi informada que a cota havia sido descontemplada devido à parcela do mês de abril de 2012, que não havia sido paga*" (fl.6) e que recebeu outra explicação "*de que a cota havia sido descontemplada, pois havia duas parcelas em aberto, a de abril de 2012 e a de novembro de 2012*" (fl.7). Além disso, os documentos de fls.106 Ementa: 113 comprovam que a HSBC Brasil Administradora de Consórcios informou à autora que a inadimplência havia sido a razão do cancelamento.

Por outro lado, a despeito da narrativa da inicial deixar dúvidas sobre qual parcela teria resultado na inadimplência do contrato e consequente cancelamento da contemplação - levantando primeiramente a hipótese de que seria a parcela de abril/2012 e, depois, que seriam as parcelas de abril/2012 e novembro/2012 -, os documentos colacionados pela própria autora às fls.49/50, 106 e 113 demonstram que o cancelamento objeto dos autos foi decorrência da inadimplência das faturas de novembro e dezembro de 2012.

De fato, a inadimplência de tais parcelas resta inequívoca nos autos, na medida em que: 1) quanto à fatura de 11/2012, a autora não colacionou qualquer comprovante de quitação, tendo, em verdade, reconhecido o não pagamento; 2) em relação à fatura de 12/2012, os documentos de fls.49/50 comprovam que, embora a fatura tivesse vencimento em 10/12/2012, a requerente efetuou seu pagamento somente em 08/01/2013, data na qual já havia ocorrido o cancelamento de sua contemplação, em 28/12/2012, conforme consta à fl.113.

Nesse ponto, cabe registrar que a alegação de não recebimento do boleto bancário para pagamento da obrigação livremente contraída pela autora não justifica, tampouco a exime da patente inadimplência, dado que, conforme ressaltado pelo D. Juízo de origem "*ficou demonstrado pelo documento de fl. 234, o banco réu possui seis mecanismos diferentes para possibilitar o adimplemento. Além disso, em caso de insucesso nas tentativas de utilização das ferramentas da ré, a autora poderia ter consignado o pagamento. Dessa forma, considerando que a autora é plenamente capaz, caberia a ela procurar adimplir sua dívida, uma vez que a requerente sabia das consequências de seu inadimplemento*".

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

1006382-51.2016.8.26.0577

Classe/Assunto: Apelação Cível/Bancários

Relator(a): Francisco Giaquinto

Comarca: São José dos Campos

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 04/05/2017

Data de publicação: 04/05/2017

Ementa: Ação de reparação por danos morais - Compras parceladas com cartão de crédito administrado pelo Banco réu, cobrando os requeridos primeira prestação vencida no mês de fevereiro/16 - Alegação da autora de vencimento da primeira parcela somente em março/16, não recebendo fatura do mês de fevereiro - Ausência de verossimilhança - Conjunto probatório a evidenciar compras realizadas antes do prazo médio para fechamento da fatura do cartão de crédito, com a cobrança da primeira parcela no mês subsequente (fevereiro/2016) - **Alegação de não recebimento da fatura não justifica o inadimplemento** - Ausência de notificação por AR, nos termos da Lei Estadual 15.659/2015 - Providência que incumbe aos órgãos mantenedores dos cadastros e não dos requeridos (Súmula 359 do STJ) - Cobrança não ensejou a negativação do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito - Danos morais não evidenciados - Sentença mantida - Recurso negado.

1007143-28.2015.8.26.0477

Classe/Assunto: Apelação Cível/Telefonia

Relator(a): Cesar Luiz de Almeida

Comarca: Praia Grande

Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/06/2016

Data de publicação: 29/06/2016

Ementa: APELAÇÃO - TELEFONIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR COBRANÇA INDEVIDA C.C. DANOS MORAIS - SUSPENSÃO DA LINHA TELEFÔNICA EM RAZÃO DE CONTA INADIMPLIDA - **ALEGAÇÃO DE NÃO RECEBIMENTO DA FATURA QUE NÃO JUSTIFICA O INADIMPLEMENTO - CONDUTA REGULAR DA REQUERIDA, NÃO ENSEJANDO O DEVER DE REPARAÇÃO MATERIAL OU MORAL** - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

1007846-90.2014.8.26.0477

Classe/Assunto: Apelação Cível

Relator(a): Carlos von Adamek

Comarca: Praia Grande

Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/06/2016

Data de publicação: 05/07/2016

Ementa: DESPESAS DE CONDOMÍNIO - AÇÃO DE COBRANÇA - Inovação das razões defensivas em sede recursal - Inadmissibilidade - PROCEDÊNCIA - **Não convence o argumento de que a ausência de**

Acesso ao Sumário

remessa de boleto de pagamento deu causa ao inadimplemento das cotas condominiais - No caso de não recebimento do boleto, deve o condômino, ciente de sua obrigação (art.1336, I, CC), buscar outras formas de adimplir a obrigação. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

Sobre o tema, aliás, dispõe a cláusula 151 do contrato firmado entre as partes que (fl.284):

"151. Caso, excepcionalmente, o CONSORCIADO não receba a ficha de compensação bancária mensal, deverá obter junto à ADMINISTRADORA, por meio da Central de Atendimento ou por meio da internet, no 'site' da ADMINISTRADORA, a 2ª via da ficha de compensação para pagamento até o dia do vencimento".

'In casu', além de a parte autora não ter comprovado, e sequer alegado, que procurou a parte ré a fim de quitar a prestação de novembro, nota-se que a parte ré inclusive tentou contato com a parte autora para que esta regularizasse a situação, tendo deixado recado com a sua mãe no dia 04/12/2012 (fl.106), mas, pelo que consta dos autos, a autora não retornou a ligação.

Desse modo, tem-se por caracterizada a inadimplência da requerente, o que deu causa ao cancelamento da contemplação, nos termos da cláusula 84 do contrato (fl.274):

"84. O CONSORCIADO contemplado, que não tiver utilizado o crédito e **deixar de pagar uma prestação**, terá o cancelamento de sua contemplação submetida à AGO que se realizar após o referido inadimplemento. Caso aprovado o cancelamento, o valor do crédito retornará ao Fundo Comum do GRUPO e o CONSORCIADO passará a condição de ativo não contemplado".

Registre-se, por oportuno, que o contrato firmado entre as partes prevê expressamente a possibilidade de cancelamento da contemplação - independentemente de comunicação anterior ao consorciado contemplado - na hipótese de inadimplência de uma prestação e, no caso dos autos, o cancelamento se deu (em 28/12/2012) quando a parte autora consorciada estava inadimplente em relação a duas prestações (10/11/2012 e 10/12/2012), devendo ser considerado, portanto, exercício regular de direito.

A jurisprudência desta E. Corte de Justiça não destoa:

1005325-86.2018.8.26.0428

Classe/Assunto: Apelação Cível/Consórcio

Relator(a): Elói Estevão Troly

Comarca: Paulínia

Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 30/09/2021

Data de publicação: 30/09/2021

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação de restituição de valores cumulada com indenização por dano moral. Sentença de improcedência. Recurso da parte autora. 1. Inépcia recursal, por ofensa ao princípio da dialeticidade, afastada. Razões de apelação que atacam os fundamentos da r. sentença. 2. Impugnação ao benefício de justiça gratuita não conhecida. Benefício concedido ao autor em decisão interlocutória e mantido em sentença. Pretensão deduzida em contrarrazões pela ré apelada. Impugnação que, além de genérica, deveria ter sido formulada em recurso de apelação próprio. 3. Cerceamento de defesa não configurado. Questão controvertida esclarecida nos autos. Inocuidade da produção de prova oral ou testemunhal. Adequado julgamento antecipado do mérito. 4. Ausência de fundamentação na sentença (art. 489, §1º, do CPC). Inocorrência. Sentença proferida que bem apreciou as questões relevantes e necessárias a justificar o decidido. 5. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Relação de consumo que, por si só, não autoriza a automática inversão do ônus da prova. 6. Alegação de vício de consentimento afastado. Documentos acostados e devidamente assinados que comprovam o vínculo entre as partes e que o autor tinha ciência inequívoca dos termos da contratação. 7. Abusividade na elevação das parcelas do consórcio após a contemplação. Contratação do plano denominado "Mais por Menos". Previsão contratual expressa sobre o pagamento de parcelas com percentual reduzido somente até a contemplação da cota. Dever de informação ao consumidor observado, art. 6.º, III, do CDC. 8. **Autor que, após a contemplação, deixou de adimplir as parcelas, o que resultou no cancelamento da contemplação e posterior exclusão do grupo. Autor que não comprovou a quitação do débito. Válido cancelamento da contemplação do autor e sua exclusão do grupo de consócio.** 9. Momento da restituição das quantias pagas. A restituição das quantias não mais pode ocorrer antes do encerramento do grupo. Inteligência dos arts. 22, 30 e 31, inc. I, todos da Lei nº 11.795/2008, e do entendimento assentado pelo STJ no REsp nº 1.119.300-RS. 10. Superveniência de fato modificativo do direito do autor (art. 493 do CPC). No curso do processo, sobreveio encerramento do grupo (12/04/2021) e o decurso do prazo de 30 (trinta) subsequentes (12/05/2021). Devida restituição dos valores, nos termos da Lei nº 11.795/2008. 11. Indenização por dano material e moral. Rescisão contratual decorrente de inadimplemento do autor. Administradora do consórcio que exerceu regularmente o seu direito de não restituir os valores pagos de forma imediata. Ausência de pressupostos para indenização por dano material e moral. 12. Desconsideração de personalidade jurídica da administradora de consórcio rejeitado. Ausência dos requisitos previstos no art. 28 do CDC. 13. Recurso parcialmente provido para rescindir o contrato entre as partes, com base no inadimplemento do autor e, considerando a superveniência de encerramento do grupo durante o andamento do processo, determinar a restituição dos valores pagos, nos termos da Lei nº 11.795/2008. Correção do

Acesso ao Sumário

desembolso (S. 35 do STJ). Juros de mora a contar do trigésimo dia de encerramento do grupo. Sucumbência mantida exclusivamente ao autor, observada a gratuidade concedida.

0006373-64.2010.8.26.0368

Classe/Assunto: Apelação Cível/Consórcio

Relator(a): Irineu Fava

Comarca: Monte Alto

Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/04/2012

Data de publicação: 28/04/2012

Ementa: Ação declaratória - Consórcio de bem imóvel - **Apelante/Consorciado que deixou de utilizar carta de crédito contemplada no prazo estabelecido em contrato - Inadimplência posteriormente comprovada do apelante - Cancelamento da contemplação justificada - Inexistência de descumprimento contratual por parte da apelada - Sentença de improcedência da ação mantida** - Recurso Desprovido.

Tendo em vista que a parte ré agiu em exercício regular de direito ao cancelar a contemplação da cota da autora em decorrência de sua inadimplência, é indevida a pretensão indenizatória objeto dos autos, sendo de rigor a manutenção da r. sentença de improcedência.

E outros fundamentos são desnecessários, ante a adoção integral dos fundamentos da r. sentença recorrida, nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal.

Tendo em vista que o apelo em tela demandou trabalho adicional dos Patronos da HSBC Brasil Administradora de Consórcio, em grau de recurso, bem como que a intenção do legislador, ao criar a verba honorária em sede recursal, foi a de evitar recursos abusivos, determina-se a majoração dos honorários advocatícios devido pela parte autora para o importe total de 12% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, ressalvada a exigibilidade. Incabíveis, por outro lado, honorários recursais aos patronos dos demais réus, na medida em que ausentes contrarrazões de sua parte.

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

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1084416-74.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FRANCISCO

FELIX FERREIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PORTOSEG S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.821)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), CÉSAR ZALAF e LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2022.

PENNA MACHADO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação Revisional de Contrato - Contrato de financiamento bancário - Sentença de Improcedência - Manutenção - Relação contratual consumerista configurada - Aplicação da Súmula nº 297, do E. STJ - Relação, por si só, que não implica na revisão automática do Contrato firmado - Vedação do reconhecimento de ofício de eventual abusividade das cláusulas contratuais - Capitalização dos juros contratuais - Possibilidade - Aplicação dos Temas repetitivos nº 27 e 36, do c. STJ - Instituições Financeiras que não se sujeitam à Limitação do Decreto 22.626/33 e Sumula nº121, do e. STF - Incidência da MP nº 2.170-36/2001 - Dispositivo que autoriza a capitalização anual dos juros em Contratos firmados com Instituições Financeiras - Aplicação da Súmula nº 539 do E. STJ - Julgamento realizado nos termos do artigo 932, "IV", "a", do CPC - Cobrança de tarifa de cadastro - Possibilidade - Início de relação entre Banco e consumidor, e hipótese normativa a prever a viabilidade da exigência da taxa - Aplicação do Tema nº 620, do Julgamento de Recursos Repetitivos pelo E. STJ - Repasse do valor gerado a título de "IOF" - Inexistência de abusividade - Cláusula contratual expressa a discriminar tal cobrança - Alegações apresentadas desprovidas de demonstração objetiva de sua incidência. Sentença mantida - Ratificação, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno. RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Apelação interposta em face da r. Sentença de fls. 119/129, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes os pedidos contidos na "Ação Revisional de Contrato de Financiamento c.c. Pedido de Consignação em Pagamento", ajuizada por Francisco Felix Ferreira dos Santos, em face de "Portoseg S/A Crédito Financiamento e Investimento", condenando o Autor ao pagamento das custas, despesas processuais, e honorários advocatícios fixados na proporção de 10% (dez por cento) do valor da causa.

Inconformado, apela o Autor (fls. 131/138), alegando, em síntese, que houve omissão na r. Sentença questionada, pois, em tese, as Ações Revisionais desta estirpe visam a revisão da totalidade das cláusulas do Contrato de Financiamento, o que levaria à integral procedência dos pedidos realizados.

Impugna a cobrança da tarifa de cadastro, afirmando que exigida diante da ignorância técnica do consumidor, em exclusivo benefício do Banco Apelado, especialmente, pois, não informados previamente à formalização da Avença, em franca ofensa aos termos do artigo 46, do Código de Defesa do Consumidor, revelando-se como vantagem excessiva e desproporcional ao Fornecedor, o que contraria o previsto no artigo 51, inciso "IV", do mesmo Diploma Legal, elevando demasiadamente o custo do Contrato, em inobservância ao princípio da boa-fé objetiva.

Aponta que a taxa de juros fixada se deu de forma igualmente abusiva, ferindo o equilíbrio contratual, e onerando demasiadamente o Requerente, sendo ilegal a cobrança de juros capitalizados, nos termos da Súmula nº 121, do Colendo Supremo Tribunal Federal, destacando ainda tratar-se de relação consumerista, conforme dispõe a Súmula nº 267, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que impede, inclusive, a fixação de multa moratória em valor superior a 02% (dois por cento).

Derradeiramente, refuta a legalidade do repasse da cobrança do "IOF", afirmando tratar-se de hipótese de "bis in idem", dado que o mesmo Ente Tributário cobra o mesmo imposto por duas vezes.

Por fim, requer o provimento do Recurso para a reforma da r. Sentença, com a procedência dos pedidos realizados.

Recurso processado regularmente, com apresentação das Contrarrazões (fls. 141/145).

É o breve Relatório.

Cuida-se "Ação Revisional de Contrato de Financiamento c.c. Pedido de Consignação em Pagamento", ajuizada por Francisco Felix Ferreira dos Santos, em face de "Portoseg S/A Crédito Financiamento e Investimento", na qual o Autor, ora Apelante, alega que firmou Contrato de financiamento de um veículo "VW/Saveiro" junto à Instituição Financeira Ré, ora Apelada, em 27 de agosto

Acesso ao Sumário

de 2020, em um valor total de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Contudo, aduz que devido às práticas comerciais abusivas realizadas por aquele, se viu impedido em arcar corretamente com os ônus contratuais previstos, dado que o Requerido aplicou encargos financeiros indevidos, bem como, taxa de juros abusiva, ilegalmente capitalizados.

Por tais razões, pleiteou a revisão dos termos da Avença, com a declaração do excesso dos encargos e cobranças que entende indevidos, e a condenação da Instituição Ré à devolução de tais quantias em dobro.

Respeitadas as razões do inconformismo exaradas, o Recurso não merece provimento.

E tal se dá, pois, o Autor não trouxe aos Autos qualquer elemento objetivo que pudesse demonstrar eventual abusividade praticada pelo Banco Réu em seu desfavor, apontando, genericamente, que houve a cobrança abusiva de taxas e juros capitalizados e acima da taxa de mercado, o que se mostraria indevido.

Desta generalidade, ao menos do que se lê nas razões recursais apresentadas, se ratifica a desnecessidade de realização de prova pericial, bem como, não se infere qualquer omissão na r. Sentença vergastada, pois, em que pese incidirem as Normas Consumeristas na relação contratual estabelecida entre as Partes, dada a evidente configuração do trinômio consumidor, prestação de serviços, fornecedor; nos termos da Súmula 297, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tal fato por si só, não implica na automática revisão dos Contratos Bancários, pois, conforme igualmente sedimentado, somente é "*admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, §1 º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto*" (Tema repetitivo nº 27, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça).

Sem prejuízo, também resta consolidado entendimento pela Colenda Corte Especial que veda o reconhecimento de qualquer abusividade em Contrato Bancário de ofício, na forma do Tema repetitivo nº 36, com o seguinte teor: "*Nos Contratos Bancários, é vedado ao Julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas*".

Consequentemente, ausente indicação precisa e concreta acerca dos motivos de fato e de direito que levaram o Autor a discutir a legalidade das taxas de juros aplicada, inviável que o Julgador o faça em seu lugar.

Neste diapasão, observada tal generalidade, denota-se que o Autor alegou, praticamente de forma exclusiva, que restou demonstrada a aplicação abusiva de juros capitalizados nos encargos contratuais, em suposto arrepio aos termos do Decreto 22.626/33, a Lei de Usura, e da Súmula 121, do C. Supremo Tribunal Federal.

Acesso ao Sumário

Entretanto, como já decidido pelos Tribunais superiores, "*as Instituições Financeiras não se sujeitam às limitações dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33)*", (Tema repetitivo nº 24, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e Súmula 596 do Colendo Supremo Tribunal Federal).

Ou seja, a própria Corte Constitucional pacificou entendimento que o teor da Súmula nº 121, por ela mesmo editada, não se aplica às Instituições Financeiras, como no caso em tela.

Logo, não bastasse a ausência de indicação objetiva nesta fase recursal a demonstrar, efetivamente, qual a taxa aplicada, qual se entende correta, qual a efetiva taxa do Mercado a ser aplicada, e os motivos de sua aplicação; a discrepância entre os índices, a periodicidade dos juros capitalizados incidentes, etc.; deve ser destacado, por importante, que a discussão acerca da possibilidade, ou não, da capitalização de juros nos Contratos bancários já foi objeto de longos debates perante os Tribunais Superiores, dos quais se culminou no reconhecimento da aplicabilidade, por ora, da Medida Provisória nº 2.170-36/2001, em entendimento pacificado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual deve ser aplicado no caso concreto, nos termos do artigo 932, inciso "IV", alínea "a", do Código de Processo Civil, nos termos do verbete nº 539, "in verbis":

"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".

Doravante, quanto à Tarifa de Cadastro, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento a respeito da validade de sua cobrança, desde que tal valor seja estabelecido no início do relacionamento havido entre o consumidor e o Banco e que haja expressa tipificação de sua pertinência junto ao Órgão Regulador da atividade bancária, como restou demonstrado nos Autos, em entendimento firmando no tema nº 620, do Julgamento de Recursos Repetitivos.

Neste tópico, frisa-se ainda que a cobrança e o respectivo valor da referida taxa se encontram expressamente previstos no Instrumento firmado entre as Partes, sem que se possa alegar ignorância quanto aos seus termos, ou violação ao dever de informação ao consumidor, conforme se vê claramente dos itens "D", "D.1." e "D.3.", do quadro resumo de fl. 30.

De mais a mais, não restou clara a insurgência apresentada quanto ao repasse do valor cobrado a título de "IOF", pois, não bastasse a expressa previsão contratual acerca de sua cobrança, a Instituição financeira não é qualquer espécie de agente tributário, ou mesmo sujeito ativo tributário para que a exigência do pagamento de referido imposto configure "bis in idem".

A propósito, nesta mesma senda, já se posicionou esta Colenda Câmara, conforme se infere de recentíssimo v. Acórdão, que ora se colaciona:

Acesso ao Sumário

"*AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - Financiamento de veículo - Sentença de Improcedência - Apelação da Autora - Incidência do CDC - Súmula 297 do STJ - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - Admissibilidade - Previsão da taxa anual superior ao duodécuplo da mensal - Entendimento de Recurso Repetitivo - TARIFAS DE AVALIAÇÃO DO BEM E PARCELA PREMIÁVEL - Inocorrência de previsão no Contrato - Respectivas cobranças não demonstradas pela Autora - TARIFA DE CADASTRO - Previsão expressa - Inocorrência de cobrança abusiva - TARIFA DE REGISTRO DO CONTRATO (OU DESPESAS DO EMITENTE) - Pactuada a tarifa, bem como demonstrada a efetiva prestação dos serviços - Regularidade da cobrança - SEGURO PROTEÇÃO - Embora previsto expressamente no contrato, não demonstrada opção do consumidor quanto à escolha da seguradora de sua preferência - Venda casada - Abusividade reconhecida - **COBRANÇA DE IOF - Previsão contratual - Legalidade** - MULTA MORATÓRIA DE 2% - Não comprovação de cobrança de percentual superior - Sucumbência da Autora mantida - Réu decaiu de parte mínima - RECURSO PROVIDO EM PARTE (grifo nosso)*". (Apel. nº 1011157-46.2020.8.26.0003 - Rel. Benedito Antônio Okuno - São Paulo - 25/06/2021 - v.u.).

Por fim, quanto à aplicação da multa moratória em valor superior a 02% (dois por cento), o Autor não apontou, em qualquer momento, as circunstâncias e o momento em que houve a aplicação da cláusula penal em demasia, tampouco, qual o valor exigido a maior.

Logo, inexistindo qualquer comprovação de prática de ato ilícito contratual a ser imputado ao Banco Réu, nada há a revisar nos termos da Avença firmada entre as Partes.

Sendo assim, não infirmadas as fundamentações de fato e de Direito expostas pela D. Juíza "a quo", infundadas as razões recursais, não há nada a reparar na r. Sentença de Primeiro Grau acertadamente proferida, ratificando-se seu teor, conforme os termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, mantida na totalidade a r. Sentença proferida, majorando-se os honorários advocatícios sucumbenciais para a proporção de 15% (quinze por cento) do valor da causa, nos

Acesso ao Sumário

termos do artigo 85, parágrafo 11º do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033712-60.2020.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S.A., é apelado PARQUE FILADÉLFIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.814)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2022.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO EDILÍCIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO CONDOMINIAL C. C. COBRANÇA. Julgamento no estado que atendeu ao preceito contido no art. 355, I, do CPC. Prova pericial contábil que se mostra desnecessária. Elementos presentes nos autos que são suficientes para o equacionamento da questão. É inválida a cláusula da convenção condominial que cria vantagem unilateral e desproporcional à construtora/incorporadora, consistente na isenção total ou pagamento de taxa condominial em valor inferior às demais unidades condominiais com as mesmas características e dimensões, acarretando enriquecimento sem causa em detrimento dos demais condôminos. Precedentes. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A** nos autos ação declaratória de nulidade de cláusula de convenção condominial c. c. cobrança que lhe move **CONDOMÍNIO PARQUE FILADÉLFIA**, cujo pedido foi julgado procedente para declarar a nuli-

dade da cláusula 31 da Convenção de Condomínio e para condenar a ré ao pagamento das despesas condominiais especificadas na petição inicial, acrescidas de correção monetária desde o desembolso e juros a partir da citação, arcando, ainda, com as despesas processuais e verba honorária fixada em dez por cento (10%) sobre o valor total da condenação.

Sustentou, em síntese, que é válida a cláusula da convenção condominial que estabelece percentual de desconto nos valores das quotas condominiais das unidades em poder da incorporadora; que é necessária a realização de perícia contábil para apuração dos valores corretos.

Foram oferecidas contrarrazões, com pleito de desprovimento do recurso.

É o relatório.

O julgamento no estado atendeu ao que determina o art. 355, I, do CPC, uma vez que os documentos existentes nos autos são suficientes para o equacionamento da lide, máxime porque a apuração dos valores devidos exige mera operação aritmética.

Assim, de inteira aplicação o comando contido no parágrafo único do art. 370 do mesmo Diploma, que determina ao julgador o indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Pretendeu o apelado a declaração de nulidade de cláusula 31 da convenção condominial (fls. 22/35) e a cobrança das diferenças apuradas.

A referida disposição está assim redigida:

"*Art. 31 - As unidades imobiliárias porventura ainda não comercializadas e as unidades imobiliárias comercializadas cuja obrigação de pagamento das taxas condominiais ainda esteja sob a responsabilidade da Construtora e Incorporadora, conforme previsto no Contrato de Compra e Venda, pagarão o valor equivalente da taxa condominial estabelecida para cada uma dessas unidades, entendendo-se como taxa condominial, para este fim, a proporcionalidade de despesas ordinárias feitas ou fazer pelo Condomínio, relativa a cada imóvel autônomo, na forma prevista abaixo:*

a) 50% (cinquenta por cento) até 6 (seis) meses após a emissão do habite-se;

b) 70% (setenta por cento) a partir de 6 (seis) meses até 12 (doze) meses após a emissão do habite-se;

c) 100% (cem por cento) após 12 (doze) meses da emissão do habite-se".

A invalidade da aludida disposição condominial é patente, tendo em vista que cria vantagem unilateral e desproporcional à construtora/incorporadora, consistente no pagamento de taxa condominial inferior às demais unidades condominiais com as mesmas características e dimensões, ou mesmo a sua total isenção, acarretando enriquecimento sem causa em detrimento dos demais condôminos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Acesso ao Sumário

Segundo João Batista Lopes: "*... entre os principais deveres dos condôminos figura o de concorrerem para as despesas de condomínio, expressão ampla que abrange não somente as verbas dispendidas com a conservação ou manutenção do edifício (v.g., limpeza, funcionamento dos elevadores, empregados, consumo de agua e luz etc), mas também as destinadas a obras ou inovações aprovadas pela assembleia de condôminos (v.g. ampliação de garagem, instalação de portão eletrônico, construção de salão de festas etc.). Inclui, ainda, outros títulos como responsabilidade por indenizações, tributos, seguro etc.*" (Condomínio, ed. RT, p. 104).

Logo, não é porque o imóvel condominial não foi comercializado ou está sob a responsabilidade da construtora/incorporadora, que esta terá isenção ou redução do valor das respectivas taxas condominiais e despesas que atingem e beneficiam todos, indistintamente, ocupantes atuais ou futuros das unidades autônomas.

O privilégio criado pela apelante em benefício próprio, quando da instituição do condomínio, não encontra respaldo jurídico, pois afronta a Lei e os princípios da igualdade e proporcionalidade existentes entre os condôminos, decorrentes dos princípios da probidade e boa-fé previstos no art. 422 do Código Civil, no que se refere à participação de cada unidade nas despesas de conservação do condomínio.

Nesse sentido é a jurisprudência: "*Despesas condominiais. Cobrança. Invalidade da cláusula presente em Convenção de Condomínio outorgada por Construtora que prevê o pagamento de, apenas, metade do valor da taxa condominial. Abusividade da cláusula que onera os demais condôminos. Cláusula que fere os princípios da probidade e boa-fé contratual previsto no CC 422. Recurso provido*"[1].

Idem: "*DESPESAS DE CONDOMÍNIO - AÇÃO DE COBRANÇA - DISPOSIÇÃO DA CONVENÇÃO CONDOMINIAL PREVENDO QUE A CONSTRUTORA PAGARÁ SOMENTE O PERCENTUAL DE 50% DAS TAXAS CONDOMINIAIS - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS CONDÔMINOS - PRECEDENTES NESSE SENTIDO - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. A incorporadora, ao instituir o Condomínio e sua Convenção, não pode ser privilegiada em detrimento de todos os demais condôminos nem acarretar prejuízos à vida condominial em razão da desigualdade de tratamento, pelo que se revela de rigor a manutenção da r. sentença que reconheceu a nulidade do artigo 31 da Convenção de Condomínio, impondo-se a responsabilização integral da apelante, tida enquanto proprietária, pelos encargos condominiais que ostentam*

Acesso ao Sumário

1 Apelação nº 0133998-12.2010.8.26.0100, 34ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 06/02/2012.

natureza de débito propter rem"[2].

Neste contexto, era mesmo de rigor reconhecer a nulidade da cláusula 31 da Convenção de Condomínio, impondo-se a responsabilização integral da apelante pelas quotas condominiais descritas na petição inicial.

Alfim, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado pelo patrono do apelado na fase recursal e observados os parâmetros legais, com espeque no art. 85, § 11, do CPC, a verba honorária devida pela apelante é majorada de dez por cento (10%) para doze por cento (12%) do valor da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050221-63.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes VANESSA CAROLINE RIVA GOMES (JUSTIÇA GRATUITA) e ELIONICELE SANTANA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A e HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA 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: "Negaram provimento ao recurso, com observação por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.051)**

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

São Paulo, 7 de fevereiro de 2022.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - COBRANÇA DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. Prestação de serviços médico-hospitalares. Execução incontroversa. Cobrança devida. Obrigação do contratante. Recusa da operadora de plano de saúde que não pode ser oposta perante o hospital, à luz do princípio da relatividade dos contratos. REPARAÇÃO DE DANOS. Boa-fé do hospital, que agiu no exercício regular de seu direito. Inexistência do dever de indenizar. Pretensão voltada

Acesso ao Sumário

2 Apelação nº 1014060-30.2014.8.26.0564, 25ª Câm. Extraordinária de Dir. Privado, Rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 08/11/2016.

à seguradora que não dispensa a adoção da medida judicial adequada. Sentença parcialmente revista. RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

A r. sentença de fls. 292/296 julgou **procedente a ação de cobrança de despesas médico-hospitalares** ajuizada por **Hospital e Maternidade Santa Joana S.A.** contra **Vanessa Caroline Riva Gomes** e **Elionicele Santana dos Santos**, e **parcialmente procedente** a lide secundária, direcionada a **Amil Assistência Médica Internacional S.A.**, para condenar os requeridos à quantia indicada na petição inicial, vindo, ainda, a condenar a litisdenunciada direta e solidariamente ao pagamento do valor devido à autora. Condenou-os, ainda, aos ônus da sucumbência, inclusive honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação. Por fim, julgou **improcedente** o pedido reparatório dos réus, que foram condenados aos ônus da sucumbência, com verba honorária fixada em 10% sobre o valor da pretensão reparatória, tudo, observada a concessão da gratuidade aos requeridos.

Irresignados, os requeridos interpuseram, a fls. 300/309, recurso de apelação. Alegam que a obrigação pelo pagamento dos honorários médicos e serviços hospitalares era do plano de saúde contratado. Aduzem que em momento algum foi informado pelo hospital-autor sobre a recusa da operadora de plano de saúde quanto ao procedimento e materiais utilizados em sua cirurgia. Argumentam com a necessidade de cobrança exclusivamente em face do plano de saúde. Referem-se à ocorrência dos danos morais que sofreram, decorrente da cobrança que entendem indevida.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais para sua admissibilidade. Contrarrazões a fls. 318/328 e 330/338.

É o relatório.

Trata-se de **ação de cobrança** de despesas médico-hospitalares, na qual a instituição autora exige dos requeridos os pagamentos dos gastos relativos aos serviços prestados, em especial de medicamento ministrado à correquerida, sob fundamento da recusa do plano de saúde.

Os apelantes não negam a prestação dos serviços. Aduzem, em defesa, que referidos gastos estavam a cargo do plano de saúde e que não lhe foi informado antecipadamente a respeito da ausência de cobertura por parte da litisdenunciada.

A r. sentença julgou procedentes as lides principal e secundária, vindo a condenar os requeridos e litisdenunciada solidariamente pelas despesas impagas.

E é forçoso reconhecer que foi dada a acertada solução à controvérsia.

Acesso ao Sumário

Os documentos coligidos pela autora revelam a internação da paciente, bem como os gastos relativos aos procedimentos hospitalares e medicação ministrada.

Com efeito, não se pode transferir para o hospital a obrigação de acionar o convênio médico de um paciente para haver o pagamento pelo atendimento prestado. Isso se dá porque as obrigações contraídas entre a conveniada e a empresa de seguros médicos não são passíveis de alcançar terceiros, alheios àquela avença.

Não se trata, pois, de solidariedade em razão do convênio médico celebrado, mas de obrigação direta entre consumidor e hospital.

O que está em jogo, portanto, é o princípio *res inter alios acta neque prodest* (ou relatividade dos contratos), segundo o qual aquilo que foi pactuado entre os contraentes faz lei apenas entre eles, não podendo gerar efeitos a terceiros, que não participaram da avença.

Anote-se, ainda, que não existe prova da onerosidade dos serviços prestados, tampouco da ocorrência de situação que revele se tratar de hipótese de perigo ou estado de lesão.

A inexorável conclusão é no sentido de que, provada a internação da paciente e o recebimento de atendimento médico, bem como o uso dos materiais e medicamentos necessários ao tratamento, deve a apelada responder pelos gastos havidos.

Confira-se, nesse sentido, a seguinte ementa:

> "Ação de cobrança - Prestação de serviços médicos hospitalares - Paciente atendido pelo Hospital autor - ***Alegação de atendimento emergencial e ausência de contratação - Admissão de que foi encaminhado ao Hospital e lá recebeu o tratamento que o caso exigia - Ausência de falha na informação - Impossibilidade de se antever valor das despesas no momento da internação - Documentos que descrevem minuciosamente o tratamento ministrado e são hábeis a aparelhar a cobrança*** - Sentença mantida - Recurso improvido".[1]

É de ser mantida, destarte, a sentença de procedência das lides principal e secundária. Mas, não há sequer se falar em direito de regresso, eis que a litisdenunciante já liquidou o valor da condenação que lhe competia.

Igualmente, não há se falar em reparação por danos morais, ao menos em relação ao hospital-autor. É que a cobrança decorreu do exercício regular de seu direito, já que prestou, de fato, os serviços à correquerida Vanessa, sendo lhe justo exigir a necessária contraprestação.

No que diz respeito ao plano de saúde, consoante bem evidenciou o MM. Juiz de Direito, é inquestionável a inadequação da via eleita para o pleito repara-

1 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1002507-09.2019.8.26.0047 - Rel. Des. **Vianna Cotrim** - J. 17/11/2020.

Acesso ao Sumário

tório direcionado à litisdenunciada, cujo escopo do ingresso de terceiro objetiva tão-somente o regresso junto à seguradora. É que tal modalidade de intervenção de terceiros não admite a inserção de fundamento novo não constante da ação originária.

Mas, respeitado o entendimento de Sua Excelência, não se poderia ter adentrado ao mérito da pretensão reparatória, já que, como dito no julgado de primeiro grau, não é essa via a adequada para o requerimento em face da operadora de plano de saúde.

Assim, a mais adequada solução quanto a esse capítulo do julgado é o reconhecimento da falta de interesse de agir dos requeridos, na modalidade adequação da via eleita, em relação ao pleito de reparação extrapatrimonial, julgando-se, destarte, extinto sem apreciação do mérito (CPC, art. 485, inc. VI).

Sem embargo, todavia, da busca da tutela adequada pelos apelantes.

Por fim, dando cumprimento ao disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoram-se os honorários advocatícios de sucumbência em 2% sobre as quantias arbitradas na origem, observada a gratuidade.

Postas estas premissas, **nega-se provimento** ao recurso, com **observação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000424-52.2020.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante THAIS PRISCILA DOMINGOS DE SOUZA, é apelado COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

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 2022/38565)**

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

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

MIGUEL BRANDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Sistema

Financeiro da Habitação - Imóvel do CDHU - Procedência - Insurgência da corré, ocupante do imóvel - Descabimento - Inadimplência incontroversa e significativa - Pleito de retenção e indenização por benfeitorias que sequer foram indicadas - Usucapião especial urbana - Inadmissibilidade - A posse precária da ré é decorrente do contrato celebrado entre as partes e seu inadimplemento é fato incontroverso - Inviabilidade de deturpação do programa social, bem como impossibilidade de concessão de uso especial para moradia prevista na MP 2.220/2001 - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 136/141, que julgou procedente a "*ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse*" movida por CDHU em desfavor de Thais Priscila Domingos de Souza e Roberto Luiz de Souza, "*nos termos do artigo 487, inciso I, CPC, para decretar a resolução do contrato havido entre as partes e determinar aos réus a devolução do bem ao autor no prazo de sessenta dias. Condeno os réus ainda* às custas *e despesas processuais, além de honorários de R$.600,00, dos quais fica isento pela gratuidade processual que ora lhe é deferida, haja vista que evidente sua pobreza*".

Foram opostos embargos de declaração pela corré Thais (fls. 145/148) e pela autora (fls. 149/152), acolhidos pela decisão de fl. 153, nos seguintes termos:

> "*Fls. 145/148 e 149/152: recebo os embargos declaratórios (artigo 1.022 NCPC), e dou-lhes provimento para sanar a omissão e indeferir o pleito de declaração de aquisição do bem por usucapião ao réu, na medida em que o contrato havido entre as partes, firmado em 2002, previu o pagamento do preço no prazo de 25 anos, de modo que apenas após o vencimento da última parcela iniciaria o prazo da posse apta a usucapião (TJSP, Ap 1022507-65.2014.8.26.0577, j. 27/07/2017) ; quanto ao pedido de declaração perda das benfeitorias e das parcelas pagas, já houve decisão sobre o ponto (fls. 139).*"

Inconformada, apela a ré, Thais Priscila Domingos (fls. 156/187), alegando que a autora não demonstrou ter a posse do imóvel e que ela (ré) ali reside com sua família por aproximadamente 18 anos, de forma mansa e pacífica, de modo que, sem comprovação do efetivo exercício da posse pela autora, não cabe pedido de reintegração, bem como estão presentes os requisitos para usucapião.

Assevera que a apelada requereu a reintegração com base na propriedade

Acesso ao Sumário

do imóvel, não havendo prova sobre sua posse.

Destaca que a CDHU se sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo possível a aquisição de seus bens por terceiros através de usucapião.

Invoca o direito fundamental à moradia, especialmente durante a pandemia da Covid-19.

Argumenta que, caso não se entenda pela usucapião, que o caso em tela preenche os requisitos do artigo 1º da MP nº 2.220/01, com redação dada pela Lei nº 13.465/17, estando presentes os elementos autorizadores para a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia.

Sustenta ter direito à retenção e indenização por benfeitorias, bem como à devolução dos valores pagos.

Requer o provimento do recurso para que seja declarada nula a sentença e reconhecido o seu pedido contraposto, reconhecendo-se a aquisição do imóvel por usucapião. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a impossibilidade de reintegração por ausência de posse da apelada ou, ainda, seu direito à concessão especial de uso, à retenção e indenização pelas benfeitorias no montante aproximado de R$10.000,00, ou, ainda, a restituição integral dos valores pagos.

Contrarrazões apresentadas às fls. 193/205.

Este processo chegou ao TJ em 29/11/2021, sendo a mim distribuído livremente no dia 30, com vista ao MP na mesma data (fl. 210), que deixou de ofertar parecer em vista de o tema em litígio não versar sobre direito indisponível, conforme fl. 218.

Conclusão em 16/12 (fl. 219). Caso estudado e voto concluído em 07/01/2022.

É o relatório.

Admito o recurso, que é tempestivo e isento de preparo (assistência judiciária deferida à fl. 130).

Cuida-se de ação de rescisão contratual, cumulada com reintegração de posse, ajuizada pela CDHU em face de Thais Priscila Domingos de Souza e seu cônjuge, Roberto Luiz de Souza, em razão do longo período de inadimplemento por parte deles.

O "*contrato de cessão de promessa de compra e venda de imóvel e outras avenças*" foi firmado pelas partes em 21/10/2002 (fls. 29/35) e o inadimplemento, segundo a inicial, se deu desde 21/03/2005 (171 parcelas, conforme planilha de fls. 44/48).

A autora enviou notificação extrajudicial em 15/04/2019, a qual foi recebida em 13/06/2019 (fls. 36/38).

Não há dúvida que a apelante não cumpriu as cláusulas do contrato, dan-

Acesso ao Sumário

do ensejo à rescisão pelo inadimplemento.

A alegada ausência de posse da apelada foi bem rechaçada pela sentença, que dispôs que "*tendo a autora firmado contrato de cessão de posse ao réu (fls. 29 ss), evidente que tinha posse anterior*".

A pretensão de reconhecimento de usucapião especial não pode ser acolhida, uma vez que o imóvel é integrante do Sistema Financeiro da Habitação, inexistindo embasamento para a configuração da prescrição aquisitiva, uma vez que a posse precária se prolongou até então em decorrência do termo de ocupação provisória.

Não se vislumbra supedâneo para a caracterização da usucapião especial, porquanto a posse, por si só, está vinculada à adesão e ocupação provisória com opção de compra.

E a autora, sociedade de economia mista, se predispôs a proporcionar moradia para pessoas de baixa renda e não a conceder residência gratuita, consequentemente, a contraprestação pecuniária, não obstante subsidiada, deve ocorrer. Até porque, como dito, o imóvel possui destinação especial, posto que incorporado ao patrimônio da CDHU para construção de moradias populares, integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, sendo, portanto, insuscetível de usucapião.

Também não há como se acolher a pretensão de concessão de uso especial para moradia em vista da posse precária exercida pela apelante.

Nesse sentido:

"*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. CDHU. Ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse. Preliminar de nulidade da sentença afastada. Suposta irregularidade na formação da relação processual não evidenciada. Ausência de interesse da ré em arguir vício na citação do corréu. Inadimplemento dos adquirentes que enseja a resolução do contrato e tem por consequência a reintegração da autora na posse do imóvel, conforme previsão legal e contratual. Inadimplemento incontroverso e que persiste há anos. Finalidade social da atividade desenvolvida pela autora que é incompatível com a utilização gratuita do imóvel pelos adquirentes. Compensação das parcelas pagas a serem devolvidas com a taxa de ocupação do imóvel autorizada com base nessa justificativa. Inexistência de abusividade na cláusula que afasta o direito de indenização por benfeitorias. Descabimento de direito de retenção. Ré que sequer especificou quais seriam as benfeitorias que introduziu no imóvel e que poderiam gerar para ela suposto crédito em face da autora. Usucapião especial urbana não caracterizada. Ausência de requisitos. Impossibilidade de concessão de uso especial para moradia prevista na MP 2.220/2001. Posse precária, porque vinculada ao contrato. Inadimplemento que não configura automática resolução do contrato, com consequente desvinculação de seus termos. Transfiguração da posse*

Acesso ao Sumário

não caracterizada. Precedentes. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1005004-03.2020.8.26.0292; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jacareí - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/11/2021; Data de Registro: 18/11/2021)

As alegações relacionadas aos efeitos decorrentes da disseminação da COVID-19 não podem ser utilizadas como fundamento para pleitear direito à moradia em imóvel objeto de dívida existente muito antes da pandemia, como é o caso em análise, no qual o inadimplemento data de 2005 (fl. 44).

Quanto à pretensão de retenção e indenização por benfeitorias, que sequer foram indicadas, bem como o pleito de devolução de valores pagos, suficiente a fundamentação exposta na sentença, destacando-se que a autora deve ser compensada pelo extenso período que a ré ocupou o imóvel sem qualquer contraprestação, ressaltando-se o reduzido valor das parcelas se comparadas a eventual aluguel do bem.

Diante de todas essas considerações, irretocável a sentença.

Em face do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso e majoro os honorários advocatícios de sucumbência R$1.000,00 (R$600,00 fixados em primeiro grau e R$400,00 nesta ocasião), nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000355-04.2016.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante JOSÉ PASTORELLO (ESPÓLIO), são apelados JOSÉ PASTORELLO FILHO e BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 178.638)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente), SOUZA LOPES e IRINEU FAVA.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO

INDIVIDUAL - PRESCRIÇÃO - Inocorrência - É quinquenal o prazo prescricional para o ingresso com pedido de cumprimento de sentença pelo poupador, a contar do trânsito em julgado da ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que, reconhecendo a ocorrência de prescrição, julgou extinto o processo.

Insurge-se o requerente, pugnando pela reforma do r. *decisum*. Em suas razões recursais, argumenta, especialmente, a não consumação do prazo prescricional.

Contrarrazões nas fls. 201/212.

É O RELATÓRIO.

Tem razão o apelante.

Em que pese respeitado entendimento do MM. Juiz *a quo*, não ocorreu prescrição.

Como bem apontado pela sentença, já está pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendimento, em sede de Recurso Repetitivo nº 1.273.643/PR, no sentido de ser quinquenal o prazo da execução individual da sentença da ação civil pública, prazo este a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida na ação coletiva, como se destaca a seguir:

"*DIREITO PROCESSUAL CIVIL.* AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO TRANSITADA EM JULGADO. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.

1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: 'No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública'.

2.- No caso concreto, a sentença exequenda transitou em julgado em 3.9.2002 (e-STJ fls. 28) e o pedido de cumprimento de sentença foi protocolado em 30.12.2009 (e-STJ fls. 43/45), quando já transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, estando, portanto, prescrita a pretensão executória.

Acesso ao Sumário

3.- Recurso Especial provido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, julgando-se prescrita a execução em cumprimento de sentença." (REsp nº 1273643/PR, 2ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27/02/2013).

No caso dos autos, o trânsito em julgado da ação coletiva foi certificado aos 09 de março de 2011. Assim, considerando que a ação foi proposta aos 15 de janeiro de 2016, não está, portanto, operada a prescrição.

Registre-se que a data de protocolo da inicial pode ser verificada no SAJ na aba "propriedades", no campo "protocolo em", sendo que a data denominada "liberado em" refere-se a data em que o funcionário do cartório distribuidor verificou que a peça se refere a uma inicial e liberou a criação do processo digital.

Nesses termos, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, determinando o prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007405-63.2019.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado/apelante GRUPO INTERPROFISSIONAL DE PRODUTOS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS - GIPA DO BRASIL LTDA.

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 30.358)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS - Pretensão do autor de ressarcimento da multa, juros e tarifas bancárias, em razão de fraude sofrida em sua conta bancária - Sentença que condenou o banco réu ao pagamento de indenização pelos danos materiais sofridos pelo autor - Pretensão do

banco de reforma. INADMISSIBILIDADE: A conduta do réu se traduz em ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil. Restou demonstrada a sua conduta culposa, o que enseja a indenização a título de danos materiais. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Santander Brasil S/A contra a r. sentença de fls. 435/437, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação indenizatória movida por Grupo Interprofissional de Produtos e Serviços Automotivos - Gipa do Brasil Ltda., para condenar o banco réu à restituição dos valores pagos pelo autor, referentes à multa, juros e tarifas bancárias, no montante de R$21.505,97, em razão de fraude ocorrida na conta corrente. Em razão do reconhecimento da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada a arcar com 50% das despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação, para cada um.

Somente o banco réu apela (fls.443/453). Discorre sobre a inaplicabilidade da inversão do ônus da prova, sobre o exercício regular de direito e sobre a inexistência de ato ilícito. Alega ter cumprido todas as obrigações que lhe foram impostas na outra ação ajuizada anteriormente pelo apelado, de modo que não há valores a serem restituídos no presente processo. Afirma que o cumprimento de sentença foi extinto em decorrência do adimplemento da obrigação. Ressalta que os danos materiais não foram comprovados. Pleiteia o provimento do recurso para reforma da r. sentença.

O autor apresentou contrarrazões a fls.462/464.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Trata a questão de ação indenizatória movida por Grupo Interprofissional de Produtos e Serviços Automotivos - Gipa do Brasil Ltda. contra o Banco Santander Brasil S/A, em que o autor alega que no Processo nº 1005506-98.2017.8.26.0565 foi reconhecida a falha na prestação de serviço do banco réu, tendo sido determinada a devolução dos valores que foram retirados indevidamente de sua conta bancária, no montante de R$86.476,35. Afirma que foi ressarcida pelo banco somente após três anos da falha na prestação de serviço, acarretando danos materiais, referente a juros, encargos, multas e tarifas bancárias, no montante de R$ 21.505,97.

Cabe ressaltar que o pedido de restituição dos valores pagos pelo autor,

Acesso ao Sumário

referentes à multa, juros e tarifas bancárias, em razão da fraude sofrida em sua conta bancária, não foi feito na ação indenizatória anteriormente ajuizada por ele (Processo nº 1005506- 98.2017.8.26.0565). Na referida ação foi pleiteada apenas a indenização por danos morais e a restituição do montante de R$86.476,35, que foi indevidamente debitado da conta corrente (fls.51/58).

Verifica-se também que, por decisão transitada em Julgado, o banco réu, na referida ação, foi condenado apenas a ressarcir ao autor o montante de R$ 86.476,35, referente às transações fraudulentas ocorridas na conta (fls. 259/223, 252/257 e 259).

No caso em questão, verifica-se que mesmo o banco tendo cumprido no prazo legal, a condenação judicial que lhe foi imposta (fls.330/340), ele também deu causa aos juros e demais encargos, em razão do reconhecimento da falha na prestação de serviço. Frise-se que a falha do banco já foi reconhecida por decisão transitada em Julgado.

A conduta do réu se traduz em ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil. Restou demonstrada a sua conduta culposa, o que enseja a indenização a título de danos materiais.

Cabe destacar que os danos materiais foram devidamente demonstrados, conforme a planilha e documentos de fls.29/50, que não foram expressamente impugnados pelo banco réu. Frise-se que os valores constantes na planilha não se confundem com aqueles ressarcidos pelo apelante no processo acima mencionado

Assim, a r. sentença deve ser mantida.

Diante do trabalho adicional realizado em grau recursal e do desprovimento do recurso de apelação, cabível, em relação à parte contrária, a majoração da verba honorária fixada na r. sentença.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso. Em observância ao art. 85, §§ 1º e 11 do CPC, ficam majorados os honorários de sucumbência devidos ao advogado do autor para 17% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0004926-45.2020.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante MARCELÂNDIA MADEIREIRA E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., são apelados CAIO PONCIANO VOZ MARTINS, ENEL DISTRIBUIÇÃO SÃO PAULO S/A, GUSTAVO PONCIANO VOZ MARTINS e MARIA DA PENHA PONCIANO VOZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34473)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2022.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - VALOR INDEVIDO - PATRONO FALECIDO - DIREITO DOS HERDEIROS - Nos termos do art. 24 do Estatuto da Advocacia, na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência, proporcionais ao trabalho realizado, são recebidos por seus sucessores ou representantes legais;

- Exequente, ora apelante, não praticou nenhum ato processual relevante, atuando por apenas 5 meses no processo de conhecimento, ao passo que o advogado anterior atuou por mais de 6 anos. Honorários de sucumbência devem ser direcionados aos seus herdeiros. RECURSO IMPROVIDO

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 126/131, cujo relatório se adota, que **ACOLHEU a impugnação ao cumprimento de sentença**, para reconhecer que o valor exequendo já havia sido depositado nos autos principais antes mesmo da instauração do incidente. Diante da sucumbência, condenou o exequente ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$750,00 (setecentos e cinquenta reais).

Entendeu o MM. Magistrado *a quo*, que o exequente ingressou nos autos apenas durante o cumprimento de sentença, não efetuando qualquer ato processual relevante, beirando a má-fé a sua intenção de receber os respectivos honorários advocatícios de sucumbência. Entendeu que os herdeiros do advogado que patrocinou toda a causa, falecido durante a demanda, têm direito a receber

Acesso ao Sumário

a integralidade dos honorários.

Irresignado, o exequente apelou.

Aduziu, em suma, que atuou por mais de 5 meses no processo, prestando informações a autora, acompanhando o andamento do cumprimento de sentença, de modo que deve ser remunerado.

Processado o apelo independentemente do recolhimento do preparo respectivo (parte beneficiária da justiça gratuita), vieram contrarrazões, tendo os autos vindo a este Tribunal.

É o relatório.

Trata-se de cumprimento de sentença iniciado por Daniel Porfirio em face de Eletropaulo Eletricidade de São Paulo, para execução dos honorários de sucumbência.

A executada apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, afirmando que a integralidade dos honorários advocatícios sucumbenciais já havia sido depositada nos autos, corrigido para aquela data. O exequente concordou com os valores apresentados e pugnou pela expedição de guia de levantamento. No entanto, sobreveio petição dos herdeiros do advogado anteriormente constituído, afirmando que os honorários advocatícios não pertencem ao exequente.

Pois bem.

O recurso não deve ser provido.

Como bem destacado na r. sentença, o processo principal foi iniciado em 2013, pelo advogado Roberto Nunes Martins, que atuou até 14 de janeiro de 2019, quando faleceu. O exequente, então, ingressou nos autos, com procuração datada de julho de 2019. O Acórdão transitou em julgado em 21 de novembro de 2019. Veja-se, portanto, que quando do ingresso do exequente no processo, o processo já estava praticamente concluído, não tendo ele praticado qualquer ato processual relevante.

Nos exatos termos do art. 24, §2º do Estatuto da Advocacia, Lei 8.906/94,

> *Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.*
>
> § 2º Na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência, proporcionais ao trabalho realizado, são recebidos por seus sucessores ou representantes legais.

Logo, a condenação de honorários advocatícios de sucumbência é devida ao advogado que atuou regularmente no processo. Sendo ele falecido, os valores são devidos aos seus herdeiros, não ao exequente, que não exerceu, efetivamente, o múnus no processo. Ademais, durante esses 5 meses em que aguardava a

Acesso ao Sumário

certidão do trânsito em julgado, o exequente não comprovou as atividades que exerceu na condução do processo.

Destarte, a sentença da R. Primeira Instância deve ser prestigiada, por seus próprios e bem lançados fundamentos. Para tanto, valho-me do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Referido dispositivo estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Destarte, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Em atenção ao art. 85, §11 do NCPC, majoro os honorários advocatícios para R$1.000,00 (mil reais) .

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000285-98.2021.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante MAGAZINE LUIZA S/A, é apelado FRANCISLEI SANTOS FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.307)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente) e LIDIA CONCEIÇÃO.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2022.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Consumidor. Compra de aparelho celular pela internet. Descumprimento de obrigação de en-

Acesso ao Sumário

tregar o produto após o pagamento do preço. Restituição do preço. Ré que junta, no recurso de apelação, documento unilateral sem oferecer mínima justificativa para a juntada extemporânea. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de restituição de valores pagos, cumulada com indenização por danos morais. A Magistrada, Doutora Tatyana Teixeira Jorge, considerou incontroversa a não entrega do produto adquirido pelo Autor e determinou a devolução do preço, R$1.599,00, atualizados de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a partir da data da compra e acrescido de juros de mora, no percentual de 1% a partir da citação. Afastou o dano moral. Dividiu as custas e despesas processuais pela metade e fixou os honorários advocatícios dos advogados adversos em 10% sobre o valor da causa.

Apela a Ré alegando que o Autor utilizou o crédito do aparelho celular na compra de uma geladeira Brastemp. Junta *print* de tela de computador.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

Em dezembro de 2020, o Autor comprou aparelho celular Smartphone Samsung Galaxy A 31 no site da Magazine Luiza S/A, por R$1.599,00. O produto não foi entregue e, em janeiro de 2021, Francislei ajuizou esta ação requerendo a devolução do preço e indenização por dano moral.

A sentença determinou a devolução do valor pago.

Nas razões de apelação a Ré sustenta que o Autor realizou a troca do aparelho celular por uma geladeira e utilizou o crédito obtido com a devolução do preço do produto como parte do pagamento. Junta *print* de tela com a descrição "Produtos Devolvidos" referindo-se ao celular e "Novas Vendas" referindo-se a geladeira (fls. 105).

Incabível a juntada de documentos em sede recursal, da forma realizada pela apelante, posto não se tratar de "documentos novos", nos termos do artigo 435, parágrafo único do Código de Processo Civil. Nota-se que a data da venda apontada no *print* juntado na apelação é de 09/03/2021 (fls. 105), sem que tivesse a Ré oferecido mínima justificativa para juntada inoportuna do documento.

Ao sanear o feito, em 12/05/2021, a magistrada concedeu prazo para as partes especificarem as provas que entenderem pertinentes, conforme decisão publicada em 12/05/2021 (fls.92). A Ré informou que não tinha provas alguma

Acesso ao Sumário

para produzir, requerendo o julgamento do processo.

Assim, não demonstrado qualquer impedimento para apresentação do suposto documento que supostamente comprova a utilização do crédito com a compra de novo produto pelo Autor, no momento oportuno, operaram-se os efeitos da preclusão.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, majorando-se os honorários advocatícios do advogado do Autor para 15% do valor da causa, nos termos do art. 85, §11 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0014918-35.2012.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante NEWLAND EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado ASSOCIAÇÃO DE PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO RESIDENCIAL TRIPOLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 39.744)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Loteamento de acesso restrito - Ruina parcial de muro divisório - Responsabilidade da loteadora, que erigiu o muro como equipamento do empreendimento imobiliário - Previsão no contrato padrão celebrado com os promissários compradores de a loteadora construir o muro de divisa já embutido no preço dos lotes - Responsabilidade da loteadora pela ruina parcial do muro é objetiva, por duplo fundamento: vício ou fato do produto em relação de consumo e ruina de construção considerável em contrato de empreitada - Irrelevância do fato de imóvel contíguo a montante ter desviado o escoamento de águas para o imóvel inferior - Situação já existente no momento da construção

Acesso ao Sumário

e da entrega do muro pela loteadora aos adquirentes dos lotes - Eventual violação do proprietário do imóvel contíguo a normas de vizinhança ou do Código de Águas não elide a responsabilidade contratual da loteadora frente aos adquirentes dos lotes, de erigir muro divisório com sistema de captação e de escoamento de águas compatível com a situação existente - Ruina parcial do muro imputável à loteadora independentemente de culpa, que deve indenizar a Associação de Moradores e adotar as medidas e realizar obras para que tal fato não venha novamente a ocorrer - Ilícito contratual, de modo que os juros de mora de prestação ilíquida e sem termo se contam da data da citação - Afastamento da multa processual imposta em sede de embargos de declaração, que não tiveram caráter protelatório - Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 723/725 verso dos autos, que julgou procedente ação indenizatória de procedimento comum ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO RESIDENCIAL TRIPOLI em face de NEWLAND EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

A R. sentença condenou a ré ao pagamento da quantia de R$ 160.836,04, atualizada e acrescida de juros moratórios com termo inicial na data dos fatos. Condenou a ré, também, ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente do reforço e adaptação do sistema de drenagem do muro divisório, para evitar novo desabamento. Determinou a liquidação da obrigação de fazer por artigos, cabendo à autora a opção de realizar as obras necessárias e ressarcir-se junto à ré. Finalmente, condenou a ré ao pagamento das custas do processo e de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

O fundamento da condenação foi o fato de a ré ter sido a loteadora do Residencial Tripoli, loteamento de acesso restrito e murado. Nessa qualidade, construiu muro divisório, que veio a ruir parcialmente em duas oportunidades. Entendeu que a responsabilidade da ré é aquiliana e que se houve com culpa, pois não implantou sistema de micro drenagem urbana suficiente para suportar as fortes chuvas que se seguiram. Acrescentou que a parte do muro que desabou fica próxima a forte aclive, de modo que a ré deveria ter realizado obras para suportar o volume de água que escoam do prédio superior.

Não foram conhecidos os embargos de declaração, com imposição à ré

embargante de pena por litigância de má-fé (fls. 734/735).

Recorre a ré, alegando, em síntese, o seguinte: a) cuida-se de empresa séria e de grande experiência no setor de construção de empreendimentos imobiliários; b) nulidade da sentença por violação ao artigo 477 par. 2º. do CPC, pois o perito tem o dever de prestar esclarecimentos sobre pontos obscuros do laudo, o que não foi observado; b) nulidade da sentença por violação ao art. 364 par. 2º. do CPC, pois não se abriu às partes prazo para oferecimento de alegações finais, o que maltrata o devido processo legal e o contraditório; c) partiu sentença de premissa errada, pois os dois trechos do muro que ruíram em datas diferentes são distantes um do outro e as causas dos desabamento são distintas; d) o segundo colapso do muro, objeto desta demanda, decorreu de fato de terceiro, consistente da colocação pelo vizinho a montante de canos de escoamento de água; e) o fato de terceiro ocorreu após a entrega do muro pela loteadora à Associação; f) os juros de mora foram fixados com termo inicial na data dos fatos, mas se trata de responsabilidade contratual, de modo que deveriam ser contados a partir da citação; g) devem ser afastadas as multas aplicadas da decisão que não conheceu dos embargos de declaração (fls. 737/754).

O recurso foi contrariado (fls. 760/770).

É o relatório.

1. Discutem as partes a responsabilidade civil em razão de ruína de trechos de um divisório erigido pela loteadora ré no loteamento de acesso restrito - ou fechado - RESIDENCIAL JARDIM TRIPOLI.

É fato incontroverso que a ré NEWLAND foi a loteadora do empreendimento RESIDENCIAL JARDIM TRIPOLI, de acesso restrito e fechado por muros, segundo aprovação da Prefeitura Municipal de Americana.

Consta do contrato padrão de compromisso de compra e venda com os adquirentes de lotes a obrigação da loteadora construir o muro de divisa, sem cobrança de preço adicional.

O muro foi construído a partir de novembro de 2008 e as obras de infraestrutura do empreendimento foram entregues aos proprietários no mês de setembro de 2010.

Sucede que ocorreram parciais desabamentos de trechos do muro, em duas oportunidades, a saber: a) em 06 de janeiro de 2011 ruiu um trecho de aproximadamente 40 metros; b) no dia 27 de março de 2013, após forte chuva, ruiu um segundo trecho do muro.

2. Discutem as partes a responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína parcial dos dois trechos do muro.

Além do pedido indenizatório, a Associação autora postula a condenação a obrigação de fazer, consistente da realização pela ré das obras necessárias para que outros trechos do muro não venham a ruir.

Acesso ao Sumário

Esta ação indenizatória e de obrigação de fazer foi antecedida pelo ajuizamento de ação de produção antecipada de provas, com a elaboração de laudo pericial no qual se constatou as razões da ruína parcial do muro.

3. Rejeito as preliminares de nulidade da sentença.

Não houve violação ao disposto no artigo 477 par. 2º do CPC.

O perito judicial, em inúmeras manifestações devidamente fundamentadas, prestou os devidos esclarecimentos que lhe foram solicitados (fls. 598/613 e fls. 640/651).

Não havia necessidade e muito menos utilidade na oitiva do perito em audiência. Os esclarecimentos solicitados pelas partes foram prestados por escrito, de modo claro e fundamentado.

Eventual inconformismo da parte com as conclusões do perito não justificam a insistência da colheita de seu depoimento em audiência, se todos os elementos técnicos já se encontram devidamente encartados nos autos em respostas escritas aos quesitos e críticas.

De igual modo, não se acolhe o pedido de nulidade da sentença por violação ao disposto no art. 364 do CPC, por ausência de prejuízo às partes.

Na audiência de instrução e julgamento foram acolhidas as contraditas das testemunhas arroladas pelas partes. A oitiva do perito por carta precatória foi substituída por esclarecimentos prestados por escrito, seguidos de críticas do assistente técnico.

A causa já se encontrava absolutamente madura para receber julgamento, após manifestações das partes sobre a prova técnica e esclarecimentos prestados pelo perito.

Não há qualquer prejuízo em decorrência do fato de não ter sido aberto prazo específico para apresentação de alegações finais. Isso porque, como acima dito, já tinham as partes se manifestado inúmeras vezes sobre toda a prova técnica, em demanda que dura uma década.

Há entendimento absolutamente sedimentado do STJ no sentido que "*a ausência de oportunidade para apresentação de memoriais somente acarreta a nulidade da sentença quando for demonstrada a ocorrência de prejuízo ao interessado*" **(STJ REsp 819024, Rel. Min Teori Zavascki; AI 987853, Rel. Min. Mauro Campbell; REsp 1264791, Rel. Marco Belizze)**.

Acesso ao Sumário

Rejeito as preliminares de nulidade da sentença.

4. No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

A responsabilidade da loteadora ré NEWLAND é inequivocamente objetiva, por duplo fundamento. Pode-se dizer, assim, que é duplamente objetiva.

É objetiva por força do disposto no art. 618 do Código Civil, que trata da responsabilidade do empreiteiro pela solidez e segurança da obra, em razão de

materiais como de solo, em "construções consideráveis". Há, por assim dizer, um dever de garantia pela solidez da obra, atribuível ao empreiteiro independentemente de culpa. A construção de extenso muro de limite de um loteamento de acesso restrito exige emprego de técnica e conhecimentos específicos - como, de resto, atesta o laudo pericial - de modo que se qualifica como "considerável" para fins de incidência do artigo 618.

Além das garantias positivadas pelo art. 618 do Código Civil, favorece os adquirentes de lotes - reunidos na Associação autora - o Código do Consumidor, em especial os artigos 12 e 18. Dispõem os adquirentes de lotes em empreendimento fechado de proteção contra fato do produto ou serviço que ameace de qualquer modo a salubridade ou integridade física, bem como vícios capazes de comprometer o uso cômodo ou lhe reduzir o valor dos imóveis.

Não se cogita, portanto, de se investigar a culpa da loteadora ré NEWLAND, mas tão somente verificar se a ruína de trechos do muro de divisa é a si imputável.

5. A tese da defesa da ré NEWLAND é toda montada na ocorrência de fato de terceiro.

Isso porque, segundo alega, a ruína dos dois trechos do muro seria imputável tão somente ao proprietário do imóvel confinante a montante, que teria realizado obras de terraplanagem para a construção de um galpão alugado a uma concessionária de veículos e, com isso, agravado a situação do imóvel inferior, no que se refere ao escoamento de águas pluviais.

A tese da ré NEWLAND, porém, não se sustenta, por uma simples razão.

São inconfundíveis duas situações jurídicas absolutamente distintas, a saber: a) a obrigação de a NEWLAND construir muro de divisa com toda a técnica necessária, a que se obrigou em relação contratual perante os adquirentes de lotes; b) o fato de a construção do muro ser mais dispendiosa ou difícil em razão de obras realizadas no prédio vizinho a montante.

Lembro que o perito judicial, em inúmeras manifestações, tanto em seu laudo pericial inicial, em sede de produção antecipada de provas, como em esclarecimentos prestados já na ação principal, destacou que no momento da construção do muro de divisa as obras de terraplanagem no imóvel vizinho já se encontravam concluídas.

É absolutamente irrelevante que o loteamento tenha sido aprovado antes da realização das obras de terraplanagem no terreno vizinho.

O que interessa é que no momento da construção do muro de divisa a que se comprometeu a loteadora NEWLAND as obras de terraplanagem do terreno vizinho já estavam concluídas.

Dizendo de outro modo, já existia o escoamento de águas pluviais do imóvel superior para o imóvel confrontante inferior, ainda que tenha sido agra-

Acesso ao Sumário

vado pelo vizinho e se encontre em desacordo com as normas de direito de vizinhança do Código Civil e do Código de Águas.

Cabia à ré recorrente NEWLAND, que se obrigara perante os adquirentes de lotes a erigir o muro de divisa com técnica e segurança, a assim proceder. Poderia eventualmente cobrar do proprietário do lote vizinho o valor das obras adicionais de drenagem e escoamento de águas pluviais em razão de violação a normas de vizinhança.

O que não se admite - e aí está a razão da responsabilidade civil da ré NEWLAND - é que, diante das obras de terraplanagem já existentes no prédio vizinho, que agravaram a situação de escoamento de águas pluviais, tenha erigido o muro com obras de drenagem e insuficientes.

Não colhe também o argumento de que tubos de PVC tenham sido colocados pelo proprietário do prédio vizinho posteriormente à construção do muro, e seriam os responsáveis pela ruína parcial.

O perito judicial às fls. 678 dos autos, após prestar inúmeros esclarecimentos, elabora uma linha do tempo, embasado em fotografias aéreas contemporâneas à data da construção do muro. Deixa claro, mais uma vez, que as obras no terreno vizinho, a montante, já se achavam concluídas, inclusive com os canos de PVC, situação que necessariamente deveria ter sido levada em conta pela NEWLAND ao construir o muro divisório.

Em resumo, poderia em tese a ré NEWLAND reclamar do proprietário do prédio vizinho a realização de obras de drenagem para a segurança do muro, ou realizá-las diretamente e dele cobrar o custo adicional.

O que não se tolera é que a NEWLAND, plenamente ciente do quadro já existente à época em que construiu e, especialmente, entregou os equipamentos de infraestrutura do empreendimento aos condôminos, tenha deixado de realizar as indispensáveis obras de drenagem para preservar a higidez do muro de divisa.

Em suma, eventual violação pretérita das normas de vizinhança por parte do proprietário do prédio vizinho a montante não desobriga a NEWLAND, perante os adquirentes de lotes, da prestação de construir o muro divisório de acordo com a mais estrita observância das normas técnicas, levando em conta a realidade fática então existente.

Acesso ao Sumário

Ao construir o muro em desacordo com as normas e cautelas indicadas pelo perito em seu excelente laudo, a NEWLAND inadimpliu o contrato, pois a prestação não foi cumprida no modo exigível.

A responsabilidade civil da NEWLAND é inequívoca e foi bem reconhecida na sentença.

6. Os valores que constam da condenação são aqueles estimados em orçamentos e estudos fidedignos, sem objeção consistente por parte da ré, nem impugnados de modo específico nas razões de recurso.

Correta também a condenação da ré à obrigação de fazer, consistente da realização das obras necessárias para garantia da solidez do restante do muro divisório.

7. A R. Sentença comporta alteração somente em relação a dois pontos.

O primeiro diz respeito à natureza do ato ilícito. Seu fundamento é nitidamente negocial, e não aquiliano, como afirmou a R. Sentença.

A obrigação de construção do muro divisório integra os equipamentos do empreendimento de responsabilidade da loteadora NEWLAND.

Não fosse suficiente, o próprio contrato padrão do loteamento prevê a obrigação da loteadora construir o muro divisório, cujo custo já se encontra embutido no preço do lote.

Disso decorre que o termo inicial dos juros moratórios não é a data do ato ilícito, mas sim a data da citação, pois a obrigação não é líquida e nem a termo.

O segundo ponto que merece reforma é a condenação da ré NEWLAND às penas como litigante de má-fé, em razão de ter oposto embargos de declaração.

Os embargos de declaração, embora possam ser rejeitados, não se amoldam ao que exige a lei processual civil para imposição da multa, e nem tem natureza claramente protelatória.

São os dois pontos acessórios que merecem ser modificados na sentença.

Tendo em vista que o recurso de apelação foi improvido em sua maior parte, majoro os honorários sucumbenciais para 12% sobre o valor da condenação.

Dou parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018889-49.2018.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados ZIONBYTE COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA., CARLOS EDUARDO BASSETTI ORLANDO e CATIE GONÇALVES BASSETTI ORLANDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33677)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ES-

Acesso ao Sumário

TEVES.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA - Inércia da Parte quanto ao andamento do feito - Extinção sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, III do CPC - Insurgência dos autores - Intimação pessoal - Realização - Intimação dos representantes legais - Desnecessidade - Decreto de extinção, que cabe ser mantido - Para se extinguir o feito, sem julgamento do mérito, por abandono de causa, nos termos do art. 485, III, do CPC, imprescindível que se cumpra a exigência do § 1º do mesmo artigo, qual seja: a intimação pessoal da parte para que supra a falta no prazo legal, sendo, contudo, desnecessária, também, nova intimação do advogado para tanto - Sentença mantida - Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 295, complementada pela decisão de fls. 304 que nos autos da Ação Monitória, ajuizada por **Banco do Brasil S/A**, o juiz sentenciante proferiu: "*(...) 1] Chamando especial atenção para fls. 291 (carta postal intimatória), 293 (A.R.) e 294 (certidão de decurso dos 5 dias), EXTINGO O PROCESSO sem resolução do mérito. Base: art. 485, III, do CPC. 2] Após o trânsito em julgado desta sentença, comande-se arquivamento dos autos digitais, com baixa no Distribuidor*".

Inconformado, apela o banco autor (fls. 307/318) aduzindo em síntese que a nova sistemática do CPC preza pela interpretação das normas em consonância com os direitos e garantias fundamentais consagrada pela Constituição Federal, para garantir maior segurança jurídica ao jurisdicionado.

Relata que nos termos do art. 6º do CPC todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si e, nesse contexto, tem-se que o princípio da cooperação abrange não somente os litigantes, mas também o magistrado.

Diz que o princípio da primazia da resolução do mérito impõe ao magistrado decidir o processo resolvendo o mérito sempre que possível, proporcionando efetividade ao direito constitucional de acesso à justiça.

Salienta que no caso em apreço após haver uma intimação para a parte dar

Acesso ao Sumário

andamento ao feito, o magistrado já decidiu de imediato pela extinção do feito sem resolução do mérito, mesmo podendo ter determinado nova intimação dos procuradores para suprir a suposta inércia processual.

Lembra que a distribuição do processo já demandou tempo e custos do Judiciário e das próprias partes e a extinção sem resolução do mérito em nada contribui para a efetividade da tutela jurisdicional, devendo a sentença ser cassada nos termos do art. 6º do CPC.

Aduz que o ato cuja prática supostamente estava pendente, conforme sentença, seria a comprovação de que assinatura acostada no A.R de fls. 285 se enquadra nas hipóteses do § 2º do art. 248 do CPC, ou que fosse recolhida a diligência de oficial de justiça, contudo, não era o caso comprovação e não há necessidade de recolhimento de nova diligência, eis que como certificado a fls. 232 há um saldo de R$ 159,18, devendo ser aproveitado para a diligência.

Frisa que a parte teve gastos e a propositura de nova ação fará com que os atos já praticados sejam novamente praticados onerando ainda mais o próprio judiciário. Clama pela reforma da sentença.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, preparado às fls. 316/318 e sem resposta.

Realizada intimação nos termos da Resolução n. 549/2011 e sem insurgência.

É o relatório do necessário.

2. Cuida-se de ação monitória visando o recebimento do valor de R$ 131.926,64, fundada em Contrato para desconto de títulos - Cláusulas Especiais n. 154.503.574, com vencimento final em 15/12/2015 (fls. 01/114).

Observa-se que determinada a citação dos réus, sobrevieram certidões negativas (fls. 121/122, 142/143, 181/183, 204/206, 219/220, 232/234e 264/266); A.R. recebidos (fls. 283/285); determinado ao credor comprovar que a pessoa subscritora do A.R se enquadra nas hipóteses do § 2º do art. 248 do CPC, ou recolher custas de oficial de justiça (fls. 287); certidão de decurso de prazo (fls. 289); determinada e intimação pessoal do autor (fls. 292); intimação pessoal e aviso de recebimento (fls. 291 e 293); certidão de decurso de prazo (fls. 294); sobrevindo sentença de extinção sem julgamento do mérito, da qual se insurge o banco autor.

Anote-se que a apelação interposta é tempestiva e está preparada, de modo que é admitida nos termos dos artigos 932, inciso VIII; 1.007, § 1º; 1.010, § 3º; e 1.012, do Novo C.P.C., com a ratificação deste colegiado.

Conhece-se do recurso interposto, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como sabido o escopo da jurisdição é a resolução da lide formada entre

Acesso ao Sumário

as partes. Destarte, a extinção terminativa do processo, ou seja, sem a análise do mérito, configura a exceção, e não a regra no sistema processual.

Com efeito, uma vez proposta a ação, o respectivo andamento processual dá-se por impulso oficial até a prolação da sentença de mérito, salvo hipóteses especiais, como, por exemplo, o abandono processual.

Dispõe o artigo 485, do CPC/2015, que:

"*Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:*

(...)

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

(...)

§1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de *5 (cinco) dias*".

Da leitura do dispositivo acima transcrito, depreende-se que, para aplicação da penalidade de extinção do feito, com base no art. 485, III, do CPC/2015, deve haver a intimação do advogado da parte para cumprir alguma diligência ou para dar andamento ao feito.

Note-se, ainda, que para extinção do feito com base nesse dispositivo legal, imprescindível que se cumpra a exigência do § 1º do mesmo art. 485 do CPC/2015, qual seja: *a intimação pessoal da parte para que supra a falta no prazo da lei, sendo, contudo, desnecessária nova intimação do advogado para tanto*. Primeiro porque já foi anteriormente intimado a cumprir diligência ou a dar andamento ao processo e nada fez; segundo porque falta determinação legal nesse sentido.

Nesse sentido, já inclusive se manifestou o E. STJ:

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ABANDONO DA CAUSA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 2.. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a extinção do feito por abandono de causa pelo autor, a teor do que prescreve o art. 267, III e § 1º, do Código de Processo Civil, demanda o requerimento do réu (Súmula 240/STJ) e a intimação pessoal da parte para que a falta seja suprida no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sendo desnecessária a intimação pessoal do procurador da parte. Precedentes. (...) (AgInt no AREsp 1305399/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em*

Acesso ao Sumário

16/08/2018, DJe 24/08/2018)".

No caso em comento, constata-se que após a determinação de fls. 287, o autor permaneceu inerte por mais de 30 dias (fls. 289), sendo realizada intimação dos representantes legais por DJe da expedição de intimação pessoal do banco autor (fls. 292) e intimação pessoal do autor (fls. 291 e 293) e, novamente quedou-se o autor inerte.

Assim, tem-se que o magistrado 'a quo' cumpriu a determinação legal de intimação pessoal da parte, contudo, decorreu o prazo sem qualquer manifestação do autor, sobrevindo a sentença que extinguiu o feito por abandono da causa.

Neste contexto, tendo a extinção sido precedida de intimação pessoal do requerente, nos exatos termos da lei processual, é de se concluir que a sentença foi exata e não merece qualquer reparo.

3. Destarte, **nega-se provimento ao recurso.**

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1010340-95.2019.8.26.0009/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante VALDEMAR ALVES PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado BANCO ITAÚ CONSIGNADO 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: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13227)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Procedência do pedido. Insurgência da ré. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Art. 42 do CDC.

Acesso ao Sumário

Não configurada má-fé do banco. Devolução singela dos valores. COMPENSAÇÃO. Determinada a repactuação da dívida, os valores depositados na conta da autora, referentes aos contratos declarados nulos, deverão ser devolvidos. Autorizada a compensação. DANOS MORAIS. Prejuízos advindos de descontos ilegítimos que dispensam prova do efetivo prejuízo (dano in re ipsa). Montante da indenização reduzido para R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Valor arbitrado à luz dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade e das circunstâncias do caso concreto (descontos indevidos realizados na conta do autor). Inexistência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

O acórdão de fls. 503/507 deu provimento em parte ao recurso do embargado.

Opostos embargos de declaração alegando omissão e contradição (fls. 01/05 do incidente próprio).

Decido.

Conheço dos presentes embargos, porque tempestivos.

No mérito, estes não comportam acolhimento.

O reexame dos autos não leva a desfecho diverso daquele já exposto no v. acórdão, inexistindo qualquer omissão, obscuridade, contradição ou erro material a ser sanado na decisão objurgada, sendo certo que o descontentamento da parte com o seu conteúdo não a torna, por si só, passível de alteração por meio destes declaratórios.

De qualquer forma, tendo em vista que os presentes embargos foram opostos na vigência do Código de Processo Civil de 2015, aplica-se o seu art. 1.025, que consagra o prequestionamento ficto ou implícito dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1004787-62.2018.8.26.0604/50000, da Comarca de Sumaré, em que

é embargante PASTIFÍCIO SELMI S/A, é embargado MOINHO XANXERÊ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41987)**

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2022.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Embargos de Declaração - Alegação de existência de erro de fato no v. aresto - Inadmissibilidade - Inexistência de erro de fato - Adoção de entendimento diverso do pretendido pela parte, que não configura nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC - Atribuição de efeito infringente que só é admitido em circunstâncias excepcionais, que não se encontram na espécie - Prequestionamento - Embargos rejeitados.

VOTO

1) Cuidam-se de embargos de declaração opostos em face do v. acórdão (fls. 180/187), que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela ora embargante.

Sustenta a embargante, nas razões dos embargos declaratórios (fls. 01/11), que existe erro de fato no v. aresto, quanto a aludida inaplicabilidade do artigo 940 do CC, eis que houve sim o pagamento dos títulos indevidamente apontados para protesto, o que se deu através da compensação, que constitui forma de pagamento prevista no artigo 368 do CC.

Diz que diante do comprovado pagamento realizado através de compensação, os protestos foram efetuados de forma indevida, ilícita, temerária e até criminosa, importando em forma perversa e constrangedora de coerção e coação, demonstrando a evidente má-fé da embargada.

Afirma que inclusive ante a contratação de seguro garantia judicial para a baixa dos protestos, deve ser aplicado o disposto no artigo 940 do CC.

Por fim, requer o recebimento do recurso com atribuição de efeito infringente e modificativo, a fim de reconhecer a aplicabilidade do disposto no artigo

Acesso ao Sumário

940 do CC, com o expresso prequestionamento da matéria debatida, em especial do artigo 368 do CC.

A parte contrária foi intimada para, querendo, apresentar resposta (fls. 13).

Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação, conforme certidão de fls. 15.

É o relatório.

2) Com efeito, dispõe o artigo 1.022 do CPC que:

"Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material."

Em comentários ao referido dispositivo, anotam os Ilustres Professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em sua conhecida obra "Código de Processo Civil Comentado", 16ª edição, 2016, Editora RT, página 2277:

"**Finalidade**. Os EmbDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se também à correção de erro material. Como regra, não tem caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado (...). Não mais cabem quando houver *dúvida* na decisão (CPC/1973 535 I, redação da L 8950/94 1º)".

Excepcionalmente, tal recurso pode ter caráter infringente, "quando utilizados para: a) correção de erro material manifesto; b) suprimento de omissão; c) extirpação de contradição" (autores e obra citada, p. 2279).

THEOTÔNIO NEGRÃO, em sua conhecida obra sobre o CPC/1973, 30ª edição, página 560, alínea 10 ao artigo 535, anota o seguinte:

"Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos declaratórios com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para a correção do erro cometido" (STJ-4ª Turma, REsp 1.757-SP, relator Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.3.90, deram provimento, v.u., DJU 9.4.90, p. 2.745)".

No caso vertente, além de não se verificar a existência de erro de fato no v. aresto, a simples adoção de entendimento diverso do pretendido pela parte não configura nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC.

Isso porque, conforme bem salientado no v. acórdão em fls. 186, não houve pagamento em espécie dos valores relativos aos títulos apontados para protesto, sendo pactuada apenas a compensação dos referidos débitos, o que não

Acesso ao Sumário

autoriza a aplicação do disposto no artigo 940 do CC, eis que a modalidade de pagamento inicialmente ajustada era em moeda corrente nacional, na forma do artigo 315 do CC.

Dessa forma, embora a compensação seja considerada modalidade de pagamento prevista no artigo 368 do CC, não é possível reconhecer a existência de eventual má-fé da embargada, até em razão da ausência de ajuizamento de ação de cobrança, não se justificando a aplicação da penalidade prevista no artigo 940 do CC.

Portanto, é evidente a inexistência de erro no v. aresto, não se justificando a oposição dos presentes embargos, com fundamento no artigo 1.022 do CPC.

Na verdade, a embargante não se conforma com a decisão da Turma Julgadora, que contrariou parte dos seus interesses, e argumenta no sentido de alterar a conclusão do julgado, imputando caráter infringente ao recurso, o que é incabível, como acima já ficou consignado.

Anote-se o seguinte precedente: "São incabíveis embargos de declaração utilizados com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo julgador" (RTJ 164/793).

Finalmente, por reconhecer a necessidade de prequestionamento para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores e mais o disposto na Súmula 98 do Colendo Superior Tribunal de Justiça ("Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório"), considera-se prequestionada toda a matéria inserta no recurso, não se aplicando a embargante, por ora, a multa prevista no artigo 1.026, § 2º, do CPC.

3) Ante o exposto, rejeita-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1003382-98.2021.8.26.0405/50000, da Comarca de Osasco, em que é embargante QUALITTAS QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL E PARTICIPAÇÕES LTDA., é embargada CAROLINE PASCHOAL PRACANICA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51291)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), MARCOS GOZZO e HÉLIO NOGUEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.
VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Omissão não verificada. Acórdão embargado não padece de vícios. Pretensão meramente infringente. Rediscussão da matéria já decidida. Erro material verificado. Pedido de cancelamento formulado em 10/01/2017. Decisão parcialmente reformada, apenas para sanar o erro material. Embargos parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos.

VOTO

Qualittas Qualificação Profissional e Participações Ltda. opõe estes declaratórios visando a infringência do acórdão que negou provimento à apelação [fls. 192/195]. Afirma que o acórdão seria omisso e padeceria de erro material [fls. 1/5]. Recurso processado, em seguida.

É o relatório.

Os embargos são rejeitados parcialmente acolhidos, sem efeito modificativo

Em relação às alegações de omissão, o embargante pretende, meramente, a modificação da decisão colegiada.

Como posto no acórdão embargado, a embargante não demonstrou a frequência da embargada no curso, com a apresentação de documento assinado pela embargada, como listas de presença. Limitou-se à apresentação de documento unilateral, o que não pode ser aceito.

Ainda, em relação ao pedido de cancelamento, é claro esse foi formulado pela embargada em 10/01/2017 [fls. 59]. Ademais, como já mencionado no acórdão, não disponibilizado o contrato à aluna, impossível exigir que a embargada formalizasse o pedido por outro meio.

Nesse ponto, necessário constar que a data indicada às fls. 195 ("10/10/2017") se trata de erro de digitação. Em realidade, a data de cancelamento foi 10/01/2017, conforme fls. 59. Portanto, o acórdão deve ser reformado nesse ponto.

Tem-se, então, que em relação às alegações de omissão, a parte opôs estes embargos de declaração nitidamente com propósito de revisão da questão decidida, que não contém vício a ser reparado.

Portanto, nesses pontos, o recurso denota mero inconformismo com o julgado, a ser instrumentalizado da forma adequada.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que os efeitos infringentes somente são cabíveis quando consequência lógica do saneamento de eventual omissão, obscuridade ou contradição que integra a de- cisão embargada, hipótese não verificada no caso em testilha.

Esse é o entendimento do e. Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal: [i] STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.042.305/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 16.04.2009; [ii] STJ, EDcl no MS 13.981/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 30.03.2009; [iii] STF, EDcl em RE 199.167/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJU 08.05.1998.

Assim, reforma-se o acórdão apenas para corrigir o erro material, a fim de constar que a data de cancelamento foi 10/01/2017.

Ante o exposto, acolhem-se em parte os embargos declaratórios, sem efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2068968-19.2021.8.26.0000/50001, da Comarca de Piracicaba, em que é embargante BANCO BRADESCO S/A, são embargados COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS APOLLO PIRACICABA LTDA. e ANDERSON DOS SANTOS GUERRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos dos agravantes e acolheram os da instituição financeira, sem alteração do resultado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40431)**

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

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - execução - título extrajudicial - instrumento particular de confissão de dívida e outras avenças - alegação de nulidade do título executivo por excesso de execução e abusividade das cláusulas contratuais - matéria de defesa deve ser arguida em embargos à execução

Acesso ao Sumário

diante da necessidade de dilação probatória - agravo improvido - complementação para constar que houve expressa revogação do efeito suspensivo concedido no agravo - prequestionamento anotado - embargos dos agravantes rejeitados e acolhidos os da instituição financeira, sem alteração do resultado.

VOTO

1. Cuida-se de embargos declaratórios opostos pelos litigantes BANCO BRADESCO S/A e COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS APOLLO PIRACICABA LTDA. E ANDERSON DOS SANTOS GUERRA, em face do V. acórdão de fls. 45 e segs., proferido em sede de agravo de instrumento, sustentando sua omissão, obscuridade ou contradição. A COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS E OUTRO alegando que uma das causas de pedir na exceção de pré-executividade é justamente a nulidade do título objeto da execução, por falta de liquidez, conforme consta em seu item II, subitem "c". Aduz que no bojo do título executivo há três saldos devedores diferentes, o que torna impossível se aferir o valor efetivamente cobrado pelo credor. Entendem que tal matéria pode ser conhecida sem a necessidade de dilação probatória, tendo em vista que a nulidade consta no próprio título executivo. Acrescentam que na exceção de pré -executividade os embargantes requereram a exibição dos contratos anteriores pelo embargado, no entanto o decisório lhes "negou" este direito. Além disso deixou de se manifestar expressamente acerca do disposto no art. 5º, LV, da CF/88 e no art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8078/90). Impõe-se pois pronunciamento, especialmente porque a matéria ventilada no presente recurso tem como escopo precípuo o prequestionamento da questão suscitada.

2. De seu lado o BANCO BRADESCO alega que não houve expressa revogação do efeito suspensivo concedido no agravo. Aduz que os agravantes alegaram no juízo de primeiro grau que a execução deve permanecer suspensa, tendo em vista a falta de revogação expressa do efeito suspensivo no agravo, tentando tumultuar a marcha processual. Aguarda o pronunciamento deste E. Tribunal.

3. Oportunizada, houve manifestação de ambas as partes.

4. Os declaratórios do BANCO BRADESCO merecem acolhimento no respeitante à revogação expressa do efeito suspensivo concedido no agravo, posto que evidenciada a ocorrência da falha apontada, sem modificação do julgamento.

5. Desse modo, declara-se o Aresto impugnado, a fim de que conste que os efeitos da suspensividade de fls. 17/18 foram revogados em razão do improvimento do recurso.

Acesso ao Sumário

6. Todavia, no mais o "decisum" permanece irretocável. Restou claro nos itens 4, 5 e 6 que "... como bem destacou a Magistrada 'a quo': 'A exceção de pré-executividade pode ser utilizada nas situações em que observados concomitantemente dois pressupostos, quais sejam, que a matéria suscitada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e que não seja necessária dilação probatória... Considerando que, a excipiente impugnou a presente execução, sob o fundamento de existência de defeitos no objeto do contrato que alicerçou a ação de execução, descabe produzir prova em exceção de pré-executividade e, sem adentrar no mérito da demanda, tenho que a executada poderá produzi-la quando de sua defesa em ação de embargos à execução... O contrato que alicerça a presente ação de execução, contêm a assinatura das partes e de duas testemunhas, preenchem os requisitos do art. 784, inc. III, do CPC, constitui título de crédito extrajudicial e representa dívida em dinheiro, líquida, certa e exigível... Ademais, inexistente, de plano, qualquer prova efetiva de eventual reclamação dos alegados abusos...' (fls. 196/199 dos principais). Vale dizer, não é possível o conhecimento da questão relativa à nulidade do título executivo por excesso de execução trazida aos autos pelos executados, que não se trata do meio adequado para tanto, tratando-se mesmo de matéria própria de embargos à execução. Vale dizer, poderia ter interposto exceção de pré-executividade e somente para alegar matéria suscetível de conhecimento de ofício ou, mais especificamente, à nulidade do título, em que seja evidente o flagrante. Ou seja, nulidade cujo reconhecimento independa de contraditório ou dilação probatória. Ocorre que, no caso dos autos, para se aferir eventual abusividade das cláusulas contratuais, inclusive das contratações anteriores à confissão de dívida, seria necessária a produção de prova pericial, situação que ora não é admitida. Daí porque não merece crítica a solução combatida, mormente diante da simples petição apresentada pelos recorrentes, que não enseja a colheita de provas ou a prática de atos inovadores do processo".

7. Vale dizer, os agravantes alegaram na exceção de pré-executividade não só a nulidade do título executivo, que é suscetível de conhecimento de ofício, mas matérias que necessitam de dilação probatória, de forma que em nada modifica o presente entendimento.

8. Com esses fundamentos, rejeitam-se os embargos da COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS E OUTRO e acolhem-se os do BANCO BRADESCO. Fica, de qualquer modo, anotado o prequestionamento lançado a fls. 03.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cí-

vel nº 2027679-09.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante 2F LABORATÓRIO FARMACÊUTICO LTDA. - ME, é embargado CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS 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: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28831)**

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

São Paulo, 16 de fevereiro de 2022.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Contradição - Multa diária - Acórdão que manteve a tutela antecipada recursal, fixando a multa diária em R$ 1.000,00 - Correção que se mostra necessária. EMBARGOS ACOLHIDOS.

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por 2F LABORATÓRIO FARMACÊUTICO LTDA. ME contra Acórdão de fls. 493/502.

Insurgem-se a embargante, alegando a existência de contradição no julgado, vez que, embora tenha mantido a tutela recursal que deferiu a tutela de urgência em favor da agravada, acabou por majorar a multa diária (fls. 01/06, em apenso).

Recurso processado e respondido (fls. 10/13 do apenso).

É o relatório.

Com razão a embargante, ante a inequívoca existência de **contradição** no v. Acórdão.

Consoante se verifica da decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela recursal, foi deferido o pedido de urgência, para determinar que a Agravada cesse o uso do "trade dress" da linha de produtos LEV-TAM, que infrinjam os direitos da Agravante sobre o conjunto-imagem da linha de produtos LAVITAN, sob qualquer forma e pretexto, inclusive em todo e qualquer material publicitário e em todos os meios de comunicação e mídias (impressa, televisiva, pontos de venda, etc.), em *banners*, *folders*, catálogo, anúncios, folhetos, cartazes, internet (*websites*, *links* patrocinados, redes sociais, etc.) ou sob qualquer outra forma de uso, até o final da presente demanda, **sob pena de pagamento de multa diária de R$ 1.000,00.**

Acesso ao Sumário

Todavia, o acórdão, embora tenha mantido a antecipação da tutela recursal, acabou indevidamente majorando a multa diária para R$ 10.000,00.

Pelo exposto, constatado a contradição, recebo e **acolho os presentes embargos de declaração**, para a retificação do Acórdão, para constar que fica mantida a antecipação da tutela recursal, que concedeu a tutela de urgência requerida pela embargada, sendo que, em caso de descumprimento, incidirá multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais).

No mais, permanece o Acórdão tal como prolatado, determinando à Serventia a republicação, com a correção acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2185179-75.2020.8.26.0000/50001, da Comarca de Araraquara, em que é embargante JAAC MATERIAIS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA., é embargado L.C NOTARI BARRELA FILHO - ME.

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 20.914)**

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

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Oposição de embargos para fins de prequestionamento - A finalidade de prequestionar matérias ou dispositivos legais não autoriza o reexame de questões decididas no acórdão - Matéria devidamente apreciada e que ficou expressamente prequestionada no acórdão embargado - Natureza infringente dos embargos de declaração - Ausência das hipóteses previstas no artigo 1.022, do novo Código de Processo Civil - Embargos de declaração rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Embargos de declaração opostos por JAAC MATERIAIS E SERVIÇOS

DE ENGENHARIA LTDA., contra o v. acórdão de fls. 44/48 que, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pela ora embargante.

A embargante sustentou, em suma, que "são os presentes prequestionar o os seguintes dispositivos, para o fim de interposição de recurso em instância superior: art. 5º, LXXIV, da CF; Art. 98, § 2º, do CPC; e Súmula 481 do STJ" (fls. 2).

Requereu, então, o acolhimento destes embargos de declaração, para prequestionar as matérias apresentadas.

Não houve oposição ao julgamento virtual, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da publicação da distribuição dos presentes autos, nos termos da Res. 772/2017 - TJSP.

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.

No tocante ao prequestionamento, desnecessária é a expressa menção a dispositivos de lei quando o v. acórdão examina toda a matéria trazida pela recorrente, como no caso vertente.

Conquanto toda a matéria alegada pela parte já tivesse ficado expressamente prequestionada no aresto embargado (fls. 48), a finalidade de prequestionar matérias ou dispositivos legais não autoriza o reexame de questões decididas no v. acórdão, valendo lembrar que os embargos de declaração estão limitados às hipóteses elencadas no citado artigo 1.022, do novo Código de Processo Civil, que não ocorreram no caso vertente.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - **Os embargos de declaração não se prestam ao reexame da causa, nem para fins de prequestionamento de questões federais ou constitucionais, como meio de viabilizar eventual recurso especial ou extraordinário. O cabimento dos embargos se limita às hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015**. Alegação de omissão e contradição afastada" (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1002523-09.2016.8.26.0001; Relator: Desembargador Mario A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2018; Data de Registro: 23/08/2018).

Na verdade, a embargante não se conforma com o entendimento adotado pela Turma Julgadora e pretende o reexame de questões analisadas no acórdão. Assim, os presentes embargos têm caráter infringente, o que é inadmissível.

A este respeito, vale lembrar o seguinte precedente 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. 1/2, dada a ausência de quaisquer das hipóteses previstas no citado artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil. Fica prequestionada toda a matéria alegada pela embargante, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2166494-83.2021.8.26.0000, da Comarca de Paulínia, em que é impetrante SIRLENE DE SOUZA MARIANO, é impetrado MM JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DO FORO DE PAULÍNIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado 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 41.793)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente), JAIR DE SOUZA e MÁRCIO BOSCARO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Inadmissibilidade - Impetração em face de r. decisão interlocutória - Fase de cumprimento da sentença em ação possessória - Determinada a reintegração da Prefeitura de Paulínia na posse do imóvel - Decisão que comporta recurso diverso, previsto em legislação processual - Aplicação do art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/09 - Não cabimento de mandado de segurança - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - Carência declarada - Deverá a impetrante, querendo, valer-se da via processual adequada para o questionamento que ora propõe - SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face da r. decisão proferida às fls. 27/28 pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Paulínia que, em fase de cumprimento da sentença em ação possessória, determinou a reintegração da Prefeitura de Paulínia na posse do imóvel (Processo nº 0001521-25.2021.8.26.0428).

Argumenta a impetrante: **a)** nulidade dos atos processuais a contar de fls. 150, em razão da falta de regular intimação do patrono constituído; **b)** perda do objeto da ação de reintegração, diante do pagamento das parcelas em atraso.

O pedido de concessão de liminar foi indeferido - fls. 30/31.

Informações prestadas pela MM. Juíza da causa (fls. 35).

Manifestação do Município de Paulínia às fls. 37/43.

A Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar, indicando a ausência de interesses a envolver partes menores ou incapazes (fls. 48/49).

É o relatório.

Nos termos da legislação, a concessão do mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo.

Trata-se de remédio constitucional que conta com o preenchimento de requisitos para a sua impetração.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

"*Mandado de segurança é o remédio processual constitucional, manejável contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que exerça atribuições do Poder Público, e que cometa ilegalidade ou abuso de poder, tendo como objetivo proteger o titular de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data (CF, art. 5º LXIX)*"

Acesso ao Sumário

(*Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, 38ª ed., vol. III, p. 512)

A decisão discutida no caso em análise comporta interposição de recurso específico, não sendo hipótese de cabimento de mandado de segurança.

Decisão interlocutória que possui recurso adequado para fins de questionamento.

E "*não cabe mandado de segurança contra ato judicial para substituir recurso de que não se utilizou o recorrente*" (STJ-1ª Turma, RMS 7.980-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 8.5.97, negaram provimento, v.u., DJU 16.6.97, p. 27.317).

Dispõe o art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/09 que não se dará mandado de segurança quando se tratar "*de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo*".

E ainda: "*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*" (Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal).

Ao enfrentar o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ARTS. 1009, § 1º, E 1015 DO CPC/2015.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança interposto contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Angra dos Reis/RJ, nos autos de Ação Acidentária ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, consistente no indeferimento de impugnação de nomeação de perito, ao argumento de diversidade entre a especialidade do expert e a patologia que acometeu o autor.

2. O Tribunal de Justiça denegou a segurança impetrada por descabimento da impetração de mandamus contra ato judicial passível de recurso próprio, de acordo com o verbete sumular 267/STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição."

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é de que o Mandado de Segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, sendo descabido o seu manejo contra ato judicial recorrível.

4. O STJ é assente no sentido de que o Mandado de Segurança contra ato judicial é medida excepcional, admissível somente nas hipóteses em que se verifica de plano decisão teratológica, ilegal ou abusiva, contra a qual não caiba recurso com efeito suspensivo (RMS 49.410/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 28/4/2016), o que não está evidenciado no caso con-

Acesso ao Sumário

creto.

5. Recurso Ordinário não provido. (STJ-2ª Turma, RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA nº 60.437-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14 de maio de 2019, negaram provimento ao recurso ordinário, votação unânime, DJe 29.05.2019)

Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Mandado de segurança - Decisão interlocutória que rejeitou o pedido formulado de impenhorabilidade e determinou o prosseguimento da execução, com a manutenção do ato constritivo - Ausência de ilegalidade, abusividade ou teratologia do provimento discutido - Incidência do art. 5°, II, da Lei 12.016/09, com a interpretação da Súmula n. 267 do Supremo Tribunal Federal - Impossibilidade de utilização do mandamus como sucedâneo recursal - Inadequação da via eleita - Carência decretada. (Mandado de Segurança nº 2153704-04.2020.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado - TJ/SP, Rel. Des. César Peixoto, julgado em 31 de agosto de 2020, decretaram a carência da ação, votação unânime)

MANDADO DE SEGURANÇA. Insurgência contra decisão que, em ação revisional de alimentos, determinou a quebra de sigilos fiscal e bancário de empresa que não faz parte do polo passivo da ação. Não cabimento do "writ" contra ato passível de ser desafiado por meio de recurso (art. 5º, II, Lei 12.016/09 e Súmula 267, STF). Ausência de teratologia. Inicial indeferida. Embora o Código de Processo Civil não preveja recurso próprio para o combate da decisão atacada, a opção do legislador foi transferir para o final do processo, através do meio de impugnação adequado, todas as insurgências vislumbradas durante o trâmite processual, conferindo a celeridade e a efetividade tão apreciadas pelos estudiosos e aplicadores do Direito, e não menos relevante às partes que nele implantam suas pretensões (art. 1.009, §1º, CPC). Art. 1.015 do diploma processual que contém rol taxativo das interlocutórias recorríveis, mas passível de mitigação em caso de urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão em recurso de apelação. Ilegalidade não manifesta. ORDEM DENEGADA (art. 485, I, CPC/15 e art. 6º, §5º, Lei 12.016/09). (Mandado de Segurança nº 2031325-61.2020.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado - TJ/SP, Rel. Des. Beretta da Silveira, julgado em 27 de fevereiro de 2020, denegaram a segurança, votação unânime)

MANDADO DE SEGURANÇA. Writ impetrado contra decisão interlocutória proferida em ação de inventário. Descabimento do remédio constitucional (art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009). Indeferimento da petição inicial do mandamus (art. 10, caput, da Lei n.

Acesso ao Sumário

12.016/2009). Processo extinto sem resolução do mérito (art. 485, I, do CPC). Segurança denegada. (Mandado de Segurança nº 2262125-25.2019.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado - TJ/SP, Rel. Des. Rômolo Russo, julgado em 3 de fevereiro de 2020, denegaram a segurança, votação unânime)

Ainda que assim não fosse, verifica-se que o subscritor do presente *mandamus* - **Bel. Denis Wingter** (OAB/SP nº 200.795) - apresentou agravo em recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça - fls. 159/160 (autos da ação de origem).

De outra parte, há manifestação do Secretário de Habitação do Município de Paulínia, indicando que **SIRLENE DE SOUZA MARIANO** não tem direito de posse sobre o imóvel objeto da demanda - fls. 39/43 (autos da ação de origem).

Assim, deverá a impetrante, querendo, valer-se da via processual adequada para o questionamento que ora propõe.

Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA**.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2301003-48.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é agravado DAVID FERNANDES JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.946)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente) e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

ALBERTO GENTIL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Conta de liquidação – Valor incontroverso já depositado nos autos – Apuração da parte controversa – Aplicação da TR como índice de atualização monetária – Inadmissibilidade – Ofensa à coisa julgada – Não ocorrência – Ausência de determinação para aplicação da Lei 11.960/2009 no julgado exequendo – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos

1 – Agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS visando a reforma da r. decisão proferida a fls. 65 (e adendo declaratório de fls. 68) que, nos autos da ação proposta por David Fernandes Júnior, ora em fase de cumprimento de sentença, homologou a conta elaborada pela contadoria judicial que encontrou uma diferença a favor do autor no valor de R$ 31.930,59.

Recurso tempestivo e que prescinde para julgamento das diligências pos-

síveis de serem ordenadas (CPC, art. 1.019 e incisos).

2 – Busca o agravante no presente recurso a reforma da r. decisão de fls., defendendo, para tanto, a aplicação da Lei 11.960/2009, com a adoção da TR na atualização monetária das parcelas atrasadas. Sustenta, ainda, que houve violação à coisa julgada, uma vez que o V. Acórdão exequendo determinou a aplicação da Lei 11.960/200 na atualização das parcelas.

De se registrar, inicialmente, que as partes ofertaram conta de liquidação (fls. 05/07 e fls. 60/75 dos autos do cumprimento de sentença) e que a parte incontroversa do débito já foi requisitada, versando o presente apenas em relação a parte controversa.

O V. Acordão exequendo assim determinou: -

"*A atualização monetária das parcelas em atraso observará os critérios da Lei 8.213/91 e suas alterações posteriores...*".

Não há no julgado expressa determinação para a aplicação da Lei 11.960/2009.

Ademais, a liquidação do julgado teve início em novembro de 2.018 (fls. 59 do feito subjacente), quando o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a inconstitucionalidade da TR como índice de atualização monetária, não havendo razão para a autarquia continuar aplicando referido índice.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral do Tema nº 810, decidiu, quanto atualização monetária das parcelas em atraso, que:

"*2. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina*." (destacamos).

Assim, não há que se falar em adoção da TR como índice de atualização monetária.

De um lado porque, ao contrário do que foi deduzido pelo agravante, não constou expressamente do julgado exequendo que fosse aplicada a Lei 11.960/2009, não havendo, portanto, ofensa à coisa julgada.

Ao depois, o V. Acórdão determinou, é certo, que fossem observadas as alterações posteriores, o que significa obviamente que se deve atentar para os novos índices de atualização ou para a invalidação de qualquer um deles. No caso, houve a invalidação da TR, mesmo assim a autarquia continuou aplicando

Acesso ao Sumário

referido índice, sem observar, portanto, as alterações posteriores.

Inconvincente, pois, o recurso.

3 – Daí porque, ante o exposto, nos termos supra consignados, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2232404-57.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante LÍVIA TOMITA GONÇALVES, é agravado DIRETOR TÉCNICO II DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO DEPARTAMENTOESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Assistência Judiciária Gratuita – Pretensão de reformar a decisão que determinou a apresentação de comprovante de renda ou declaração de imposto de renda do responsável pelo sustento do núcleo familiar – Admissibilidade – Inexistência de elementos nos autos a indicar que a impetrante tem condições de suportar o pagamento das custas e despesas processuais sem comprometer o sustento próprio e familiar, presumindo-se como verdadeira a afirmação de hipossuficiência formulada nos autos principais – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, in-

terposto por LÍVIA TOMITA GONÇALVES contra a decisão de fls. 27 dos autos principais que, em Mandado de Segurança impetrado contra ato do DIRETOR TÉCNICO II DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP, determinou a apresentação de comprovante de renda ou declaração de imposto de renda do responsável pelo sustento do núcleo familiar, em quinze dias, sob pena de indeferimento do pedido de gratuidade judiciária.

Alega a agravante, em síntese, que requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita, informando não possuir fonte de renda por ser estudante e não trabalhar, sendo completamente sustentada por seus pais; que o juízo determinou a juntada do comprovante de renda ou declaração do imposto de renda do responsável pelo sustento do núcleo familiar, mas os membros que compõe a entidade familiar não são partes do processo; que a imposição de comprovação dos rendimentos de referidas pessoas fere direito personalíssimo de terceiros, que não estão sujeitos às decisões dos autos; que a recusa dos genitores em fornecer a documentação não pode obstar a continuidade do feito ajuizado por sua filha (REsp nº 1.807.216/SP); e que é pessoa jovem, estudante, não ingressou no mercado de trabalho e não possui rendimentos, CTPS, conta bancária ou cartão de crédito, fazendo jus aos benefícios da justiça gratuita.

Com tais argumentos, pretende a concessão de efeito suspensivo e o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão recorrida, declarando a nulidade da decisão que determinou a juntada de documentos de pessoas estranhas à lide, mantendo-se o benefício da assistência judiciária gratuita.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 24/26) e a agravada não apresentou contraminuta (fls. 33).

É o relatório.

Inicialmente, observo que descabe determinar à impetrante a juntada de "*comprovante de renda ou declaração de imposto de renda do responsável pelo sustento do núcleo familiar*", já que este não faz parte do processo, devendo ser analisada exclusivamente a situação econômica da parte que requereu a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se:

> ***CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DE ALIMENTOS. DIREITO AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NATUREZA INDIVIDUAL E PERSONALÍSSIMA. EXTENSÃO A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES A PARTIR DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DE PESSOA DISTINTA DA PARTE, COMO A REPRESENTANTE LEGAL DE MENOR. VÍNCULO forte ENTRE DIFERENTES SUJEITOS DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES. DEPENDÊN-***

CIA ECONÔMICA DO MENOR. AUTOMÁTICO EXAME DO DIREITO À GRATUIDADE DE TITULARIDADE DO MENOR À LUZ DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS PAIS. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS. TENSÃO ENTRE A NATUREZA PERSONALÍSSIMA DO DIREITO E INCAPACIDADE ECONÔMICA DO MENOR. PREVALÊNCIA DA REGRA DO ART. 99, § 3º, DO NOVO CPC. ACENTUADA PRESUNÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DO MENOR. CONTROLE JURISDICIONAL POSTERIOR. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E CONTRADITÓRIO. RELEVÂNCIA DO DIREITO MATERIAL. ALIMENTOS. IMPRESCINDIBILIDADE DA SATISFAÇÃO DA DÍVIDA. RISCO GRAVE E IMINENTE AOS CREDORES MENORES. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO INJUSTIFICADA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. REPRESENTANTE LEGAL QUE EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL. VALOR DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. IRRELEVÂNCIA.

1- Recurso especial interposto em 18/05/2018 e atribuído à Relatora em 13/02/2019.

2- O propósito recursal é definir se, em ação judicial que versa sobre alimentos ajuizada por menor, é admissível que a concessão da gratuidade de justiça esteja condicionada a demonstração de insuficiência de recursos de seu representante legal.

3- O direito ao benefício da gratuidade de justiça possui natureza individual e personalíssima, não podendo ser automaticamente estendido a quem não preencha os pressupostos legais para a sua concessão e, por idêntica razão, não se pode exigir que os pressupostos legais que autorizam a concessão do benefício sejam preenchidos por pessoa distinta da parte, como o seu representante legal.

4- Em se tratando de menores representados pelos seus pais, haverá sempre um forte vínculo entre a situação desses dois diferentes sujeitos de direitos e obrigações, sobretudo em razão da incapacidade civil e econômica do próprio menor, o que não significa dizer, todavia, que se deva automaticamente examinar o direito à gratuidade a que poderia fazer jus o menor à luz da situação financeira de seus pais.

Acesso ao Sumário

5- A interpretação que melhor equaliza a tensão entre a natureza personalíssima do direito à gratuidade e a notória incapacidade econômica do menor consiste em aplicar, inicialmente, a regra do art. 99, § 3º, do novo CPC, deferindo-se o benefício ao menor em razão da presunção de sua insuficiência de recursos, ressalvada a possibilidade de o réu demonstrar, com base no art. 99, § 2º, do novo CPC,* a posteriori*, a ausência dos pressupostos legais que justificam a gratuidade, o que privilegia, a um só tempo, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório.

6- É igualmente imprescindível que se considere a natureza do direito material que é objeto da ação em que se pleiteia a gratuidade

da justiça e, nesse contexto, não há dúvida de que não pode existir restrição injustificada ao exercício do direito de ação em que se busque o adimplemento de obrigação de natureza alimentar.

7- O fato de o representante legal das partes possuir atividade remunerada e o elevado valor da obrigação alimentar que é objeto da execução não podem, por si só, servir de empeço à concessão da gratuidade de justiça aos menores credores dos alimentos.

8- Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 1.807.216/SP – Terceira Turma – Rel. Min. NANCY ANDRIGHI – j. 04/02/2020).

O Magistrado de primeira instância entendeu que os documentos anexados aos autos não seriam suficientes para a concessão da assistência judiciária gratuita à impetrante, razão pela qual passa-se a analisar o preenchimento dos requisitos legais.

A Lei nº 1.060/1950, bem como o *caput* do artigo 98 do Código de Processo Civil de 2015, consideram necessitado todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, presumindo-se como verdadeira a alegação de insuficiência feita por pessoal natural, no sentido de que não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais (§ 3º do art. 99 do CPC/2015).

No presente caso, a impetrante apresentou declaração de hipossuficiência para embasar a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça (fls. 11 dos autos principais) e juntou aos autos documento indicando que não recebe rendimentos tributáveis (fls. 26 dos autos principais).

Assim, não há elementos a indicar que a agravante tem condição de suportar o pagamento das custas e despesas processuais sem comprometer o sustento próprio e familiar, presumindo- se como verdadeira a alegação de hipossuficiência formulada nos autos principais.

Ademais, o fato de ter contratado advogado particular não descaracteriza a afirmação de pobreza feita pela recorrente.

Portanto, a princípio, pode ser enquadrada na condição de necessitada a que alude a Lei nº 1.060/1950 e o artigo 98 do Código de Processo Civil de 2015, cabendo à parte contrária, se o caso, a prova da suficiência de recursos para o custeio do processo (*caput* do art. 100 do CPC/2015).

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para conceder à agravante os benefícios da Justiça Gratuita.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da interposição dos mesmos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2279270-26.2021.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada RENATA PERRE FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.543)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), SILVIA MEIRELLES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

ALVES BRAGA JUNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ISENÇÃO DE ICMS. Pretensão ao reconhecimento do direito à isenção tributária (ICMS), relativa à aquisição de veículo com isenção concedida com base no Convênio ICMS n.º 38/2012. Possibilidade. Automóvel adquirido antes da ampliação do prazo mínimo para transmissão do bem, determinada pelo Decreto Estadual 65.259/20. Majoração indireta do tributo, por meio de imposição retroativa de condição mais gravosa. Inaplicabilidade do Convênio ICMS 50/2018, que não foi ratificado pelo Decreto Estadual 63.603/18. Precedentes.

RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. decisão de fls. 33/5 dos autos de origem, que, em mandado de segurança impetrado por RENATA PERRE FERNANDES, deferiu liminar "*para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 10 (dez) dias, providencie a baixa da restrição tributária de transferência do veículo Citroen/C4 Cáctus Feel A, placa DAR4311, Renavam 01211171059, assim como que se abstenha de cobrar o ICMS da impetrante em*

razão da transferência do automóvel antes do decurso do prazo de 04 (quatro) anos da obtenção da isenção do imposto em voga.".

O agravante afirma que a impetrante "*requer um benefício que não encontra amparo na legislação em vigor, pois tendo sido beneficiária da isenção do ICMS relativa a um veículo, pretende adquirir um novo veículo com a mesma isenção em período inferior a 04 (quatro) anos, prazo limite para cada fruição do benefício, e condição expressamente prevista no artigo 19, § 2º, 1, 'd'*".

Alega que se trata de aplicação de lei vigente. Entende que a "*revogação parcial ou total de benefícios contemplados nos Convênios, como é o caso da alteração do prazo condicional da isenção em questão para 04 (quatro anos) pelo Convênio ICMS 50/2018 (restringindo o benefício) não depende da unanimidade dos estados (Regimento do CONFAZ-Convênio 133/1997, art. 30 II), porque não cria benefício, mas sim reduz a amplitude de benefício existente*".

Defende que "*compete ao Poder Executivo modificar a alíquota do tributo – retirando o benefício fiscal anteriormente concedido, não devendo sua atribuição ser limitada pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta ao art. 2º da CF/88, que prescreve a separação de funções do Estado*".

Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão.

Efeito suspensivo indeferido a fls. 13/8.

Contraminuta a fls. 25/31.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento, fls. 36/40.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso não comporta provimento.

Em mandado de segurança, a impetrante, ora agravada, demonstrou que obteve isenção do ICMS para a aquisição de veículo automotor em 11 de outubro de 2019 (fls. 14), a qual foi concedida com base no Convênio ICMS n.º 38/2012, que previa que o benefício poderia ser utilizado uma única vez no período de 2 (dois) anos, fls. 14.

A agravada, então, adquiriu o veículo Citroen/C4 Cáctus Feel A, placa DAR4311, Renavam 01211171059, em 17 de outubro de 2019, fls. 15.

O Convênio ICMS 38/2012, que trata da concessão de isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas com deficiência física, visual, mental ou autista, estabelecia, em sua redação original:

> Cláusula quinta - O adquirente deverá recolher o imposto, com atualização monetária e acréscimos legais, a contar da data da aquisição constante no documento fiscal de venda, nos termos da legislação vigente e sem prejuízo das sanções penais cabíveis, na hipótese de:
>
> I - transmissão do veículo, a qualquer título, dentro do prazo de 2 (dois)

anos da data da aquisição, a pessoa que não faça jus ao mesmo tratamento fiscal;

Cláusula sexta - O estabelecimento que efetuar a operação isenta deverá fazer constar no documento fiscal de venda do veículo:

(...)

III - as declarações de que:

(...)

b) nos primeiros 2 (dois) anos, contados da data da aquisição, o veículo não poderá ser alienado sem autorização do fisco.

O Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) elaborou o Convênio ICMS 50, de 5 de julho de 2018, para aumentar o prazo de que trata a cláusula quinta, I, e a sexta, III, "b", do Convênio ICMS 38/2012, de dois para quatro anos. No entanto, a alteração não foi ratificada, conforme previsão do Decreto Estadual 63.603/18.

Apenas em outubro de 2020, houve a inclusão da nova regra na legislação estadual, a partir da publicação do Decreto Estadual 65.259/20, que alterou o art. 19 do RICMS, para fazer constar a determinação de que o benefício tributário poderá ser utilizado somente uma vez, no período de quatro anos.

Sobre o Convênio do CONFAZ, o c. STF tem entendimento de que sua natureza é **meramente autorizativa**, de maneira que a concessão ou alteração de benefícios e incentivos fiscais demanda a apreciação da Casa Legislativa[1].

Confira-se a ementa:

"CONCESSÃO INCENTIVO FISCAL DE ICMS. NATUREZA AUTORIZATIVA DO CONVÊNIO CONFAZ. 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESPECÍFICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. 2. TRANSPARÊNCIA FISCAL E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA- ORÇAMENTÁRIA.

1. O poder de isentar submete-se às idênticas balizas do poder de tributar com destaque para o princípio da legalidade tributária que a partir da EC n.03/1993 adquiriu destaque ao prever lei específica para veiculação de quaisquer desonerações tributárias (art.150 § 6º, *in fine*).

2. **Os convênios CONFAZ têm natureza meramente autorizativa ao que imprescindível a submissão do ato normativo que veicule quaisquer benefícios e incentivos fiscais à apreciação da Casa Legislativa.**

3. A exigência de submissão do convênio à Câmara Legislativa do Distrito Federal evidencia observância não apenas ao princípio da legalidade tributária, quando é exigida lei específica, mas também à transparência fiscal que, por sua vez, é pressuposto para o exercício de controle fiscal -orçamentário dos incentivos fiscais de ICMS.

Acesso ao Sumário

1 ADI 5929, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 14/2/2020.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente". (g.n.)

No caso, a aquisição do bem, objeto da isenção, ocorreu em 17/10/2019 (fls. 15), nos moldes do Convênio ICMS 38/2012, regulamentado pela Portaria CAT 18/2013. Se, no momento da aquisição do veículo, a regra vigente previa o prazo de apenas dois anos para a alienação do bem, não pode o contribuinte ser apenado por ter cumprido o período estabelecido pela legislação estadual.

Conforme disposto pelo MM. Juiz de primeiro grau, "*tendo em vista que concedido o benefício à impetrante em época em que o prazo mínimo para a alienação do veículo era de 02 (dois) anos, forçoso reconhecer que não se mostra possível que se exija o cumprimento do prazo de 04 (quatro) anos para a transferência do bem pela impetrante sem que haja cobrança do ICMS, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 150, III, a, da Constituição Federal, assim como aos artigos 146 e 178 do Código Tributário Nacional*".

Nesse sentido, julgados desta c. Câmara:

Apelação/Remessa Necessária 1043035-79.2021.8.26.0576

Relatora: Silvia Meirelles

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador**: 6ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 26/11/2021

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de segurança – Isenção de ICMS na aquisição de veículo por pessoa portadora de deficiência – Transferência do bem sem a exigência do transcurso do prazo de quatro anos previsto pelas alterações do Convênio CONFAZ nº 50/18 e do Decreto Estadual nº 65.259/2020 – Possibilidade – Veículo adquirido em data anterior à alteração da norma – Imposição de condições mais gravosas de forma retroativa – Inadmissibilidade – Observância ao princípio da anterioridade, ante a majoração indireta do tributo – Inteligência do art. 150, inc. III, alínea 'a', da CF – Precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça – R. sentença mantida – Recurso da FESP e reexame necessário improvidos.

Agravo de Instrumento 2185385-55.2021.8.26.0000

Relatora: Maria Olívia Alves

Comarca: São Paulo

Órgão julgador**: 6ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 21/9/2021

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Pessoa com deficiência que adquiriu veículo com isenção de ICMS – Pretensão de que lhe seja assegurada a transferência do bem sem a exigência

Acesso ao Sumário

do transcurso do prazo de 4 anos previsto pelas alterações do Convênio CONFAZ nº 50/18 e do Decreto Estadual nº 65.259/2020 – Rejeição da liminar – Pretensão de reforma – Possibilidade – Veículo adquirido em data anterior à alteração da norma – Imposição de condições mais gravosas de forma retroativa – Inadmissibilidade, sob pena de violação ao art. 150, III, 'a', da CF e ao art. 146, do CTN – Precedentes – Recurso provido.

Apelação/Remessa Necessária 1024538-14.2020.8.26.0071

Relator: Evaristo dos Santos

Comarca: Bauru

Órgão julgador**: 6ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 14/5/2021

Ementa: ICMS – ISENÇÃO – PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA – Pretensão de que seja considerado o prazo de 02 (dois) anos como lapso necessário para postulação de nova isenção de ICMS. Possibilidade. Ampliação de 02 (dois) anos para 04 (quatro) anos, com a edição do Convênio ICMS 50/2018. Contudo, conforme Decreto nº 63.603/2018, tal Convênio não foi ratificado pelo Estado de São Paulo àquela oportunidade. Isso só veio a ocorrer, em 19.10.20, com as alterações promovidas pelo Decreto Estadual nº 65.259/20. No caso, não se pode cogitar da aplicação da nova regra em prejuízo ao contribuinte, sob pena de violação ao art. 146 do CTN. Direito adquirido. Precedentes. Recurso voluntário e reexame necessário não providos.

DISPOSITIVO

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055391-71.2021.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante MUNICÍPIO DE OSASCO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.566)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), SILVIA MEIRELLES e EVARISTO

DOS SANTOS.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2022.

ALVES BRAGA JUNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ATUALIZAÇÃO DE ASTREINTES E CONTRATAÇÃO DE TERCEIRO PARA REALIZAÇÃO DE OBRA, ÀS EXPENSAS DO **AGRAVANTE. Insurgência contra decisão que determinou atualização do valor das astreintes e posterior expedição de ofício requisitório, bem como de contratação de profissional para execução de obra, para fins de obtenção do AVCB. Agravante que vem descumprindo, há anos, obrigações que lhes foram impostas em sentença e acórdão já transitados em julgado. Correta a execução da multa, bem como da terceirização, em razão da inércia do agravante.**

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto pelo **MUNICÍPIO DE OSASCO** contra a r. decisão de fls. 638, dos autos de origem, que, em cumprimento de sentença ajuizado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, determinou a remessa dos autos à contadoria para atualização do valor das astreintes, e, posteriormente, expedição de ofício requisitório ao MP, com destinação ao fundo que trata o art. 13 da Lei 7.347/85, bem como determinou que o *Parquet* traga minuta do Edital com projeto de obra para fins de obtenção do AVCB ou nomeação de perito às expensas do Agravante.

O agravante alega, em síntese, que, "*tanto a execução sumária das astreintes aplicada, nesse momento, quanto a contratação de empresa para a elaboração de minuta de edital para elaboração de projeto e execução dos serviços para obtenção do AVCB oneraria, ainda mais, a Administração Pública do que os procedimentos licitatórios para contratação da empresa com a melhor proposta já que muitos dos serviços podem ser praticados pelos próprios servidores da Agravante*.".

Afirma que "*a pandemia trouxe transtornos econômicos estratosféricos ao Executivo e as dificuldades são enormes para gastos externos que não sejam*

os de saúde."

Aduz que o D. Juízo *a quo* teria exorbitado as suas funções jurisdicionais ao informar ao Ministério Público, no item 4 da r. decisão de fls. 632, quais seriam os pedidos juridicamente possíveis para a satisfação da obrigação inadimplida.

Requer a liminar e, a final, a reforma da r. decisão agravada.

Concessão da liminar indeferida a fls. 18/19.

Contraminuta a fls. 25/32.

Parecer da d. PGJ, pelo desprovimento, a fls. 39/42.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso não comporta provimento.

O Agravante foi condenado, em ação movida pelo Ministério Público, ao adimplemento de obrigação de fazer consistente em providenciar toda a documentação necessária a fim de obter o AVCB (Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros) do Hospital Municipal e Maternidade Amador Aguiar, mantida a r. sentença por decisão unânime desta Colenda 6ª Câmara de Direito Público, no julgamento realizado em 14/2/2020, que negou provimento ao recurso de apelação do executado (fls. 544/550 dos autos de origem).

Conforme consignado pelo des. Reinaldo Miluzzi, por ocasião do indeferimento da liminar no presente agravo de instrumento (fls. 18/19):

> A questão trata de irregularidades apuradas no Hospital Municipal e Maternidade Amador Aguiar, comprovadas na ação de obrigação de fazer proposta pelo agravado em face do Município agravante, e que foi julgada procedente condenando o agravante à regularização do Hospital. Com a procedência da demanda foi instaurado o incidente de cumprimento de sentença e as providências necessárias não foram tomadas pelo Município. A questão remonta ao ano de 2015 e até o momento não houve solução. E o bem da vida tutelado é a saúde pública. **Nesse sentido, evidente a recalcitrância do Município em descumprir as decisões judiciais. De igual modo, não há que se falar em óbice orçamentário em razão da atual pandemia do Covid-19.**

Portanto, em razão do descumprimento reiterado de obrigação que lhe foi imposta, não há ilegalidade na execução de astreintes e nem na determinação de contratação de pessoal terceirizado, para realização das medidas necessárias, a fim de obter o AVCB (Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros).

Conforme bem analisado no parecer da d. PGJ (fls. 39/42):

> O agravante, frise-se, vem retardando há mais de 5 anos essas obras. Ademais, a necessidade delas, a despeito de ter sido voluntariamente reconhecida em termo de comprometimento, foi reafirmada judicialmen-

Acesso ao Sumário

te, ocasião em que se estabeleceu as medidas coercitivas ora guerreadas. Ainda, quando confirmada a r. sentença no v. acórdão proferido nos autos de origem (fls. 544/550), sequer se cogitava proporção que alcançaria da pandemia. Ou seja, era plenamente possível ao recorrente ter adimplido suas obrigações. Não o fez, contudo, sujeitando-se às consequências jurídicas das quais tinha plena ciência.

Tampouco há falar em falta de razoabilidade nas medidas sub-rogatórias impostas pelo Juízo de origem.

Isso porque o nobre Magistrado nada mais fez do que dar cumprimento à decisão judicial anteriormente exarada, determinando-se a satisfação da obrigação de fazer por intermédio de terceiros. Trata-se, aliás, de um poder-dever do Magistrado, a fim de alcançar a efetividade do processo.

Tanto assim é que o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 536, estabelece que "o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente".

Nada há, portanto, de desarrazoado na r. decisão agravada. Desarrazoada é, em verdade, a displicência da Municipalidade em adequar a estrutura de um hospital público às normas de segurança estabelecidas pelo Corpo de Bombeiros.

Por fim, o agravante está a recorrer da decisão de fls. 638, logo, não há que se analisar o que foi decidido pelo d. magistrado a fls. 632 dos autos de origem, pois não é objeto do presente recurso.

DISPOSITIVO

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2250826-80.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTÔNIO CARVALHO, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.864)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), ALVES BRAGA JUNIOR e SILVIA

Acesso ao Sumário

MEIRELLES.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2022.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Direito à saúde – Procedimento cirúrgico – Encaminhamento ao Acessa SUS – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Inexistência de documentos que comprovem a necessidade urgente da realização da cirurgia pleiteada – Apoio técnico que apesar de não ser vinculante poderá subsidiar o pleito do autor – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antonio Carvalho contra a r. decisão trasladada a fls. 36/37 proferida nos autos de ação de obrigação de fazer ajuizada contra o Estado de São Paulo, por meio da qual determinou-se o encaminhamento do pleito autoral ao Projeto Acessa SUS.

Sustenta o agravante, em síntese, que há comprovação da urgência no tratamento cirúrgico pleiteado, de modo que a tutela provisória de urgência merece ser deferida em atendimento ao direito à saúde e ao princípio da dignidade da pessoa humana independente de prévia consulta ao Acessa SUS.

O recurso foi processado sem outorga de efeito ativo (fls. 40/41).

Foi apresentada contraminuta (fls. 48/52).

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 56/58).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento e nego-lhe provimento.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, registre-se que o presente recurso comporta limites, pois não se pode adentrar a análise do mérito do pedido, mas apenas da correção, ou não, da r. decisão proferida.

Não se nega que a saúde é direito de todos e dever do Estado, em todas as suas esferas (art. 196 da CF/88).

Com efeito, o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

No entanto, ao menos sob um exame perfunctório, não se vislumbra que a documentação médica apresentada indica a realização de procedimento cirúr-

gico.

Extrai-se dos documentos acostados aos autos que o agravante apresenta estenose de uretra e está em uso de cistostomia, com trocas mensais e em acompanhamento junto ao ambulatório do Hospital Municipal de Jaguariúna.

Consta a fls. 33 tão somente encaminhamento para urologia, para avaliação de cistoscopia e uretrotomia interna, o que não é subsídio suficiente para a pretensa concessão da tutela provisória.

Vale dizer, não consta guia médica com prescrição para cirurgia e não há outro documento que demonstre a imediata necessidade desse procedimento. Ademais, o paciente vem recebendo tratamento na rede pública conforme documentos da Secretaria de Saúde do Município de Jaguariúna (fls. 30/34).

Desse modo, o encaminhamento da solicitação médica ao Projeto Acessa SUS, que fornece apoio técnico aos Magistrados, mostra-se medida admissível para, conforme bem ponderou a MM. Juíza *a quo*, "*permitir ao paciente ou representante melhor aparelhar sua pretensão, além de permitir ao Juiz da causa o exame da razoabilidade e da legalidade do ato administrativo*."

Destarte, nada há que se reparar na r. decisão.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***nego provimento*** ao agravo de instrumento.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2169099-02.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FORUSI FORJARIA E USINAGEM LTDA, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.624)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 6 de dezembro de 2021.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU À EXECUTADA A COMPLEMENTAÇÃO DA GARANTIA DO JUÍZO COMO CONDIÇÃO HÁBIL À ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO INCIDENTAL, EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 16, § 1º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS – RECURSO EXCEPCIONALMENTE ADMITIDO CONFORME PRECEITO VINCULANTE FIRMADO PELO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO TEMA 988, EM REGIME DE RECURSOS REPETITIVOS – MÉRITO RECURSAL – DESCABIMENTO DA PRETENSÃO EM RAZÃO DO DECIDIDO PELA TURMA ESPECIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO TEMA 30 DO IRDR 2020356-21.2019.8.26.0000 – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto por Forusi Forjaria e Usinagem Ltda. contra os termos da r. decisão monocrática de págs. 280/294 que, com fulcro nos arts. 932, IV c.c. 985, I, CPC, negou provimento liminar a recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que, em sede de ação incidental de embargos opostos à execução fiscal promovida pela FESP, determinou ao interessado que providenciasse a garantia integral do juízo à luz do entendimento firmado por esta Corte de Justiça no IRDR 2020356-21.2019.8.26.0000 (Tema 30), segundo o qual: *O recebimento dos embargos à execução fica condicionado à garantia integral do juízo, nos termos do art. 16, parágrafo 1º, da Lei 6.830/80.*

Consoante os termos da r. decisão monocrática – que admitiu o recurso de agravo de instrumento com fulcro no entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 988 (rol mitigado) –, o *decisum* recorrido está corretamente respaldado no entendimento firmado por esta Corte de Justiça no IRDR 2020356-21.2019.8.26.0000 (Tema 30) que, à luz do disposto no art. 985, I, CPC, é dotado de força vinculante.

Em síntese, sustenta a agravante a inaplicabilidade da tese firmada no referido IRDR 2020356-21.2019.8.26.0000 (Tema 30) ao caso concreto visto que pretende a aplicação do art. 914, CPC, que prevê a possibilidade de oposição

Acesso ao Sumário

dos embargos do devedor independentemente de penhora, depósito ou caução. Argumenta que o art. 16 da LEF não dispõe expressamente sobre a exigência de garantia integral do juízo, reputando-se, pois, violado o princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV e LV, CF), assim como a decisão proferida pelo STJ no REsp nº 1.487.772-SE. Reitera o entendimento firmado pelo STF nas Súmulas Vinculantes nºs 21 e 28, sem prejuízo de que não possui capacidade econômico-financeira para garantir integralmente o débito de R$ 38.467.350,22.

Tempestivo, o recurso foi contra-arrazoado (págs. 22/28).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Cuida-se, inicialmente, de recurso de agravo de instrumento interposto por Forusi Forjaria e Usinagem Ltda. contra os termos da r. decisão interlocutória de págs. 231 e 262/263 que, em sede de ação incidental de embargos opostos à execução fiscal que lhe promove a Fazenda do Estado de São Paulo, determinou-lhe que providenciasse a garantia integral do juízo da execução fiscal, no prazo de 15 dias.

Consoante a MM. Juíza, os embargos exigem a garantia integral da execução conforme preceitua o art. 16, § 1º LEF e a tese firmada no Tema 30 (IRDR 2020356-21.2019.8.26.0000), segundo a qual: "*O recebimento dos embargos à execução fiscal fica condicionado à garantia integral do juízo, nos termos do art. 16, parágrafo 1º, da Lei 6.830/80*". Mais precisamente, os embargos à execução exigem juízo garantido, mas a parte também pode discutir a exigibilidade do crédito por meio de ação de conhecimento que não exige garantia desse jaez.

Observa-se, entrementes, a concessão da gratuidade da justiça em prol da agravante, em primeiro grau de jurisdição, no âmbito do *decisum* agravado.

Em síntese, sustentou a agravante que ajuizou ação de embargos vinculada à Execução Fiscal – Processo nº 1506193-17.2020.8.26.0014, que visa a cobrança de R$ 38.467.350,22-, questionando na demanda incidental: i) a existência de valores referentes a PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS, o que extrapola os limites constitucionais ofendendo os princípios da isonomia tributária, da vedação ao confisco e à capacidade contributiva; ii) ilegalidade na exigência de juros de mora sobre a multa a partir do fato gerador da obrigação principal, implicando infringência aos arts. 161 CTN; art. 85, § 9º e art. 96, II, § 2º da Lei Estadual nº 6.374/89 e art. 565, II, RICMS, que determinam que os juros de mora sobre a multa devem ser exigidos tão somente a partir do segundo mês subsequente à data da lavratura do AIIM e, iii) a exorbitância da multa de mora.

Com este quadro, aduziu que o art. 16 da LEF não dispõe expressamente que a garantia do juízo da execução deva ser integral para fins de oposição

Acesso ao Sumário

de embargos à execução. Ponderou que ofertou debêntures da Petrobrás sob a rubrica de garantia do juízo, ao passo que não possui capacidade econômico-financeira para garantir integralmente a execução fiscal: com efeito, sequer a agravante FESP logrou êxito no bloqueio de valores e bens, senão apenas e tão somente do montante de R$ 294,71 aos 24/03/2021, o qual foi declarado penhorado, justificando, por conseguinte, a propositura da demanda em apreço.

Sinalizou também que o art. 914 CPC prevê a possibilidade de oposição de embargos do devedor independentemente de penhora, depósito ou caução, impondo-se, destarte, o provimento do recurso a fim de que seja sanada a contradição entre a aplicação do art. 16, § 1º da LEF e o indigitado art. 914 CPC, bem como recepcionados os embargos à execução independentemente de penhora.

Pugnou, assim, o provimento do recurso a fim de que a r. decisão recorrida fosse reformada.

Com este quadro, o recurso foi admitido (Tema 988 STJ) e liminarmente desprovido por este Relator com fundamento nos arts. 932, IV c.c. 985, I, CPC, nos seguintes termos:

"(...)

Como cediço, os requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento devem estar em consonância com o diploma de regência – Lei Federal nº 13.105/15 – questão de direito intertemporal decidida pelo Plenário do C. STJ no Enunciado Administrativo nº 3 do C. STJ, nos seguintes termos: "*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.*" [1].

Desse modo, o Código de Processual Civil prevê em "*numerus clausus*" os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada, *in verbis:*

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos em-

1 Sessão do dia 09/03/2016.

Acesso ao Sumário

bargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

(destaques e grifos nossos)

Postas estas considerações iniciais, **não passa despercebido que a r. decisão interlocutória recorrida –** *que, como cediço, determinou à ora embargante que providenciasse a integral garantia do juízo da execução à luz do entendimento firmado pela Turma Especial desta Corte de Justiça no IRDR nº 2020356-21.2019.8.26.0000), Tema 30* – **não se insere no rol do art. 1.015 e respectivo parágrafo único, CPC, razão pela qual não poderia, em tese, ser impugnada por meio de agravo de instrumento.**

Todavia, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos recursos representativos da controvérsia REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520, ambos de Mato Grosso, em sede de recursos repetitivos, **Tema 988**, firmou o seguinte entendimento: "*O rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*".

Referida decisão teve os seus efeitos modulados "*a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão*", ou seja, 19/12/2018, para o fim de "*proporcionar a necessária segurança jurídica*", segundo a Relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI (CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018).

Transcrevo abaixo a ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art.

1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos

Acesso ao Sumário

especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

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

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

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

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

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

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

9- Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1704520/MT e REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018) (destaques nossos)

Acesso ao Sumário

Posto isso, tenho para mim que a tese firmada pelo STJ no Tema 988/ STJ aplica- se ao caso concreto não somente porque a r. decisão interlocutória recorrida foi proferida aos 21/05/2021, ou seja, posteriormente à conclusão do julgamento dos recursos repetitivos representativos de controvérsia.

Com efeito, aquela Corte Superior recentemente referendou-o no julgamento do Recurso Especial nº 1.682.120 RS, ocasião em que também reafirmou a jurisprudência daquele Tribunal no sentido de que a recorribilidade das decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento aplica-se apenas e tão somente ao processo de execução, e não aos embargos a ela opostos justamente porque referida modalidade de ação possui natureza de ação de procedimento comum, de caráter incidental, logo submetida à hipótese de recorribilidade versada no art. 1015, *caput* e incisos (taxatividade mitigada).

Se não, veja-se o aresto adiante transcrito:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINA A EMENDA À PETIÇÃO INICIAL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO PARA PERMITIR A INCLUSÃO DE MEMÓRIA DE CÁLCULO ATUALIZADA PELO EMBARGADO. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO DE CONHECIMENTO INCIDENTAL. RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS POR MEIO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE SE SUBMETE AO REGIME PREVISTO NO ART. 1.015, INCISOS, DO CPC/15. INAPLICABILIDADE DO REGIME RECURSAL QUE ORIENTA O PROCESSO DE EXECUÇÃO E, CONSEQUENTEMENTE, DO ART. 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015.

1- Ação proposta em 25/05/2016. Recurso especial interposto em 16/03/2017 e atribuído à Relatora em 26/07/2017.

2- O propósito recursal consiste em definir se é recorrível, de imediato e por meio de agravo de instrumento, a decisão interlocutória que permite a emenda à petição inicial de embargos à execução de título extrajudicial, ao fundamento de que todas as decisões interlocutórias seriam imediatamente recorríveis por força do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015.

3- O novo sistema de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias instituído pelo CPC/2015 estabeleceu dois regimes recursais distintos: (i) o previsto no art. 1.015, caput e incisos, que se aplica aos processos na fase de conhecimento; (ii) o previsto no art. 1.015, parágrafo único, que excepciona a regra geral e prevê a ampla recorribilidade das interlocutórias nas fases subsequentes à cognitiva, no processo de execução e na ação de inventário e partilha.

4- Dado que natureza jurídica dos embargos à execução é, conforme remansosa doutrina e jurisprudência, de ação de conhecimento incidental, a ele se aplica a regra de recorribilidade das interlocutórias prevista no art. 1.015, *caput* e incisos, não havendo justificativa lógica ou teórica para equiparar os embargos à execução ao pro-

Acesso ao Sumário

cesso de execução, na medida em que nessa ação de conhecimento incidental se resolverá em sentença, de modo que a maioria das questões incidentes – como a legalidade ou não da emenda à inicial dos embargos à execução – poderá, em princípio, ser suscitada na apelação ou em suas contrarrazões.

5- Recurso especial conhecido e desprovido

(REsp 1682120/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019)

(destaques e grifos nossos).

Em sendo assim, submetem-se as decisões interlocutórias proferidas em embargos à execução à plausibilidade ou não de taxatividade mitigada versada no Tema 988, em regime de recursos repetitivos.

Nesse sentido também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ESTABELECEU CRITÉRIOS DE CÁLCULOS À CONTADORIA E INDEFERIU JUNTADA DE DOCUMENTOS. ART. 1.015 DO CPC. TAXATIVIDADE MITIGADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.015 DO CPC.** RECURSO IMPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se é cabível o agravo de instrumento contra decisão interlocutória, proferida em embargos à execução, que estabeleceu os parâmetros para o cálculo a ser realizado pela contadoria judicial, bem como indeferiu a juntada de novos documentos.

2. Este Tribunal Superior definiu, por sua Corte Especial, a seguinte tese repetitiva no Tema 988/STJ: "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação."

3. Na espécie, o estabelecimento de critérios para a contadoria judicial confeccionar os cálculos e o indeferimento de nova juntada de documentos não se enquadram na hipótese de cabimento do agravo de instrumento prevista no inciso II do art. 1.015 do CPC.

4. A primeira questão envolve comando direcionado à aferição do *quantum debeatur* pelo órgão auxiliar do juízo, cujos cálculos somente podem vir a ser homologados, decidindo definitivamente o mérito, na ocasião da prolação da sentença. Além disso, entendimento em sentido contrário poderia causar enorme tumulto processual, pois, a cada decisão interlocutória proferida nos embargos, seria cabível um novo agravo de instrumento, desmembrando a solução da lide em diversos recursos autônomos.

5. A segunda questão, por sua vez, envolve produção probatória, que também não pode ser classificada, de forma alguma, como decisão que

Acesso ao Sumário

resolve o mérito.

6. Também não subsiste a tese de que a decisão seria recorrível de imediato por ter sido proferida em liquidação de sentença. Isso porque o processo de embargos à execução é ação de conhecimento incidental à execução, de modo que a ele se aplica o regime da taxatividade mitigada, e não o disposto no parágrafo único do art.1.015 do CPC. Precedentes.

7. Não há, na hipótese, nenhum prejuízo à parte pelo não conhecimento do agravo de instrumento interposto na origem, haja vista que as questões nele tratadas podem ser suscitadas em eventual apelação ou contrarrazões.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1788769/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 17/11/2020)

(destaques nossos)

Pois bem. Como dito alhures, a presente insurgência recursal atrela-se a decisum interlocutório que determinou à embargante, ora agravante, a integralização da garantia do juízo da execução que, como cediço, foi erigido pelo legislador pátrio como requisito de admissibilidade da ação de embargos à execução fiscal, sem prejuízo do entendimento firmado no IRDR nº 020356-21.2019.8.26.0000 (Tema 30), pela Turma Especial deste Tribunal de Justiça.

Sobredita circunstância, a meu ver, justifica a admissibilidade do recurso de agravo de instrumento mediante aplicação, ao caso concreto, dos critérios de taxatividade mitigada (Tema 988/STJ), posto que inviável à parte interessada aguardar eventual sentenciamento do feito a fim de suscitar a quaestio no bojo de eventuais razões recursais.

Admitido o recurso, impõe-se, contudo, o correlato desprovimento liminar na esteira do art. 932, IV, "c" CPC.

E isto porque, à evidência, **a ora agravante maneja recurso contra decisão interlocutória corretamente respaldada em entendimento firmado por esta Corte de Justiça em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, *in casu*, no IRDR** nº 2020356-21.2019.8.26.0000, Tema 30, segundo o qual: "*O recebimento dos embargos à execução fica condicionado à garantia integral do juízo, nos termos do art. 16, parágrafo 1º da Lei 6.830/80*".

De se aquilatar que, na esteira do art. 985, I, CPC, uma vez julgado o incidente de resolução de demandas repetitivas, a correlata tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal e/ou juizado especial correspondente, transmudando-se, pois, preceito de força vinculante.

Em sendo assim, considerando-se que a r. decisão interlocutória recorrida amolda-se ao entendimento firmado no indigitado IRDR em comento, outra alternativa não socorre a este Relator senão negar provimento liminar ao recurso, ex vi do disposto no art. 932, IV, "c" c.c. art. 985, I, CPC".

Acesso ao Sumário

Inconformada, a agravante interpôs agravo interno.

Postas estas considerações iniciais, tenho para mim que o recurso não comporta provimento.

Com efeito, dispõe o artigo 16, incisos I e III, § 1º da Lei de Execuções Fiscais:

> "Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:
>
> I - do depósito;
>
> (...)
>
> III - da intimação da penhora.
>
> § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução."
>
> (destaques e grifos nossos).

Como sói entrever, exsurge da norma de regência exigência expressa para oposição de embargos, assim entendida a garantia do juízo, admitindo-se, destarte, que o executado possa ajuizar ação incidental desse jaez ainda que a segurança do juízo não seja integral porquanto possível se mostra o reforço ou a complementação da penhora, nos termos do art. 15, II, da Lei de Execuções Fiscais.

Todavia – e aqui reside o ponto nodal ao deslinde da questão – a penhora exaurida na lide executiva corresponde à quantia ínfima relativamente ao montante exequendo. Neste sentido, veja-se o protocolo de bloqueio de ativos financeiros exaurido em primeiro grau de jurisdição aos 04/03/2021 (págs. 199/201 dos presentes autos recursais), de cujo conteúdo entrevê-se a constrição de *quantum* equivalente a R$ 294,71.

Por outro lado, não é demais aquilatar que, por tratar-se de norma especial, as disposições da Lei Estadual nº 6.830/80 prevalecem sobre a regra geral do artigo 914, CPC, cuja aplicação é meramente subsidiária, em atenção ao princípio processual da especialidade.

Diga-se de passagem, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.272.827/PE, em regime de recursos repetitivos, reafirmando sobredito princípio, também firmou entendimento de que dispositivo do Código de Processo Civil que dispensa a garantia como condicionante dos embargos não se aplica às execuções fiscais, *in verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. **APLICABILIDADE DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPA-**

Acesso ao Sumário

RAÇÃO (PERICULUM In MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL. (...)

6. **Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.**

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. (...)"

(REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013).

(destaques nossos)

E não é só.

Referido entendimento, como já asseverado na r. decisão recorrida, identicamente restou corroborado no julgamento do IRDR nº 2020356-21.2019.8.26.0000 – Tema 30, ocasião em que a Turma Especial de Direito Público desta Corte de Justiça decidiu o quanto segue:

"Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Possibilidade ou não de recebimento dos embargos à execução fiscal independentemente da garantia integral da dívida. A disposição expressa do parágrafo 1º do art. 16 da Lei de Execuções Fiscais não dá margem à interpretação cuja aplicação busca o requerente. Exige-se a garantia integral do débito para admissão dos embargos do devedor, conforme disposição expressa do parágrafo 1º do art. 16, o qual deve ser interpretado literalmente**. O precedente do E. STJ apontado na inicial (REsp 1.229.532/SP) não tem o alcance pretendido, a um porque a tese fixada pela Corte Superior não guarda relação direta com o caso concreto, e a dois pela ausência de caráter vinculante, posto que anterior à vigência do Novo CPC. **A segurança do juízo é condição de procedibilidade dos embargos à execução, sequer se cogitando de sua admissão antes de garantido o juízo. Ausência de óbice ao acesso jurisdicional**. Insurgências fundamentadas em matéria de ordem pública que podem ser aduzidas pela via da exceção de pré-executividade, sem necessidade de garantia prévia. ***Fixada a tese: O recebimento dos embargos à execução fiscal fica condicionado à garantia integral***

Acesso ao Sumário

***do juízo, nos termos do art. 16, parágrafo 1º, da Lei 6.830/80*" –** Aplicação ao caso concreto: Sentença de rejeição liminar mantida Recurso desprovido.

(TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2020356-21.2019.8.26.0000; Relator: Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 26/06/2020; Data de Registro: 27/07/2020).

(destaques nossos)

Precedentes desta Corte de Justiça:

Apelação Cível – **Embargos à Execução – Contra decisão que indeferiu a petição inicial, ante o teor do artigo 16, da Lei 6830/80 – Garantia da execução – Descabimento da pretensão – Aplicação do Tema 30 do IRDR deste E. TJSP** – Sentença mantida. Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Cível 5000127-20.2014.8.26.0014; Relator: Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 17/11/2021; Data de Registro: 17/11/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA INSUFICIENTE – R. decisão que recebeu os embargos à execução fiscal, afastando a exigência da garantia integral do juízo – Pretensão de reforma – Possibilidade – Ausência de garantia do juízo verificada – Falta de pressuposto específico de admissibilidade dos embargos à execução fiscal, nos termos do artigo 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80 – Entendimento firmado no IRDR 2020356-21.2019.8.26.000 – Rejeição de rigor – Precedentes** – Reforma da r. decisão – Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 3005498-94.2021.8.26.0000; Relatora: Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Ibaté - Vara Única; Data do Julgamento: 17/11/2021; Data de Registro: 17/11/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Ausência de garantia integral do juízo – Recebimento dos embargos que não se mostra possível, a teor do artigo 16, §1º, da Lei nº 6.830/80 – Tese jurídica firmada no julgamento do IRDR nº 2020356-21.2019.8.26.0000 (Tema 30), de natureza vinculativa – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça** – Decisão mantida – Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2194248-97.2021.8.26.0000; Relator: Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 27/10/2021; Data de Registro: 28/10/2021).

(destaques nossos)

Acesso ao Sumário

Em sendo assim, considerando-se estritamente o caráter vinculativo da decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas supramencionado (art. 985, I, CPC), de um lado, e de outro, a inexistência de garantia da execução (ou garantia ínfima), outra alternativa não socorre a este Relator senão manter a r. decisão monocrática recorrida, por seus lídimos fundamentos.

Eventuais embargos declaratórios opostos em face deste acórdão poderão ser julgados em sessão virtual, consoante o disposto na Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial desta Corte Bandeirante, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003946-38.2016.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante JAIME ALVES DA SILVA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SUMARÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, em julgamento prolongado, por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencidos o 2º Juiz e a 3ª Juíza, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.994)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), MÔNICA SERRANO, REZENDE SILVEIRA e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 22 de outubro de 2021.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à execução – Taxas de 2007 a 2011. Pressuposto processual específico previsto no artigo 16, § 1º da LEF. Inaplicabilidade do artigo 914 do CPC. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação (fls. 136/139) em face de sentença (fls. 132) que julgou liminar-

mente embargos à execução fiscal[1], ajuizada para cobrança de taxas dos exercícios de 2007 a 2011, diante da ausência de garantia do Juízo, nos termos do artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80.

Insiste no mérito dos embargos, e pleiteia reforma, com consequente prosseguimento do feito independente da realização de penhora.

Recebido (fls. 140), sem contrarrazões (fls. 143), determinou-se imediato julgamento.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A garantia do Juízo constitui pressuposto processual específico dos embargos à execução fiscal, nos termos do § 1º, do artigo 16, da Lei 6.830/80:

"Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução".

Ressalte-se inaplicável o disposto no artigo 914 do Código de Processo Civil, que não exige tal condição para oposição de embargos do devedor, tendo em vista o princípio da especialidade da Lei de Execução Fiscal, que prevê dispositivo específico sobre a questão, como visto acima.

Portanto, a prévia garantia da execução configura pressuposto necessário ao processamento dos embargos.

Tal implica rejeição liminar dos embargos, confirmando-se a sentença atacada.

Posto isso, **nega-se provimento** ao apelo.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 20.455)

Respeitado o entendimento da douta maioria, ouso divergir, pois entendo ser o caso de **provimento** do recurso.

Com efeito, em se tratando de pessoa física nitidamente hipossuficiente e beneficiária da justiça gratuita (vide documentos de fls. 16/22), possível o recebimento dos embargos do devedor sem a exigência da garantia prevista na Lei nº 6.830/80. Ainda, a alegação de ausência de fato gerador em razão de o executado estar preso e do imóvel ter sido vendido milita em favor da mitigação da norma, haja vista que o óbice em questão e a indisponibilidade da quantia eventualmente oferecida em garantia atentariam contra os princípios da eficiência e celeridade processuais. Confira-se, outrossim, recente precedente do STJ sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVE-

1 Processo nº 0519144-22.2009.8.26.0604, valor em 23/10/2009: R$ 1.008,27.

Acesso ao Sumário

*DOR. EXECUTADO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA. EXAME. GARANTIA DO JUÍZO. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2 - STJ). 2. Os embargos são o meio de defesa do executado contra a cobrança da dívida tributária ou não tributária da Fazenda Pública, mas que "não serão admissíveis... antes de garantida a execução" (art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80). 3. No julgamento do recurso especial n. 1.272.827/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção sedimentou orientação segunda a qual, "em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736 do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal." **4. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, resguarda a todos os cidadãos o direito de acesso ao Poder Judiciário, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, CF/88), tendo esta Corte Superior, com base em tais princípios constitucionais, mitigado a obrigatoriedade de garantia integral do crédito executado para o recebimento dos embargos à execução fiscal, restando o tema, mutatis mutandis, também definido na Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.127.815/SP, na sistemática dos recursos repetitivos. 5. Nessa linha de interpretação, deve ser afastada a exigência da garantia do juízo para a oposição de embargos à execução fiscal, caso comprovado inequivocadamente que o devedor não possui patrimônio para garantia do crédito exequendo**. 6. Nada impede que, no curso do processo de embargos à execução, a Fazenda Nacional diligencie à procura de bens de propriedade do embargante aptos à penhora, garantindo-se posteriormente a execução. **7. Na hipótese dos autos, o executado é beneficiário da assistência judiciária gratuita e os embargos por ele opostos não foram recebidos, culminando com a extinção do processo sem julgamento de mérito, ao fundamento de inexistência de segurança do juízo**. 8. Num raciocínio sistemático da legislação federal aplicada, pelo simples fato do executado ser amparado pela gratuidade judicial, não há previsão expressa autorizando a oposição dos embargos sem a garantia do juízo. **9. In casu, a controvérsia deve ser resolvida não sob esse ângulo (do executado ser beneficiário, ou não, da justiça gratuita), mas sim, pelo lado da sua hipossuficiência, pois, adotando-se tese contrária, "tal implicaria em garantir o direito de defesa ao "rico", que dispõe de patrimônio suficiente***

Acesso ao Sumário

para segurar o Juízo, e negar o direito de defesa ao "pobre". *10. Não tendo a hipossuficiência do executado sido enfrentada pelas instâncias ordinárias, premissa fática indispensável para a solução do litígio, é de rigor a devolução dos autos à origem para que defina tal circunstância, mostrando-se necessária a investigação da existência de bens ou direitos penhoráveis, ainda que sejam insuficientes à garantia do débito e, por óbvio, com observância das limitações legais. 11. Recurso especial provido, em parte, para cassar o acórdão recorrido.* (REsp 1487772/SE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 12/06/2019). Grifou-se.

Não bastasse, a facilidade de constatação da veracidade do argumento invocado – contribuinte preso ao momento do fato gerador – não atrai prejuízo para a embargada e sujeita a embargante, caso vencida, aos ônus da sucumbência. Impende, destarte, em obediência à garantia constitucional do acesso à justiça, que se sejam recebidos os embargos da devedora para análise da alegação de ausência de fato gerador.

Do exposto, pelo meu voto, **dava provimento** ao recurso para que fossem recebidos os embargos à execução sem a exigência de garantia.

MÔNICA SERRANO, 3ª Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050595-26.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPRE BARATO RODAM COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

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 31.219)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), ALIENDE RIBEIRO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: APELAÇÃO – PROCON – MULTA ADMINISTRATIVA – BASE DE CÁLCULO – Empresa, autuada pelo PROCON, que se insurge contra o cálculo da multa administrativa que lhe foi impos-

Acesso ao Sumário

ta – Improcedência da ação decretada em primeira instância – Inconformismo da empresa autora – Não acolhimento – Presunção de veracidade e legalidade do ato administrativo não infirmada nos autos – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação (fls. 165/170) interposto por COMPRE BARATO RODAM COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., contra a r. sentença de fls. 155/161, na qual o Juízo *a quo* julgou improcedente a pretensão formulada pela empresa autora.

Inconformada, relata a existência de protesto no valor atualizado de R$ 24.006,50, concernente à multa aplicada pela Agravada, no bojo do Processo Administrativo nº 1.316/19, correlato ao Auto de Infração nº 1.634, série B1. Alega que a penalidade pecuniária teve por base de cálculo suposto faturamento de R$ 17.244.500,00, montante estimado pela Agravada. Esclarece que aludido numerário está divorciado da realidade, inexistindo documentação fiscal comprobatório da referida quantia. Argumenta ser injusta, arbitrária e desproporcional a indigitada multa. Cita precedentes.

Sustenta, para fixação da sanção, a observância do porte econômico, do prejuízo eventualmente causado e da vantagem auferida. Aduz, ainda, que a gradação da multa deve ter por esteio critério objetivo consistente no valor médio da receita bruta dos últimos 3 meses antes da autuação, nos termos do art. 32 da Portaria Normativa nº 26 do Procon/SP. Frisa ser estabelecimento de pequeno porte, sem histórico reincidente. Pugna pelo provimento de seu apelo, com a consequente inversão do julgado.

Contrarrazões às fls. 176/188.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação recursal não comporta acolhimento.

Com efeito, mesmo após cumpridas as etapas da instrução processual, não é possível infirmar a presunção de veracidade e legalidade dos atos e das declarações emanadas do PROCON, sobretudo no que toca aos documentos de fls. 82 e 84/85 e aos aclaramentos apresentados em contrarrazões.

A propósito, de acordo com o consignado pelo PROCON à fl. 142:

"...O Demonstrativo de Cálculo acostado à fl. 11 do processo administrativo (fl. 85 dos autos principais) detalha todos os critérios utilizados para a correta dosimetria da penalidade, nos termos do referido art. 4º da Lei

Acesso ao Sumário

Estadual nº 14.592/11. O demonstrativo aponta (i) a receita estimada da autora (R$17.244.500,00, valor igual a 650.000 UFESPs), (ii) o não enquadramento da autora no Simples Nacional e (iii) a capitulação legal da infração, qual seja, art.2º, §2º da Lei Estadual nº 14.592/11.Assim, com base nesses critérios, foi devidamente aplicada a multa, no valor equivalente a 750 UFESPs, com fundamento no art. 4º, II, b do referido diploma legal..."

Como é cediço, não se olvida a importância e a abrangência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como mandamentos nucleares do ordenamento jurídico pátrio. Nesse ponto, é de se salientar que o princípio da razoabilidade está expressamente previsto na Constituição do Estado de São Paulo como norteador da conduta da Administração Pública na seara paulista. Veja-se:

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.

Ocorre, todavia, que no caso dos autos, não se vislumbra violação aos aludidos princípios no cálculo da penalidade pecuniária imposta.

Conforme se verifica no caso em concreto, a imposição observou estritamente os critérios impostos pelo artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor e minudenciados pelas Portarias Normativas nº 45/15 e nº 33/09, à luz da legislação de regência, conforme o que se lê nos suficientes fundamentos inscritos no bojo da manifestação técnica proferida pelo ente administrativo, na qual se levou em consideração o porte econômico da apelante e a gravidade da infração perpetrada para a fixação da devida reprimenda.

Mister consignar, nesse aspecto, que esse E. Tribunal de Justiça já rejeitou a alegação de inconstitucionalidade Portarias nº 45/15 do PROCON, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0266701-76.2011.8.26.0000. Confira-se:

"CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº ***26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a sarem aplicadas pala Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada."***

(TJ-SP, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, Órgão Especial, DJe. 12/04/2012).

Em relação à condição econômica, dispõe o art. 32, *caput*, da Portaria nº 33/09 do PROCON:

Acesso ao Sumário

Art. 32. A condição econômica do autuado será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo Procon-SP.

O PROCON utilizou a receita estimada ante a ausência de informações precisas da apelante a esse respeito, o que deve ser imputado à própria recorrente, ao deixar de fornecer tempestivamente tais dados em âmbito administrativo.

Como é cediço, o ato administrativo em questão goza 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, "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" (MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". 44ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo, Malheiros, 2020, p. 161).

Ainda, segundo o artigo 373, inc. I, do Código de Processo Civil, a autora teria o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, *in casu*, o ônus de demonstrar seu faturamento dos meses supracitados, nos termos da legislação pertinente vigente à época dos fatos.

Destarte, como a apelante, *in casu*, não trouxe documentação capaz de desconstituir a estimativa realizada pelo PROCON, que deve prevalecer a presunção de legalidade e veracidade inerente aos atos administrativos.

Nesse sentido, assim discorreu o nobre Juízo de origem, consoante a seguir se demonstra:

"*...Além do que se tomou por suficiente em sede liminar, amadureceu o feito no curso do procedimento. De fato, a autora em oportunidade de emenda ofereceu cópia do processo administrativo, o que enfim permitiu examinar com mais vagar a autuação e a multa. Pondero sobre isso. Naquilo que se constata por oportunidade da autuação, não havia documentos que comprovassem receita, de forma que após consulta ao SIMPLES NACIONAL se procedeu a estimativa de receita bruta, confira-se fls. 81 e 82, tudo conforme Lei 14.592/11 e Decreto 57.524/2011. Existe, ademais, demonstrativo de cálculo de multa em fls. 85. Tudo corretamente lançado. Anote-se, finalmente que a estimativa administrativa pode ser elidita na forma do artigo 14 do Decreto 57.524/2011 mediante documentação pertinente em impugnação oferecida pelo autuado. No entanto, em sede administrativa, a impugnação que se seguiu foi de mérito e sobre a pena, mas não sobre a receita, o que torna a questão preclusa. De toda sorte, adveio decisão administrativa que bem se firma na autuação e*

Acesso ao Sumário

desmistifica a premissa de que haveria direito subjetivo de receber mera advertência, de modo que nada inquina o processo administrativo.

Com base nisso, passando a causa de pedir, não obstante o que já lancei desde a análise provisória, fato é que não vislumbro desproporcionalidade ou irrazoabilidade no valor da multa calculado e a estimativa de receita. A autora deve refletir que a natureza da sanção é algo que lhe cause preocupação, e não apenas algo que a conveniência lhe permita assentir. Nessa situação uma multa de cerca de R$ 19.000,00 não parece desproporcional à receita de R$ 17.000.000,00, configurando algo próximo de 1% da receita. Aliás, a desproporcionalidade que os fornecedores enxergam é apenas na CONDUTA, quando está claro na Lei que a pena deve ser PROPORCIONAL não apenas a conduta, mas a DIMENSÃO ECONÔMICA do fornecedor. Feitas essas considerações, nada convence..." (fl. 159).

Logo, desnecessário acréscimo para se concluir que o nobre Juízo monocrático deu o adequado deslinde à controvérsia, merecendo ser integralmente confirmada a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, não infirmados pelas razões recursais.

Ante o provimento do presente apelo, de rigor a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais para 11% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ressalta-se, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao desate do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixa-se consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001384-96.2020.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante ISMAEL PEREIRA, são apelados MUNICÍPIO DE LENÇÓIS PAULISTA e INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE LENÇÓIS PAULISTA - IPREM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.830)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Servidor público municipal – Pedido de indenização pelo trabalho compulsório realizado, podendo o autor já estar em gozo de sua aposentadoria – Admissibilidade – Constatado o equívoco da Administração na expedição do Perfil Profissiográfico – Previdenciário e a demora excessiva na concessão da aposentadoria pleiteada, patente o dever de indenização pelo trabalho compulsório realizado – Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal – Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta nos autos de ação visando à condenação dos réus a pagarem ao autor indenização relativa a período em que realizou trabalho compulsório, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 380/385.

Recorre o apelante (fls. 392/400) visando à reforma da r. sentença.

O recurso recebeu respostas, com preliminares arguidas pelo Município, de ausência de dialeticidade e ilegitimidade passiva (fls. 406/418 e 419/426).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o breve relatório.

Visa o autor, ex-servidor público municipal, à condenação dos réus ao pagamento de indenização pelo trabalho compulsório exercido, no período de 10/07/2015 a 03/07/2018, quando já poderia estar aposentado, em razão de erro cometido pelo Município, ao não considerar como especial o período laborado

Acesso ao Sumário

como Operador de Máquinas III, de 10/04/1990 a 28/04/1995, e da demora do IPREM para concluir o processo de aposentadoria.

A ação foi julgada improcedente.

Apela o autor pleiteando a inversão do julgado.

De início, afastam-se as preliminares aventadas.

Ainda que a argumentação na apelação não tenha sido exaustiva, o recurso rebateu os pontos principais que fundamentaram a decisão de improcedência.

Quanto a ilegitimidade passiva do Município, igualmente sem razão, ainda que seja atribuição do IPREM a concessão do benefício de aposentadoria especial (art. 13 do Decreto Executivo n. 444/2015), pois as informações contidas no Perfil Profissiográfico Previdenciário PPP são de responsabilidade do Município (item IV do PPP). E tendo a demora também se originado do equívoco dessas informações, incabível a alegação de ilegitimidade.

Refutadas as preliminares, passa-se a análise do mérito recursal.

De proêmio, insta salientar que a ausência de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial não é óbice a obtenção do benefício.

Consagra a Constituição da República, ao servidor público, o direito à aposentadoria especial decorrente de atividade em condições insalubres, estabelecido em seu art. 40, § 4.º, inciso III. Contudo, tratando-se de norma de eficácia limitada, seu exercício depende de edição de lei complementar a garantir a sua efetividade.

Com efeito, o direito à aposentadoria especial, à míngua da existência de regulamentação específica ao referido regramento constitucional, foi reconhecido pelo Excelso Pretório mediante aplicação subsidiária do regramento contido no Regime Geral de Previdência Social (art. 57 da Lei n.º 8.213/91), nos autos do Mandado de Injunção nº 721/DF, julgado em 30/08/2007, por votação unânime, tendo como Relator o Eminente Ministro MARCO AURÉLIO, cuja ementa se transcreve:

> *MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.*
>
> *MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.*
>
> *APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS –*

Acesso ao Sumário

PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Cumpre asseverar que o fato de não ter sido publicada lei complementar federal para regulamentar o § 4.º, do art. 40, da Constituição Federal, não mais obsta o reconhecimento do direito pleiteado, tendo em vista a edição da Súmula Vinculante n.º 33 do Supremo Tribunal Federal, que assim sedimentou a questão:

"*Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal*."

E o Colendo Órgão Especial deste Tribunal também reconheceu esse direito em inúmeros julgados e, dentre eles, destaca-se o Mandado de Injunção nº 168.144.3-0/9-00, julgado em 01.04.09, cuja ementa fica assim reproduzida:

"*Mandado de Injunção – Aposentadoria especial de servidor público, que trabalha em hospital de Universidade Estadual – Ausência de Lei Complementar Nacional disciplinando os requisitos e critérios para sua concessão. Conforme o reclamado pelo Artigo 4º, § 4º, da Constituição da República – Lei Complementar que encerra norma geral, a exemplo do que se passa com o Código Tributário Nacional – Hipótese de competência concorrente, nos termos do artigo 24, XII, da Lei Maior, sendo ela conferida supletivamente aos Estados e ao Distrito Federal que, na falta de norma geral editada pelo Congresso Nacional, podem exercer competência plena para fixar normas gerais e, em seguida, normas específicas destinadas a atender suas peculiaridades – Competência da União que, em tema de direito previdenciário, somente exsurge privativa quando se tratar de Regime Geral de Previdência Social e Previdência Privada, mas não de Previdência dos Servidores – Interpretação que se extrai do cotejo das normas dos Artigos 22, XXIII e 24, XII, da Constituição da República – Afastamento da ilegitimidade do Governador do Estado para figurar no polo passivo da presente impetração.*

Mandado de injunção – Natureza jurídica de ação mandamental, e não de mera declaração de mora legislativa – Necessidade de se dar efetividade ao Texto Constitucional – Judiciário que, ao conceder a injunção, apenas remove o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada ao caso concreto, não se imiscuindo na tarefa do Legislador – Existência de um poder-dever do Judiciário de formular, em caráter supletivo, a norma faltante – Aplicação, por analogia, para o fim de

Acesso ao Sumário

contagem de tempo para aposentadoria especial, do quanto previsto no artigo 57 da lei na 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – Precedente, em caso análogo, do Colendo Supremo Tribunal Federal (MI 721/DF) que modificou, sobremaneira, o modo de o Excelso Pretório enxergar o alcance do Mandado de Injunção, superando a timidez inicial, como referido pelo próprio Relator, Eminente Ministro Marco Aurélio – Possibilidade de concessão de efeitos erga omnes, consoante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no MI 708/DF, até porque a decisão proferida em sede de mandado de injunção não se difere daquela prolatada no exercício do controle abstrato de omissões legislativas – Necessidade de superação do Postulado Kelseniano segundo o qual as Cortes Constitucionais devem atuar como legislador negativo – Ativismo judicial que se justifica, no caso – Injunção Concedida."

Desse modo, considerando o pacífico entendimento da Corte Suprema, como também pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal, de se inferir que a ausência de norma regulamentadora não pode obstar a contagem de tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde, que confiram ao servidor à aposentadoria especial.

Considerações feitas, passa-se à análise do recurso.

O apelo merece parcial provimento.

A documentação coligida aos autos comprova o equívoco da Administração e a morosidade do IPREM em conceder a aposentadoria ao apelante.

O autor requereu aposentadoria especial em 10/07/2015 (fls. 21).

Em 23/03/2016, seu pedido foi indeferido por não haver comprovado o cumprimento dos requisitos legais (fls. 31).

Verifica-se, no Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 22/25), datado de 26/08/2015, que não constou nenhuma exposição a fatores de riscos no período de 02/05/1992 a 28/06/1999, como Operador de Máquinas.

Alegou o autor, o que foi confirmado pelo instituto previdenciário, ter sido formulado pedido de reconsideração do indeferimento, em 28/06/2017.

Outro PPP foi emitido em 18/07/2017 (fls. 28/30), em que consta a partir de 1º/05/1992 como cargo operador de máquinas, porém somente registrada a exposição a fatores de riscos a partir de 29/06/1999 (fls. 28/30). Diante de algumas incongruências, mais um PPP foi emitido em 20/02/2018 (fls. 32/34), retificando as informações, o qual, por fim, consignou desde 10/04/1990 a exposição do funcionário a fatores de riscos (fls. 32/34).

Com isso, em 27/04/2018, declarou-se que o funcionário trabalhou exposto a agentes nocivos de forma ininterrupta por 28 anos e 04 dias (fls. 35 e 36), vindo a aposentadoria especial a ser concedida, em 03/07/2018, com a edição da Portaria nº 38/2018 (fls. 40/41).

Por tudo visto, restou evidente o erro na elaboração do documento, crucial à comprovação do trabalho em condições especiais, e a demora na conclusão do processo de aposentação.

De se notar que o IPREM também confirma em sua defesa o equívoco cometido pelo Setor de Medicina do Trabalho vinculado ao Município na análise técnica da atividade especial do servidor (fls. 69).

E por mais que o servidor tenha recorrido do indeferimento (23/03/2016) somente em 28/06/2017, mesmo assim o atraso é demasiado, sendo passível de responsabilização.

O autor requereu a concessão da aposentadoria em 10/07/2015, o qual foi concedido somente em 03/07/2018 (fls. 40/41), ou seja, passados quase 3 anos do pedido.

Além de tudo, é "*vedada a concessão de abono de permanência amparado no preenchimento dos requisitos para a aposentadoria especial de que trata este Decreto*" (artigo 6º do Decreto 444/2015), o que denota o desestímulo à permanência do servidor na função, tratando-se de labor sob condições nocivas à saúde ou a integridade física.

E embora inaplicável ao caso em testilha, mas tão somente para ilustrar a morosidade da Administração, tem-se que a Constituição Estadual, em seu artigo 126, parágrafo 22, acrescido pela Emenda Constitucional nº 21, de 14/02/2006, assegura ao servidor a possibilidade de cessar o exercício da função após noventa dias do pedido de aposentadoria voluntária, tempo considerado razoável para a conclusão do processo.

Ora, a título de comparação, se para o Estado de São Paulo, constituído com um número substancial de servidores em detrimento ao Município de Lençóis Paulista, prevê a conclusão do processo de aposentadoria no prazo noventa dias, não se considera razoável, neste caso, que o benefício tenha sido concedido após quase 3 (três) anos do pedido, sem justificativa plausível, ainda que inexista prazo determinado para sua conclusão.

Portanto, resta clara a morosidade da Administração na concessão do benefício pleiteado pelo apelante, não sendo aceitável a justificativa de que o processo é complexo, uma vez que o IPREM deve se aparelhar de modo a dar cumprimento às suas obrigações, nos termos legais, e que faltava norma regulamentadora para disciplinar a aposentadoria especial de servidor, já tendo o Supremo se pronunciado sobre a matéria.

A ineficiência administrativa ficou caracterizada, prejudicando o autor.

Frisa-se que se trata de aposentadoria especial, e, por si só, o exercício da função é nociva a saúde e a integridade física ao funcionário.

Logo, o ex-servidor deve ser indenizado pelo prazo em que esteve a laborar quando já poderia estar gozando da aposentadoria, nos termos do art. 37,

Acesso ao Sumário

§ 6º, da Constituição Federal, deduzindo-se desse período: i) o lapso temporal entre a negativa à aposentadoria e o pedido de reconsideração formulado pelo autor (de 23/03/2016 a 28/06/2017), e; ii) o período compreendido entre a declaração de efetivo exercício com exposição a agentes nocivos, em 27/04/2018, e a edição da Portaria 38/2018, em 03/07/2018.

O montante da indenização deverá observar o valor mensal do benefício previdenciário à época de seu deferimento, descontados ainda eventuais afastamentos incompatíveis com a concessão da aposentadoria (faltas, licença-saúde, etc.). Tal quantia deverá ser corrigida monetariamente desde a data da concessão da aposentadoria e acrescidos de juros moratórios a partir da citação, observados os índices estabelecidos pelo E. Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 870.947/SE (Tema 810), e pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.492.221/PR (Tema 905).

Casos semelhantes foram decididos por esta C. Câmara:

Servidora Pública Estadual – Valor do benefício previdenciário – Reconhecimento do direito aos reajustes pendentes, previstos na Lei Complementar Estadual n.º 1.105/2010 – No mais, ausente demonstração de erro no cálculo do benefício – Recurso voluntário parcialmente provido, nesta parte. Pretensão à indenização por atraso da Administração Pública na concessão de aposentadoria – Admissibilidade – Não observância dos prazos estipulados nos artigos 114 e 126, § 22, da Constituição Estadual – Indenização pelo tempo em que permaneceu trabalhando quando já poderia estar aposentada – Recurso voluntário parcialmente provido, nesta parte. Critérios para atualização monetária – Aplicação da Lei Federal nº 11.960/2009 – Admissibilidade, considerada a interpretação que prevaleceu sobre a matéria, sem prejuízo de integral atenção ao desfecho da repercussão geral sobre o tema 810. Recurso parcialmente provido, com observação. (Apelação Cível nº 1018019-05.2015.8.26.0554, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. em 31.10.2016).

RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos Materiais. Pleito de aposentadoria. Administração Pública que extrapola injustificadamente o limite legal para expedição da certidão de tempo de serviço e consequentemente da concessão da aposentadoria. Falha da prestação do serviço público configurada. Demora que dá ensejo à Responsabilidade objetiva da Administração, nos termos do art. 37, § 6º da CF. Ressarcimento devido à autora pelo período que trabalhou, quando já poderia ter usufruído da aposentadoria. Consonância com os arts. 114 e 126, § 22 da Constituição Estadual. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. Danos materiais. Correção que deveria incidir desde a data em que cada parcela deveria ter sido paga. Juros de mora incidentes desde a citação. Aplicabilidade da Lei 11.960/09, desde 30.06.09 até 25/03/2015, aplicando-se,

Acesso ao Sumário

após, a correção monetária pelo IPCA-E e juros de 0,5% ao mês. Sentença esclarecida, neste aspecto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Honorários fixados em percentual que, por questão de equidade, comporta redução, nos termos do art. 20, § 4º do CPC. Sentença alterada neste aspecto. Procedência da ação mantida. Reexame necessário provido em parte mínima; improvido o recurso voluntário da Fazenda. (Apelação Cível nº 0001718-29.2014.8.26.103, Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi, j. em 28.07.2015).

E não destoam outros julgados deste E. Tribunal:

Apelação Cível – Servidora Pública – Pretensão à indenização por dano material decorrente da mora na implementação de aposentadoria voluntária causada pela emissão tardia de documento essencial (Certidão de Tempo de Contribuição - CTC) – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo para ratificação da bem fundamentada sentença em Primeiro Grau – Atraso injustificado, com repercussão concreta na esfera de direitos da servidora – Bem caracterizado o dano material decorrente da mora, adequadamente dimensionado – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1053471-51.2020.8.26.0053; Relator: Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/12/2021; Data de Registro: 06/12/2021).

Funcionalismo – servidor público municipal – demora na concessão de aposentadoria – descumprimento do artigo 101 da LOM – indeferimento administrativo do pedido – ordem concedida em mandamus não cumprida imediatamente – prazo para efetivação da aposentadoria que extrapolou em 186 dias o prazo de 60 dias fixado pela LOM – indenização devida – sentença de improcedência reformada – recurso provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1070775-97.2019.8.26.0053; Relator: Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/11/2020; Data de Registro: 20/11/2020).

Destarte, o recurso comporta parcial provimento para julgar a ação parcialmente procedente.

Decaído o autor de parte menor, fixam-se os ônus da sucumbência proporcionalmente em 1/3 para o autor e 2/3 para os requeridos, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o proveito econômico obtido por cada parte.

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.

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006758-81.2021.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO, é apelado EDUARDO HENRIQUE ARAÚJO POLON.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao reexame necessário, considerado interposto, e ao recurso voluntário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.118)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 10 de dezembro de 2021.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente. Autor ao qual foi infligida a penalidade de suspensão do direito de dirigir pelo período de seis meses, após regular procedimento administrativo, instaurado por ter atingido o limite de 20 pontos pelo cometimento de infrações de trânsito, sendo uma delas de natureza gravíssima (art. 261, inc. I, CTB). Dispositivo legal revogado pela Lei Federal nº 14.071/2020, que aumentou o limite, de 20 para 30 pontos, para suspensão do direito de dirigir, quando, dentre as infrações de trânsito, houver uma única de natureza gravíssima. Situação do autor que se enquadraria na novel legislação, não fosse o fato de o processo administrativo, que aplicou a penalidade de suspensão do direito de dirigir por seis meses, ter se encerrado anteriormente à sua entrada em vigor. Aplicação do §2º do artigo 3º da Resolução CONTRAN nº 844/2021. Sentença de procedência reformada. Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário providos, para julgar impro-

Acesso ao Sumário

cedente a ação.

VOTO

I. Procedimento de Tutela Antecipada em Caráter Antecedente ajuizado por EDUARDO HENRIQUE ARAÚJO POLON contra o DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO - DETRAN, objetivando suspender os efeitos oriundos do Procedimento Administrativo para Suspensão do Direito de Dirigir nº 8.278/2018, instaurado por força do artigo 261, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, introduzido pela Lei Federal nº 13.281/16, em decorrência do cometimento de infrações de trânsito, sendo uma delas considerada gravíssima, que ultrapassaram o limite de 20 (vinte) pontos em seu prontuário. Assinala que referido dispositivo legal foi revogado pela Lei Federal nº 14.071, de 13 de outubro de 2020, que aumentou para o limite de 30 (trinta) pontos a penalidade de suspensão do direito de dirigir, em caso de constar uma infração gravíssima. Sustenta que, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar sua situação, nos termos do inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal e do artigo 2º do Código Penal. Pede, assim, seja concedida a "*tutela provisória de urgência, em caráter antecedente, para determinar, nos termos do art. 297 do Código de Processo Civil, 'in limine' e 'inaudita altera pars', para suspender dos efeitos jurídicos irradiados pelo Processo Administrativo para Suspensão do Direito de Dirigir n. 8278/2018, inclusive eventual restrição dele decorrente;"* (textual – fls. 08).

Deferida a tutela (fls. 21/23), foi o prontuário do autor desbloqueado, conforme informação de fls. 82/83.

A r. sentença de fls. 86/88, de relatório adicionalmente adotado, tornando definitiva a liminar, julgou procedente a ação, "*para o fim de, em caráter definitivo, invalidar o Processo Administrativo para Suspensão do Direito de Dirigir nº 8278/2018, inclusive eventual restrição dele decorrente, tornando sem efeito jurídico as eventuais penalidades e/ou restrições administrativas dele emanadas*.". Carreou ao requerido o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado.

Sobreveio recurso de apelação do DETRAN. Nas razões de fls. 94/102, busca a reforma integral do julgado, alegando, em suma, não ser aplicável o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, pois: a) "*se o STF afirmou que o ato jurídico perfeito no Direito Viário é matéria infraconstitucional, não é possível sacar analogia a dispositivo da Constituição para definí-lo, devendo prevalecer o regulamento legal*." (literal fls. 97); b) a Resolução CONTRAN nº 844/21, que traz marcos temporais à eficácia da Lei Federal nº 14.071/2020, "*encontra fundamento tanto no genérico Artigo 6º da LINDB como na incidência analógica do mais condensado Artigo 106, CTN. O ato normativo, ademais, é expressão*

Acesso ao Sumário

do Poder Regulamentar e, em gênero, ato administrativo, de modo que se pressupõe a deferência ao seu conteúdo até que haja proclamação formal de sua incompatibilidade com o ordenamento." (fls. 101). Em caráter alternativo, pede sejam redistribuídos os ônus sucumbenciais.

O recurso não foi contrariado (cf. certidão de fls. 118), subindo os autos.

Este, em síntese, o relatório.

II. Dá-se provimento aos recursos oficial, este considerado interposto, nos termos do artigo 496 do Código de Processo Civil, e voluntário.

Trata-se de procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente movida contra o Detran-SP. Segundo consta, após a instauração do Procedimento Administrativo nº 8.278/2018, por força do artigo 261, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, introduzido pela Lei Federal nº 13.281/16, o autor sofreu a penalidade de suspensão do direito de dirigir pelo período de seis (06) meses, por ter ultrapasso o limite de 20 (vinte) pontos em seu prontuário. Pretende na espécie suspender os efeitos oriundos do referido procedimento, em virtude da edição da Lei Federal nº 14.071, de 13 de outubro de 2020, que aumentou para o limite de 30 (trinta) pontos a penalidade de suspensão do direito de dirigir, em caso de constar uma infração gravíssima. Sustenta que, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar sua situação, nos termos do inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal e do artigo 2º do Código Penal.

Assim passou a dispor o artigo 261 do Código de Trânsito Brasileiro na redação do novel diploma legal:

"Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta nos seguintes casos: (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

I - sempre que, conforme a pontuação prevista no art. 259 deste Código, o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a seguinte contagem de pontos: (Redação dada pela Lei nº 14.071, de 2020)

a) 20 (vinte) pontos, caso constem 2 (duas) ou mais infrações gravíssimas na pontuação; (Incluído pela Lei nº 14.071, de 2020)

b) 30 (trinta) pontos, caso conste 1 (uma) infração gravíssima na pontuação; (Incluído pela Lei nº 14.071, de 2020)

c) 40 (quarenta) pontos, caso não conste nenhuma infração gravíssima na pontuação; (Incluído pela Lei nº 14.071, de 2020)"

Consta do procedimento administrativo (PA nº 8.278/2018) instaurado contra o autor o total de 21 (vinte e um) pontos pelo cometimento de infrações de trânsito na vigência do anterior artigo 261 do CTB, sendo uma delas gravíssima. Esses registros ensejaram apenamento com a suspensão do direito de dirigir pelo período de seis meses (fls. 39 e ss.), a contar de 15.12.2019, com término em 14.06.2020 (fls. 77).

Acesso ao Sumário

A alteração do artigo 261 pela Lei Federal nº 14.071/2020 trouxe situações mais benéficas ao condutor, ao elevar o limite de 20 para 30 pontos, em caso do cometimento de uma única infração de natureza gravíssima, para fins de suspensão do direito de dirigir.

No entanto, embora se entenda aplicar-se retroativamente legislação de trânsito quando mais benéfica, consoante artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que em ampla e maior compreensão, incide em todas as normas de direito repressivo, incluídas as sanções por infração administrativa de trânsito, não se perde de vista que a novel legislação entrou em vigor após o trânsito em julgado do processo administrativo que apenou o autor com a suspensão do direito de dirigir, de modo que deve prevalecer na espécie o princípio da segurança jurídica, mantendo-se a coisa julgada administrativa.

Tal solução vê-se corroborada pela regulamentação temporal da produção de efeitos da Lei Federal nº 14.071/2021, promovida pela Resolução CONTRAN nº 844/2021, que alterou a Resolução nº 723/2018, "verbis":

"Art. 3º A penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta nos seguintes casos:

I - sempre que o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a seguinte contagem de pontos:

a) 20 (vinte) pontos, caso constem 2 (duas) ou mais infrações gravíssimas na pontuação;

b) 30 (trinta) pontos, caso conste 1 (uma) infração gravíssima na pontuação;

c) 40 (quarenta) pontos, caso não conste nenhuma infração gravíssima na pontuação.

(....)

§ 2º ***Para as infrações cometidas antes de 12 de abril de 2021, aplicam-se os limites de pontos previstos no inciso I nos casos de processos:***

I - ainda não instaurados; ou

II - instaurados, cuja instância administrativa ainda não tenha sido encerrada, nos termos do art. 290 do CTB." (sublinhou-se).

Assim a jurisprudência majoritária deste Tribunal, destacando-se:

"***RETROATIVIDADE NORMA DE TRÂNSITO MAIS BENÉFICA. Pretensão do autor, e sede de tutela de urgência, de suspensão dos efeitos jurídicos irradiados pelo Processo Administrativo para Suspensão do Direito de Dirigir n° 280/2019, inclusive eventual restrição dele decorrente e, em caráter definitivo, de condenação do réu à integralidade do pedido, notadamente a confirmação da liminar com a invalidação do processo administrativo subjacente – Lei 14.071/2020 que modificou a redação do art. 261, inciso I, do CTB, para ampliar a pontuação necessária à imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir – Diploma legal que entrou***

Acesso ao Sumário

em vigor em 12 de abril de 2021, posteriormente, portanto, à aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir ao autor – Sentença de procedência reformada – Precedentes do STJ e deste Egrégio Tribunal Inversão do ônus da sucumbência. Recurso provido." (11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1007627-44.2021.8.26.0344, Rel. o Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. 19.11.2021). Do Acórdão: "***Destarte, ainda que seja indubitável, por força constitucional, a aplicação retroativa da norma penal mais benéfica, este princípio não é extensível a todos os ramos do direito, no caso, ao direito administrativo de trânsito. Neste sentido a jurisprudência do Colendo STJ: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. APREENSÃO E SUSPENSÃO DE HABILITAÇÃO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA DE NATUREZA EMINENTEMENTE PENAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO SOMENTE NO QUE DIZ RESPEITO A CONDUTAS TIPIFICADAS ENQUANTO CRIME. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A aplicação subsidiária das normas de direito material penal se restringe "Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores" (art. 290 do CTB), e não às infrações de trânsito. Neste sentido: AgRg no REsp 1119091/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/6/2012, DJe 13/06/2012. 2. No entanto, a norma constante no art. 218, III, do Código de Trânsito Brasileiro diz respeito à infração de cunho administrativo consistente na direção em velocidade superior à máxima permitida, não sendo tipificada, naquele dispositivo, enquanto crime (os quais estão dispostos nos arts. 291 e seguintes do Código de Trânsito Brasileiro). Assim, não há que se falar na aplicação retroativa do referido dispositivo. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp 1281927/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: T2 Segunda Turma, Data do julgamento: 18 de dezembro de 2012).***"

"(....) ADMINISTRATIVO CTB APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 14.071/2020 PROCESSO ADMINISTRATIVO ENCERRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA NOVA LEI IMPOSSIBILIDADE Quanto ao pedido de aplicação retroativa da Lei nº 14.071/2020, a Resolução CONTRAN nº 732/2018, com a redação conferida pela Resolução CONTRAN nº 844/2020, autoriza a aplicação retroativa da norma benéfica apenas aos processos em trâmite após o início da vigência da lei nova Caso concreto em que o processo administrativo de suspensão do direito de dirigir se encerrou, nos termos do art. 290 do CTB, antes da vigência da lei nova Precedentes Sentença parcialmente reformada, de ofício Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido." (2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1049399-84.2021.8.26.0053, Rel. o Des. CARLOS VON ADAMEK, j. 28.10.2021).

"APELAÇÃO – Suspensão do Direito de Dirigir – Pretensão de reconhecimento da aplicação retroativa da Lei Federal nº 14.071/20, que expan-

Acesso ao Sumário

diu o limite de pontuação a ser anotada em CNH para 40, a fim de anular processo administrativo de suspensão do direito de dirigir do autor – Não incidência do princípio da nulle poena sine lege ao caso concreto, que trata de sanção de caráter administrativo, e não penal ou tributário – Aplicação, na hipótese, da regra do artigo 3º, § 2º, da Resolução CONTRAN nº 723/18 (com redação dada pela Resolução CONTRAN nº 844/21) – Processo administrativo ora questionado que já se encontra encerrado desde 2019 – Recurso provido." (1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1008069-10.2021.8.26.0344, Rel. o Des. ALIENDE RIBEIRO, j. 26.10.2021).

Assim, dá-se provimento aos recursos oficial e voluntário para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais, observada a condição do autor de beneficiário da gratuidade de Justiça, deferida a fls. 22.

III. Pelo exposto, dão provimento ao reexame necessário, considerado interposto, e ao recurso voluntário.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1048288-65.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GARDENHA MARIA DA CONCEIÇÃO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.008)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 13 de dezembro de 2021.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil. Pandemia de Coronavírus (COVID-19). Internação em leito particular. Transferência para UTI em nosocômio público obstada por ausência de vagas. Inocorrência. Ausência de liame entre o alegado dano e eventual conduta do Estado. Crise sanitária que implica situação peculiar no sistema

Acesso ao Sumário

público de saúde. Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento ter sido improcedente ação ajuizada por GARDENHA MARIA CONCEIÇÃO contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO para esta assumir as despesas hospitalares por sua internação em hospital particular, ocorrida ante a ausência de vagas na rede pública de saúde. Também buscou indenização por danos morais.

Inconformada, apela, pois não foram observados direitos constitucionais previstos nos artigos 11º, III, 5º, X, 6º, 96 e 197, também não observados os artigos 156 e 265 do Código Civil. Ademais, a saúde é direito fundamental, também previsto no artigo 2º, §1º da Lei 8.080/90. Alega que desde o início solicitou transferência para o SUS, não atendida por falta de vagas. Afirma não ter optado por ser internada em hospital particular, para o qual foi levada para consulta. Sustenta que, à época, estava em "estado de perigo" e, por desespero, sua filha assinou termo de responsabilidade pelo custeio da internação.

Recurso bem processado, respondido (págs. 1.321/1.330).

É o relatório.

No dia 14/03/2021, a autora, com queixa de tosse e dispneia há seis dias, em piora progressiva, foi levada por seus familiares ao Hospital de Clínicas de Caieiras – Amico Saúde Ltda. em busca de socorro médico.

Alega não ter sido levada a uma das unidades públicas de saúde *devido à crise sanitária que assola o País e também o mundo, e também de acordo com o noticiário, não havia vagas nos hospitais, para uma possível internação, os quais encontravam-se com falta de leitos. Assim, por medo da pandemia e para evitar uma possível infecção por Covid 19, optou por procurar um atendimento particular mediante o pagamento da consulta.*

No entanto, devido à gravidade do seu caso, foi internada, sendo diagnosticada com Coronavirus (CID B97.2). Sustenta ter solicitado vaga de UTI COVID em nosocômio público, por diversas vezes, sem sucesso.

Os gastos com sua internação e demais cuidados médicos chegaram à monta de R$ 481.246,50[1], valor que não tem condições de pagar, *sendo a sua condição social e econômica incompatível com a respectiva fatura*[2]. D'outro turno, sua filha, responsável pela internação, terá série de prejuízos podendo, inclusive, perder o emprego de bancária.

Entende ser do Estado a responsabilidade pela liberação de leitos para internação, de modo que os custos devem ser a ele repassados, em razão da falta de vaga para sua transferência de leito particular para público.

1 Entre os dias a 14/03/21 a 22/04/21 (alta na pág. 29).
2 Comprovante de aposentadoria do INSS na pág. 1.224.

Acesso ao Sumário

Por tudo quanto exposto, alega ter sofrido dano moral, *decorrente do prejuízo resultante de uma lesão a um bem juridicamente tutelado pelo direito como bem maior e de relevância máxima que é a vida e, consequentemente, a saúde, a dignidade e ao direito de ter um normal desenvolvimento físico, psicológico e moral.*

Diante desses fatos, ajuizou esta ação indenizatória por danos morais e materiais, julgada improcedente, ao fundamento de que *o pleito da autora de disponibilização de leito para internação no SUS encontrou um cenário de emergência sanitária provocada pela pandemia do novo coronavírus, situação excepcional responsável pela decretação de estado de calamidade que, em seus momentos mais agudos, praticamente inviabilizou o cumprimento do dever estatal de assistência à saúde de toda a população* (págs. 1.298/1.301).

Considerou o D. Magistrado:

> É de conhecimento geral a escassez de leitos diante da demanda decorrente do elevadíssimo número de casos diários de COVID-19 registrado nos picos de contaminação no país, inexistindo indícios de que o Estado de São Paulo tenha falhado na condução da crise sanitária e possa ser responsabilizado pela falta de leitos nos momentos mais graves da pandemia.
>
> *De fato, não é possível atribuir ao Estado responsabilidade pela indisponibilidade de leito para autora, já que a superlotação do sistema de saúde, tanto público quanto privado, se deu em razão da gravidade da pandemia e não da má gestão da Administração Pública.*
>
> *Assim, de rigor o afastamento da pretensão deduzida pela parte autora a impor a obrigação da Fazenda do Estado de suportar a assumir suas despesas hospitalares, por inexistir culpa da administração pública.*
>
> Malgrado o esforço da autora, não vejo motivo para alterar a r. sentença.

Vê-se na pág. 25 ter sido a autora admitida no Hospital de Clínicas de Caieiras em 14/03/2021, em primeira consulta no Pronto Socorro, com solicitação de internação.

No histórico constou: *recebo paciente em leito de emergência, trazida por familiares, procedente de domicílio, lúcida e orientada em tempo e espaço, queixando-se de dispnéia aos pequenos esforços, além de tosse seca. Apresenta quadro de piora há cerca de 06 dias, ainda sem ter procurado atendimento hospitalar. Hoje, por piora das queixas e por suspeita de covid-19 (teve contato com filha que foi infectada há cerca de 15 dias atrás). Nega febre, relata eliminações fisiológicas preservadas.*

A autorização de internação foi assinada pela filha da autora, Priscila Maria de Carvalho Trojillo (págs. 26/28 e 30/32).

Documentos médicos nas págs. 33/1.223, 1.230/1.231, 1.237/1.238. Re-

Acesso ao Sumário

latórios médicos/solicitação de vaga UTI COVID (transferência via CROSS) em 17/03/2021 (pág. 1.229), em 18/03/2021 (pág. 1.228), em 19/03/2021 (págs. 1.226/1.227), em 01/04/2021 (pág. 1.225), em 10/04/2021 (págs. 1.232/1.233), em 12/04/2021 (pág. 1.234), em 14/04/2021 (págs. 1.235/1.236), em 19/04/2021 (pág. 1.239/1.240), em 20/04/2021 (págs. 1.241/1.243), em 21/04/2021 (págs. 1.244/1.246).

Em retorno à solicitação da PGE, a Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde apresentou respostas às indagações:

1) Houve solicitação de transferência no portal CROSS?

A paciente Gardênia Maria da Conceição teve 8 solicitações de regulação direcionadas à Central Estadual de Regulação:

SS-4107806-21 solicitada às 22h12min do 16/03/2021 e finalizada no dia 22/03/2021, por falta de atualização médica; SS-4128950-21 solicitada às 02h33min do 23/03/2021 e finalizada no dia 25/03/2021, por falta de atualização médica; SS-4171723-21 solicitada às 07h09min do 05/04/2021, finalizada porque o Hospital o qual a paciente estava internada era referência Estadual para o atendimento COVID19;

SS-4202993-21 solicitada às 03h35min do 15/04/2021, finalizada no mesmo dia a pedido da própria unidade;

SS-4203015-21 solicitada às 04h10min do 15/04/2021, finalizada no dia 21/04/2021, por falta de atualização médica; SS-4223699-21 solicitada às 03h23min do 22/04/2021, finalizada no mesmo dia 22/04/2021, com a orientação de solicitar na ficha correta;

SS-4143418-21 solicitada às 01h54min do 27/03/2021, finalizada no dia 04/04/2021, aceito pelo Hospital Estadual Albano da Franco da Rocha;

SS/4223747-21 solicitada às 04h39min do 22/04/2021, aceito pelo Hospital Estadual Albano da Franco da Rocha no mesmo dia 22/04/2021.

2) Qual seria o custo de internação, segundo tabela SUS, considerando o período mencionado na petição inicial (14/03/2021 a 26/04/2021)? E considerando somente a partir da data em que houve efetiva solicitação de transferência (17/09/2021).

O que podemos informar é que o Hospital de Clínicas de Caieiras durante a pandemia celebrou contrato com o SUS para o atendimento de pacientes COVID19, com disponibilização de 5 (cinco) leitos de UTI Covid19 e o custo da diária de um leito de UTI covid19 o estado repassa em torno de R$ 1.600,00 ao dia vide tabela abaixo [tabela]

3) Apresentar "fila" de regulação durante o período em questão.

Nas datas apontadas (dias 16 de março a 22 de março de abril) (**sic**) *ainda NÃO havia emissão dos "Boletins CROSS", que passaram a ser*

Acesso ao Sumário

emitidos a partir do fim de abril de 2021.

Salientamos ainda que na solicitação inicial constava que o paciente, de 51 anos de idade, estável hemodinamicamente, em leito de enfermaria, PCR em queda, leucograma normal, função renal estável. Alimentando-se por via oral, sem dificuldades prurido e hiperemia em tronco com melhora parcial, fraqueza muscular generalizada, lúcido e orientado, saturação 96%, PA 11X7mmhg, Frequência cardíaca 86, frequência respiratória de 18 Glasgow15, peso 102kg. O Recurso solicitado pelo médico da Unidade Básica para o paciente era: "CLÍNICA MÉDICA". Devemos concluir que no início se tratava de caso médico de baixa para média complexidade naquela ocasião e só ao longo da regulação que alteraram solicitação inicial para UTI-Adulto, uma vez a paciente apresentou piora do quadro clínico ao longo da internação com intubação orotraqueal em 25/03/2021.

Outro dado relevante é que o Hospital de Clínicas de Caieiras é referência para o estado para o atendimento leitos de UTI Covid 19 com 5 leitos SUS.

No período em que o caso esteve sob regulação o número de pacientes internados sempre foi inferior ao número de leitos que o Estado havia contratado "vide tabela abaixo" o que sugere que a unidade deveria e/ou poderia ter internado a paciente Gardenha Maria da Conceição pelo SUS, conforme a finalização da ficha SS-4171723-21.

[tabela]

4) Outras informações que entender pertinentes.

Mesmo com se tratando de solicitação de serviços de referência para SUS, a CROSS manteve o caso sob regulação e no período em que o caso esteve sob regulação a CROSS realizou tratativas com vários serviços como Hosp. Dr. Albano Franca Rocha Sobrinho, Hosp. Vila Penteado, Hosp. Itapevi, Hosp. Regional de Osasco, Hosp. Francisco Morato, Hosp. Emílio Ribas, Hosp. Das Clínicas, Hosp. Covid-19 Mun Mairiporã, Hosp. Antonio Policarpo Oliveira.

Na data de 04/04/2021, o Hospital Albano Franco de Franco da Rocha aceitou a paciente, não sabemos os motivos mas o caso foi reinserido. Mas no dia 22/04/2021 com aceite novamente pelo Hospital Albano Franco de Franco da Rocha (págs. 1.270/1.274).

Assim, não há justificativa para a indenização.

A uma, não veio comprovado, sequer pela rama, a cobrança do valor indicado na petição inicial, nem mesmo sobre o valor de R$ 481.246,50, sem nenhuma documentação nos autos.

A duas, do que se colhe dos documentos apresentados pela autora, quem

Acesso ao Sumário

assinou o termo de responsabilidade pelo pagamento dos serviços médicos foi sua filha, Priscila, pessoa que teria legitimidade para pleitear eventual ressarcimento, pois não demonstrado tenha a autora se sub-rogado na obrigação, ainda que seja ela a beneficiária dos serviços médicos.

A três, é de conhecimento público o colapso geral no sistema hospitalar diante da pandemia de COVID-19, com centenas de pessoas à espera de leito de UTI ou enfermaria.

No caso em voga, foi escolha da paciente (ou de seus familiares) o atendimento em nosocômio particular, por suposta falta de vagas para atendimento na rede pública de saúde, não comprovada.

Também não se tratou de mera consulta médica, mas de atendimento em Pronto Socorro, em que posteriormente se decidiu pela internação.

Observe-se no ofício expedido pela CROSS ter havido uma série de equívocos nas solicitações, seja por finalização do pedido por falta de atualização médica ou a pedido, o que implica nova posição em eventual "fila", seja por solicitação em ficha incorreta.

Anoto, ainda, ter havido atendimento em duas oportunidades, nos dias 04/04/2021 e 22/04/2021, com aceitação da transferência e internação pelo Hospital Estadual Albano da Franco da Rocha.

Em remate, não é crível que, sendo hospital referência em Covid-19, o próprio Hospital de Clínicas de Caieiras não pudesse receber a autora pelo SUS, mormente porque comprovado que ele jamais teve lotação máxima nos leitos contratados.

Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade praticada pelo Estado, razão pela qual não há motivo para se lhe impor conduta outra, que já não tenha sido tomada quando da busca de vagas via SUS/CROSS para atendimento da autora.

Não foi evidenciado nexo de causalidade entre eventual falha de atendimento no SUS e o atendimento e posterior internação em hospital particular.

Acesso ao Sumário

Por outra, na análise de situações como esta, ocorrente a chamada **faute du service**, transmuda-se a situação jurídica para aquelas de responsabilidade subjetiva, a incumbir prove o ofendido culpa da Administração Pública.

Assim é porque se exige demonstração de culpa ou dolo: *tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, a 'faute du service' dos franceses* (RE nº 179.147, rel. Min. Carlos Veloso, j. 12.12.97), situação inocorrente no caso em voga.

Nem se olvide que no julgamento se aprecia toda a prova – prova do autor, contraprova do réu – e que perde a demanda quem deveria provar e não provou.

O autor perde a demanda em decorrência de não fazer prova do alegado ou das provas feitas pelo réu; o réu perde a demanda quando não faz contraprova ou quando o autor faz prova dos fatos tidos como constitutivos de seu direito, não desconstituídos pelo réu.

Assim concluo por não haver demonstração de qualquer omissão na atuação estatal, ao contrário do articulado na petição inicial.

A fundamentação, por certo, também afasta qualquer ocorrência de dano moral, não demonstrado, não sendo atribuível ao Estado a condição de saúde da autora ou eventuais aborrecimentos, frutos de eventual equívoco do hospital que a atendeu e da situação peculiar do sistema público de saúde.

Dessarte, respeitado o esforço recursal, não estão presentes duas das elementares da responsabilização, conduta culposa e nexo causal, presente apenas o dano, também questionável, por ter havido voluntariedade ao buscar atendimento particular, com efetiva prestação dos serviços hospitalares.

Impossível, pois, falar-se em responsabilidade se aquelas elementares não podem ser atribuídas ao réu.

Perceba-se lição de Rui Stoco: *na etiologia da responsabilidade civil, estão presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade. O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito*[3].

Também não vinga a tese sobre estado de perigo, caracterizado por situação de necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família, iminência de dano atual e grave, conhecido pela outra parte, obrigação excessivamente onerosa e nexo de causalidade, não configurado.

Nesse passo, trago a lume julgado proferido no REsp 1.578.474/SP[4], Relatora a D. Ministra Nancy Andrighi, assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO DE RESOLUÇÃO NORMATIVA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. ORÇAMENTO

3 Tratado de Responsabilidade Civil – 7ª Edição – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2007, págs. 150/151.

4 T3 – TERCEIRA TURMA, Data do julgamento 11/12/2018, Data da Publicação/Fonte DJe 13/12/2018.

PRÉVIO. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO HOSPITALAR DE EMERGÊNCIA. HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. ESTADO DE PERIGO. INOCORRÊNCIA. TERMO DE RESPONSABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 06/07/13. Recurso especial interposto em 16/11/14 e atribuído ao gabinete em 25/08/16.

2. O propósito recursal está em dizer: i) se a ausência de orçamento prévio exaustivo acerca do serviço médico- hospitalar de emergência viola o art. 40, do CDC; ii) se a relação negocial de prestação de serviços hospitalares foi maculada pelo vício de consentimento fixado pelo artigo 156 do CC/02: estado de perigo.

(...)

6. Em atendimentos de urgência e emergência, exigir do hospital a apresentação de orçamento prévio – com descrição minuciosa do valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços – implica a inviabilidade da prestação do próprio serviço ao paciente, pois a dinâmica indispensável ao diagnóstico e resposta ao problema de saúde nessas circunstâncias impede a sua exaustiva discriminação prévia.

7. Apesar da inegável importância do dever de informação, como elemento indispensável na oferta de serviços no mercado de consumo, certo é que sua invocação não pode subverter a relação para impor vantagem oportunista de quem consome o serviço prestado pelo fornecedor. Inadmissível, portanto, o propósito do consumidor de equiparar o serviço médico- hospitalar de emergência como oferta grátis do hospital.

8. O estado de perigo é vício de consentimento dual, que exige para a sua caracterização, a premência da pessoa em se salvar, ou a membro de sua família e, de outra banda, a ocorrência de obrigação excessivamente onerosa, aí incluída a imposição de serviços desnecessários, conscientemente fixada pela contraparte da relação negocial.

9. O tão-só sacrifício patrimonial extremo de alguém, na busca de assegurar a sua sobrevida ou de algum familiar próximo, não caracteriza o estado de perigo, pois embora se reconheça que a conjuntura tenha premido a pessoa a se desfazer de seu patrimônio, a depauperação ocorrida foi conscientemente realizada, na busca pelo resguardo da própria integridade física, ou de familiar.

10. Atividades empresariais voltadas especificamente para o atendimento de pessoas em condição de perigo iminente, como se dá com as emergên-

Acesso ao Sumário

cias de hospitais particulares, não podem ser obrigadas a suportar o ônus financeiro do tratamento de todos que lá aportam em situação de risco à integridade física, ou mesmo à vida, pois esse é o público-alvo desses locais, e a atividade que desenvolvem com fins lucrativos é legítima, e detalhadamente regulamentada pelo Poder Público.

11. Se o nosocômio não exigir, nessas circunstâncias, nenhuma paga exagerada, tampouco impor a utilização de serviços não necessários, ou mesmo garantias extralegais, mas se restringir a cobrar o justo e usual, pelos esforços realizados para a manutenção da vida, não há defeito no negócio jurídico que dê ensejo à sua anulação.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

Reitero situação de pandemia pelo novo coronavírus, situação excepcional, com decreto de calamidade no Estado de São Paulo e na maioria de seus municípios, a inviabilizar o cumprimento do dever estatal com a devida presteza.

Colho fundamentação em voto da lavra do I. Desembargador Décio Notarangeli:

Isso porque a escassez de leitos diante da demanda decorrente do elevadíssimo número de casos diários de COVID-19 registrado nos picos de contaminação no país é fato público e notório, inexistindo indícios de que o Estado de São Paulo tenha falhado na condução da crise sanitária e possa ser responsabilizado pela falta de leitos nos momentos mais graves da pandemia. Aliás, o fato de a própria rede privada de saúde também ter enfrentado momentos de superlotação e fila de espera corrobora a conclusão de que a demora na disponibilização de leitos está mais atrelada à gravidade da pandemia no país do que a suposta omissão da apelada no gerenciamento da crise.

É nesse sentido que se firmou a orientação da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e dos Tribunais Superiores, afastando pretensões individuais de impor às Fazendas Públicas Municipais ou Estaduais a obrigação de imediata disponibilização de leito clínico ou de UTI para pacientes com complicações decorrentes da COVID-19.

No referido acórdão ficou ementado:

CIVIL E ADMINISTRATIVO – PROCEDIMENTO COMUM – INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DA REDE PRIVADA – ESTADO DE PERIGO NÃO CARACTERIZADO – VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DIREITO À SAÚDE – PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS – VAGA EM LEITO HOSPITALAR

Acesso ao Sumário

– ESGOTAMENTO DO SISTEMA DE SAÚDE – DEMORA NA DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA – OMISSÃO OU FALHA DO SERVIÇO – AUSÊNCIA – DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

1. Pretensão à declaração de inexistência de débito. Paciente levado a atendimento em hospital da rede privada. Internação após agravamento de quadro clínico durante consulta médica. Celebração de contrato para prestação de serviços médico- hospitalares. Atendimento de urgência ou emergência e requerimento de vaga em hospital da rede pública de saúde. Demora na disponibilização de vaga em decorrência do esgotamento do sistema de saúde durante os picos da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

2. Contrato celebrado entre as partes que é válido e eficaz, ausente demonstração de vício de consentimento. Ainda que inegável a emoção do momento, é consciente a opção de celebrar contrato de que resulta sacrifício patrimonial extremo na tentativa de salvar a vida de ente querido. "O estado de perigo pressupõe a onerosidade excessiva e o dolo de aproveitamento que, se não provados, inviabilizam a anulação do negócio jurídico" (AgRg no AREsp 672.493/DF, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/05/2015).

3. Não questionada a necessidade dos serviços prestado, ou demonstrado que o preço cobrado está acima da média daqueles que são usualmente praticados no mercado, o sacrifício patrimonial extremo por si só não basta para a caracterização do estado de perigo. Exigibilidade da dívida.

4. Responsabilidade civil do Estado. Imputação de conduta omissiva. Exame da exigibilidade da conduta estatal, invocada como causa do dano, que deve ser feito tendo em vista as reais possibilidades de se exigir o cumprimento de um dever por parte do Poder Público, laborando com a concepção de proporcionalidade, de diligência e de prudência. Crise sanitária, de gravidade e proporcionalidade inéditas no país e no mundo. Da imprevisibilidade e inevitabilidade da pandemia advém a inexigibilidade de conduta diversa que rompe o nexo causal entre a alegada omissão da Administração e o dano. Ausência de prova de falha no gerenciamento da crise sanitária. Dever de indenizar inexistente. Pedidos improcedentes. Sentença mantida. Pedidos improcedentes. Recurso desprovido[5].

Diante do exposto mantenho a r. sentença, por seus próprios fundamentos, que bem examinaram a questão controvertida, majorada a verba honorária para R$ 3.000,00, a termo do artigo 85 §11 do Código de Processo Civil, observado ser a autora beneficiária de assistência judiciária gratuita.

Anoto, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a reda-

5 TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, j. 20/10/2021.

Acesso ao Sumário

ção dada pela Resolução 772/2017).

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1030853-49.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes A.H.A.S. (R. P., E.C.S.S.) e A.A.S.S., são apelados Município de São Paulo e Serviços Assistencial Lar Estrela Guia.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.190)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Aluno que sofreu acidente nas dependências da escola no horário de aula. Lesão grave no dedo indicador da mão direita. Necessidade de amputação parcial e realização de cirurgias. Omissão estatal caracterizada. Estando a vítima dentro do prédio público, em horário de aula, responde o Estado por sua incolumidade física. Precedentes, inclusive do C. STF.

DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. Configuração. Situação ocorrida que enseja a ocorrência de abalo moral. Danos estéticos evidenciados pelas fotografias e pela perícia realizada. Valor arbitrado considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Correção monetária incidente desde o arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ). Aplicação dos critérios estabelecidos no julgamento do tema nº 810 pelo E. STF.

DANOS MATERIAIS. Não comprovação das des-

Acesso ao Sumário

pesas alegadas. Impossibilidade de condenação dos Réus ao pagamento de danos materiais.

PENSÃO. Incabível a condenação ao pagamento de pensão mensal vitalícia. Ausência de comprovação de eventual prejuízo da criança em sua atividade profissional futura. Sentença reformada. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por A.H.A.S. (menor representado) e Outro (fls. 304/313) contra a r. sentença de fls. 289/296, que julgou improcedente a ação de indenização movida em face do Município de São Paulo e de Serviços Assistencial Lar Estrela Guia.

Sustentam os Apelantes, em síntese, que a r. sentença deveria ser reformada, julgando-se a ação procedente para condenar os Apelados ao pagamento de danos materiais, danos morais e danos estéticos. Argumentam que haveria responsabilidade civil dos Apelados, bem como que o laudo pericial teria comprovado os danos sofridos. Pugnam pelo provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 318/326 e 328/333, pela manutenção da r. sentença.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 346/354, pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

1. Trata-se de ação de indenização de danos morais, materiais e estéticos ajuizada pelos Apelantes em face dos Apelados, sob alegação de que no dia 10/09/2018, na Escola CEI Ana Nery, o Autor A., à época com um ano e oito meses, teve o dedo cortado após um colega fechar a porta do armário em seu dedo, situação que foi constatada por sua irmã, a Autora A., ao comparecer à escola para buscá-lo.

Acesso ao Sumário

De acordo com a inicial, a diretora da escola e a professora, apesar da demora do SAMU, não levaram a criança prontamente ao Hospital, apenas o fazendo após insistência da Autora A. (cf. boletim de ocorrência de fls. 19/21).

Ainda, consta que após ser submetido a cirurgia no Hospital Geral Dr. José Pangella de Vila Penteado, foi constatada necrose no dedo do Apelante A., o que demandou nova cirurgia, agora realizada junto a hospital mantido pelo convênio médico do Autor.

A r. sentença de fls. 289/296 julgou a ação improcedente, razão pela qual se insurgem os Apelantes.

2. No caso em apreço, discute-se a responsabilidade civil da Apelada Serviços Assistencial Lar Estrela Guia, que firmou Termo de Colaboração com o Município de São Paulo para atendimento de demandas de educação infantil segundo as diretrizes técnicas da Secretara Municipal de Educação (cf. fls. 143/148).

Assim sendo, por se tratar de entidade prestadora de serviços públicos, aplica-se ao caso o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsá**vel nos casos de dolo ou culpa.**

Note-se que, em que pese a responsabilidade civil na espécie ser objetiva, compete aos Autores comprovar o nexo de causalidade entre a conduta (omissão da escola) e o dano ocorrido.

Com efeito, os requisitos de referida responsabilidade estatal evidenciam-se pela comprovação do nexo causal entre a conduta e o resultado.

Apenas haverá exclusão de citada responsabilidade se ausente nexo causal entre o comportamento comissivo/omissivo e o dano, cabendo à Administração comprovar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

3. E, no caso, resta evidente a responsabilidade estatal pelo acidente sofrido pelo Autor A. na dependência da escola, tendo em vista que **o Estado responde pela incolumidade física das pessoas que se encontram em suas dependências, devendo zelar pela sua segurança.**

Note-se que o Autor estava na escola quando um colega fechou a porta do armário em seu dedo, causando a lesão que implicou em posterior amputação parcial do membro, estando presente o dever dos requeridos de agir e impedir o resultado danoso.

Os Apelados não negam que os fatos ocorreram dentro da escola, acarretando lesão grave no dedo do aluno, mas atribuem a ocorrência a uma fatalidade.

No entanto, é fato incontroverso que o Autor A**. estava nas dependências da escola e sob a responsabilidade das Rés, no horário de aula, quando sofreu o acidente.**

Esta assertiva está, inclusive, pacificada pelo C. Supremo Tribunal Federal, no tocante a **estabelecimentos escolares, mantidos exclusivamente pelas pessoas jurídicas de direito público**, como o presente caso:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - **O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física,**

Acesso ao Sumário

devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.05.96, 1ª Turma, DJ 02.08.96, pág. 25.785, Vol. 1835-01, pág. 81).

Nesse passo, além da falta de supervisão adequada do menor ter possibilitado a ocorrência do acidente, é certo que houve demora injustificada para socorrê-lo, tanto que apenas após mais de 4 horas do acidente é que o Autor A. foi submetido a cirurgia.

Tendo ocorrido o acidente do Autor durante o horário de aula, é fato que houve violação do dever de cuidado da requerida, que não demonstrou que a vigilância de seus funcionários foi apta a evitar o ocorrido.

Assim, irrelevante saber se outro aluno prendeu o dedo do menor A. na porta do armário ou se após insistência da irmã do Autor, a coautora A., a professora finalmente decidiu socorrer a criança ao hospital.

Ausente, pois, qualquer prova que desconstituísse o acima exposto, nos termos do art. 373, inc. II, do NCPC.

A perícia médica de fls. 262/267 concluiu que:

"6. CONCLUSÃO:

- Periciado quem sofreu amputação parcial do 2º dedo direito (CID 10 S 681).

- Observamos nexo causal entre o acidente relatado e a lesão observada.

- Não observamos incapacidade para suas atividades habituais nem para atividades autonômicas, consideramos que não haverá repercussão para as atividades profissionais.

- Observamos um dano estético em grau moderado, 3/7 numa escala de 7 graus de Thierry-Nicourt." (fls. 265).

Portanto, conclui-se pela responsabilidade dos Apelados ao não garantirem a segurança necessária nas dependências da escola, acrescida à ausência de vigilância, restando caracterizada a falha na custódia do ente estatal.

Acesso ao Sumário

Em casos análogos, já decidiu esta C. Corte:

1031656-49.2018.8.26.0576

Classe/Assunto: Apelação Cível/Indenização por Dano Moral

Relator: Leme de Campos

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 16/03/2021

Data de publicação: 16/03/2021

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização por danos morais – **Lesão sofrida pelo autor decorrente de queda em creche municipal – Responsabilidade do Poder Público pela integridade física e moral da criança – Caracterizada a falha na prestação do serviço público, em razão do descumprimento do dever de vigilância** – Configurado o dano moral passível de reparação – Contudo, a redução do valor fixado é medida que se impõe – Ação julgada parcialmente procedente na 1ª instância – Sentença reformada – Recurso provido em parte.

1022955-30.2018.8.26.0114

Classe/Assunto: Apelação Cível/Indenização por Dano Moral

Relator: Carlos Eduardo Pachi

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 14/12/2020

Data de publicação: 14/12/2020

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização por danos morais e estéticos – **Pretensão indenizatória em razão de acidente sofrido pelo Autor, aluno de escola pública estadual, em razão de valeta existente no pátio do estabelecimento escolar – Comprovação dos fatos alegados – Dever do Estado, como um todo, de garantir a integridade física dos tutelados, respondendo por danos, independente de culpa de agente público** – Responsabilidade objetiva, *ex vi* do art. 37, par. 6º, da CF – Dor e sofrimento reconhecidos – Danos morais que englobam os danos estéticos – Fixação da indenização no montante total de R$10.450,00, que se mostra mais adequado ao caso – R. Sentença reformada. CONSECTÁRIOS LEGAIS – Observância do decidido pelas Cortes Superiores nos Temas 810, do STF e 905, do STJ – Modificação pontual do julgado. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Fixação em 15% do valor da condenação – Majoração em 1% levada a efeito em razão do disposto no parágrafo 11, do artigo 85, do NCPC. Recurso da FESP parcialmente provido.

1013159-08.2017.8.26.0451

Classe/Assunto: Apelação Cível/Indenização por Dano Moral

Acesso ao Sumário

Relator: Rubens Rihl

Comarca: Piracicaba

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 14/12/2020

Data de publicação: 14/12/2020

Ementa: APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL. Pretensão do autor de condenar a Municipalidade de Piracicaba ao pagamento de danos morais em virtude de lesão corporal sofrida em ambiente escolar – Sentença de procedência que deve ser mantida – Presente os pressupostos da responsabilidade civil – **Lesões sofridas pelo autor que decorreram, em substância, da falha de serviço, consistente na garantia de incolumidade dos alunos em sala de aula** – Precedentes. Danos morais corretamente estimados em R$ 10.000,00. Recurso não provido.

1000666-02.2019.8.26.0007

Classe/Assunto: Apelação Cível/Indenização por Dano Moral

Relator: Marrey Uint

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 01/12/2020

Data de publicação: 01/12/2020

Ementa: Apelação Cível – Responsabilidade Civil – **Aluno que foi atingido por uma janela que se desprendeu da parede – Culpa "in vigilando" – Ação objetivando ressarcimento por danos morais – Pedido julgado procedente** – Pretensão de reforma –Inadmissibilidade – Falha na segurança – Nexo causal suficientemente demonstrado – Indenização devida – Dano moral – Montante no importe de R$ 20.900,00 (vinte mil e novecentos reais) corretamente arbitrado em primeiro grau, com observância dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade ao evento danoso – Sentença mantida. Recurso não provido.

1037960-64.2018.8.26.0576

Classe/Assunto: Apelação Cível/Indenização por Dano Moral

Relatora: Luciana Bresciani

Comarca: São José do Rio Preto

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 28/04/2020

Data de publicação: 28/04/2020

Ementa: Responsabilidade Civil – Lesão ocorrida dentro do estabelecimento escolar do Município de São José do Rio Preto – **Queda de portão sobre a autora, que havia nele se apoiado, ocasionando escoriações e hematomas na região facial** – Responsabilidade objetiva do Estado – Relatório da direção da escola que atesta que o portão de correr havia saído dos trilhos no momento de sua abertura para entra-

Acesso ao Sumário

da dos alunos, além de relatar a ausência de funcionários do programa "Anjos da Escola" na data dos fatos – Inexistência de excludente de responsabilidade – Nexo causal entre a falha na prestação do serviço e o dano comprovado – Condenação que se fazia de rigor – Necessidade, entretanto, de minoração do valor da indenização, de R$60.000,00 para R$8.000,00, que melhor se adequa às circunstâncias do acidente e à extensão dos danos – Observância à proporcionalidade e razoabilidade – Danos materiais – Gastos médicos com o atendimento prestado à autora Irrelevância da opção pela rede particular de saúde em detrimento do SUS – Dever de reparação dos prejuízos pecuniários que se mantém – Ônus sucumbencial inalterado com a minoração da condenação – Fixação dos honorários advocatícios por equidade, dado que o proveito econômico foi reduzido para patamar que inviabiliza a aplicação do art. 85, §3º, I, do CPC. Recurso do Município parcialmente provido.

Assim, sendo a hipótese relativa a estabelecimento escolar com acolhimento de menores e, ocorrido o fato danoso nas dependências (durante o período em que o aluno está sob a guarda dos prepostos do ente público), deveriam os réus ter produzido prova de que aquele fato não estava dentro da previsibilidade natural da fiscalização, como o caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Por tais razões, deve ser reconhecida a responsabilidade dos Apelados.

4. Em matéria de responsabilidade civil, verifica-se que um de seus mais importantes elementos, o seu objeto, como colocam alguns autores, é o dano.

Note-se que apesar de sempre se exigir certeza quanto à existência do dano, deve-se considerar a repercussão **prejudicial imediata** decorrente do fato e suas **consequências** ("dommage qui peut être prevu" – danos que podem ser previstos; como coloca Planiol, em seu "Traité Élémentaire de Droit Civil", ed. 1.949, vol. 2, pág. 398).

A espécie principal de dano é o patrimonial, que sempre pressupõe uma ofensa ou diminuição de valores econômicos; sendo que a sua reparação deve supor uma base de equivalência econômica, que possibilite a substituição dos bens lesados.

Porém, existe, ainda, o dano moral, que seria aquele experimentado pelo ofendido no aspecto não econômico de seus bens jurídicos (morais, éticos, sentimentais e valores ideais).

Para a fixação da indenização por dano moral, incluindo neste, os danos estéticos, devem ser consideradas a conduta e a pessoa do ofensor que causou o dano, bem como os reflexos que este causou para a vítima, além das condições pessoais dela.

Obviamente as dificuldades decorrentes da aferição e apreciação destes danos, pela inexatidão dos critérios, não podem obstar a reparação do dano mo-

Acesso ao Sumário

ral ou torná-la algo meramente simbólico, com a fixação de indenizações meramente decorativas, pois isto seria equivalente à negativa de reparação de tais danos, com a perpetuação do desequilíbrio sócio-jurídico causado pela ofensa.

Releva notar que, no campo do processo, o dano moral em muitas situações independe de prova, podendo ser verificado e detectado simplesmente em face das consequências fáticas do ato danoso, ou seja, das sequelas do acidente.

Assim, alguém que perde uma perna ou um braço ou um ente querido, necessita provar apenas a perda do membro ou da pessoa estimada; sendo decorrência natural disto a ocorrência do dano moral.

No caso dos autos, verificou-se que os transtornos ocasionados aos Autores superam o mero incômodo cotidiano, evidenciando danos morais – *in re ipsa*, por serem presumíveis.

5. Com relação ao *quantum* reparatório, conquanto os danos morais sofridos pelo autor A., ante a grave situação em questão, sejam insuscetíveis de avaliação pecuniária, vez que imensuráveis, de rigor sejam reparados, diante da violação de valores morais essenciais do indivíduo.

Há que se considerar, também, o caráter punitivo dessa modalidade de reparação, motivo pelo qual se deve atentar para a justa reparação do prejuízo, sem que haja enriquecimento indevido e em desacordo com a realidade socioeconômica de quem a pleiteia.

Com relação aos danos estéticos, evidenciados pelas fotografias de fls. 43/46, a perícia confirmou sua ocorrência em grau moderado, 3/7 numa escala de 7 graus de Thierry-Nicourt.

Dessa forma, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto e atento à gravidade do dano, à capacidade econômica das partes e à reprovabilidade da conduta dos Apelados, verifica-se que **o valor dos danos morais e estéticos devidos ao Autor A. deve ser arbitrado em R$ 15.000,00,** atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto aos danos morais da Autora A., inquestionável o sofrimento e a dor experimentados ao encontrar o irmão acidentado na escola, sem o devido socorro, devendo ser indenizada pelo abalo moral suportado, reputando-se suficiente a **quantia de R$ 3.000,00.**

Os valores referidos deverão ser corrigidos monetariamente desde o arbitramento (Súmula 362 do STJ) e acrescidos de juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ).

No cálculo do valor devido deverão ser aplicados os critérios estabelecidos no julgamento do tema nº 810 pelo E. STF.

6. Por outro lado, deve ser rejeitado o pedido de danos materiais.

Com efeito, muito embora tenha sido demonstrado que o Apelado A. foi

Acesso ao Sumário

submetido a cirurgias e que sua situação tenha de fato demandado serviços médicos, bem como o uso de medicamentos (fls. 22/40), não há nos autos nenhum comprovante dos gastos referidos.

Não foi juntado aos autos nenhum cupom fiscal relativo à aquisição dos medicamentos, tampouco nota fiscal relativa a serviços médicos que o Apelante A. tenha usufruído, sendo certo que a primeira cirurgia a que fora submetido foi custeada pelo SUS e, quanto à segunda, pelo convênio médico do Autor.

Assim, impossível o acolhimento da referida pretensão.

7. Da mesma forma, não prospera a pretensão do Apelante A. ao recebimento de pensão mensal vitalícia.

Em que pese a amputação parcial do segundo dedo direito, a perícia médica realizada esclareceu que "***Não observamos incapacidade para suas atividades habituais nem para atividades autonômicas, consideramos que não haverá repercussão para as atividades profissionais***." (fl. 265).

Ainda, em resposta aos quesitos formulados pelo Ministério Público, a perícia esclareceu: "4. Não observamos déficit funcional", bem como "6. Não observamos incapacidade" e "7. Não observamos sequela neurológica" (fls. 266).

Desta forma, **não houve perda total, ou mesmo parcial, da capacidade laborativa e não ficou demonstrado o prejuízo que eventualmente sofrerá em sua vida profissional futura.**

Note-se que há possibilidade de diversas atividades profissionais, apesar da perda parcial da polpa digital do 2º dedo direito, sendo impossível presumir o prejuízo alegado.

8. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Isto posto, **o recurso é conhecido e parcialmente provido**, para reformar a r. sentença e julgar a ação parcialmente procedente, condenando os Apelados, solidariamente, a pagar i) ao Apelante A. o valor de R$ 15.000,00 a título de danos morais e estéticos, corrigidos desde o arbitramento e acrescidos de juros de mora desde o evento danoso e ii) à Apelante A. o valor de R$ 3.000,00 a título de danos morais, corrigidos desde o arbitramento e acrescidos de juros de mora desde o evento danoso. Ao cálculo dos valores devidos deverão ser aplicados os critérios estabelecidos pelo E. STF no julgamento do tema nº 810, ou seja, a correção monetária deve ser feita pelo IPCA-E e, quanto aos juros de mora, devem ser calculados com base na lei 9.494/97, lei 11.960/09 e suas alterações posteriores. Sucumbentes, deverão os Apelados, solidariamente, arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor atualizado da condenação, já considerada a sucumbência recursal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000148-35.2018.8.26.0334, da Comarca de Macaubal, em que é apelante WALDOMIRO MENEGUINI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao apelo do Prefeito na ação movida pelo Ministério Público e negaram provimento ao apelo na ação movida pelo Município, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.631)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Prefeito Municipal de Sebastianópolis do Sul que exonerou ilegalmente diversos servidores efetivos, em afronta à Constituição Federal e à Lei de Responsabilidade Fiscal, causando dano ao erário em virtude de condenações suportadas pelo Município. Prova conclusiva de opção deliberada por privilegiar nomeações para cargos ou funções comissionadas. Dolo demonstrado. Prova pericial emprestada que constatou que houve contratações de pessoas para exercer cargo em comissão, bem assim concessões de funções gratificadas, além de aumento salarial, o que denota que o alcaide não visava a promover a gestão responsável da folha de pagamento, tampouco a reduzir despesas. Ademais, no período de "contenção" foram realizados três concursos públicos, com a convocação de 15 candidatos, bem assim houve pagamento de horas extras e indenizações de férias. Art. 10, ***caput*****, da Lei nº 8.429/92. Penas. Reparação do prejuízo e proibição de contratação com o Poder Público suficientes como sanções econômicas. Prazo de suspensão de direitos políticos reduzido para 5 anos. Apelação na ação popular desprovida. Apelação na**

Acesso ao Sumário

ação civil pública provida em parte.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Município de Sebastianópolis do Sul em face de Waldomiro Meneguini, alegando, em síntese, que o réu, Prefeito Municipal de Sebastianópolis do Sul, no quadriênio 2012-2016, exonerou ilegalmente servidores municipais efetivos, ocasionando o ajuizamento de diversos processos, nos quais houve determinação de reintegração nos cargos e indenização pelo período em que os funcionários estiveram afastados, gerando ao Município um prejuízo de R$ 2.074.143,80. Postula a condenação do réu por ato de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 10, *caput*, incisos I e XI, e 11, *caput*, ambos da Lei 8.429/1992, com as penas previstas no art. 12 de referida lei, além de indenização por dano moral coletivo de R$ 100.000,00 (autos nº 1000684-12.2019.8.26.0334).

Também foi ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público de São Paulo em face de Waldomiro Meneguini, sob o fundamento de que o Prefeito do Município de Sebastianópolis do Sul, no mandato 2012-2016, dispensou indevidamente servidores titulares de cargos efetivos do Município, a maioria deles estáveis, com ofensa à Constituição Federal e à Lei de Responsabilidade Fiscal, perpetrando atos de improbidade administrativa qualificados pelo vultoso prejuízo ao erário. Aponta que o município teve que suportar gastos e despesas com inúmeras ações individuais ajuizadas pelos servidores indevidamente exonerados, bem assim que o propósito do requerido nunca foi o de reduzir despesas de pessoal, visto que houve realização de diversas despesas de pessoal, conforme constatação pericial. Requer seja o réu condenado por infração ao art. 10, *caput*, inciso X, com as penas do art. 12, inciso II, ou, subsidiariamente, por infração ao art. 11, *caput*, inciso I, com as penas do art. 12, inciso III, todos da Lei nº 8.429/92.

Sobreveio a r. sentença de fls. 355/361 (autos nº 1000684-12.2019.8.26.0334), julgando parcialmente procedente os pedidos, para condenar o réu a ressarcir o dano arbitrado em R$ 2.074.143,80, com correção monetária e juros de mora, ficando nestes autos condenado o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

Nos autos nº 1000148-35.2018.8.26.0334, a r. sentença de fls. 3475/3482, por sua vez, julgou procedente em parte a ação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, condenando o réu, em razão da prática do ato ímprobo, nas sanções de: suspensão dos direitos políticos por oito anos; pagamento de multa civil equivalente a 1/4 (um quarto) do valor do prejuízo; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou

Acesso ao Sumário

creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, em observância aos artigos 10, caput, e 12, II, da Lei 8.429/92.

Inconformado, recorre o réu em ambos os autos. Nos autos nº 1000684-12.2019.8.26.0334, em preliminar, requer o recebimento do apelo no duplo efeito; a concessão da assistência judiciária gratuita; a nulidade da sentença por cerceamento de defesa; e insiste na inépcia da inicial, comparando a inicial com a de outra ação, ajuizada em face do ex-prefeito de Bocaína/SP. No mérito, aduz que não houve dolo, culpa ou má-fé, visto que agiu dentro da legalidade e da impessoalidade, tomando medidas para redução das despesas com pessoal. Pretende o provimento do recurso para que seja afastada a penalidade aplicada de ressarcir o dano arbitrado em R$ 2.074.143,80 (fls. 375/388).

Nos autos nº 1000148-35.2018.8.26.0334, o réu também busca a concessão da justiça gratuita e insiste na nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, aduz que sem a existência do dano efetivo e concreto, não há que se falar na aplicação das penalidades, bem assim que as medidas por ele adotadas foram necessárias diante das recomendações do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Afirma que houve severa redução dos recursos financeiros ocorridos durante o exercício financeiro de 2014, o que forçou a redução dos cargos comissionados, além de que a prova pericial não é precisa e pouco confiável. Sustenta que agiu em nome do município, não havendo como ser responsabilizado pessoalmente, já que atuou como gestor público e dentro da legalidade e da impessoalidade. Por fim, rebate as sanções aplicadas e prequestiona a matéria (fls. 3489/3504).

Contrarrazões às fls. 396/401 (autos nº 1000684-12.2019.8.26.0334) e fls. 3513/3521 (autos nº 1000148-35.2018.8.26.0334).

Nos autos de nº 1000684-12.2019.8.26.0334, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido de que o apelo fosse desprovido (fls. 408/416); e nos autos de nº 1000148-35.2018.8.26.0334, no sentido da conversão do julgamento em diligência e do desprovimento do apelo (fls. 3532/3548).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Os presentes feitos serão julgados conjuntamente, nos termos do artigo 55, § 3º, do CPC.

De início, à vista da prova dos rendimentos do apelante nos autos de nº 1000684-12.2019.8.26.0334, concedo ao apelante os benefícios da gratuidade processual; e nos termos do art. 14 da Lei nº 7.347/85, segundo o qual "*o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte*", recebo os recursos em seu duplo efeito.

Depois, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Intimadas as partes a especificar provas, o réu requereu a produção de

prova oral, sem indicar o rol de testemunhas e a pertinência com o presente caso, apenas traçando alegação genérica acerca da "*necessidade da tomada das medidas voltadas ao ajuste financeiro visando à redução das despesas com pessoal devido o achatamento da receita (...)*" (fls. 3546 – autos nº 1000148-35.2018.8.26.0334) verificando-se que esse pedido foi indeferido às fls. 3457/3458.

Considerando, todavia, a prova documental e pericial, utilizada como prova emprestada, a produção de novas provas, em especial a testemunhal, mostra-se descabida e nitidamente protelatória, haja vista haver nos autos elementos mais do que suficientes ao deslinde da demanda.

Assim, a antecipação do julgamento era legítima porquanto os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do juízo.

Neste sentido: *"(...) O julgamento antecipado da lide não implica, por si só, cerceamento do direito de defesa, porquanto a prova é destinada ao Juiz da demanda e, sem dúvida, a este compete avaliar sua utilidade, necessidade e adequação, podendo, dessa forma, indeferir as que reputar inúteis, desnecessárias ou protelatórias".* (REsp 1202238/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. em 14/08/2012).

Também não há que se cogitar de inépcia da inicial do Município.

Depreende-se dos autos que o Município ajuizou demanda imputando ao Prefeito Municipal a prática de ato de improbidade administrativa, em razão de prejuízo aos cofres públicos e violação aos princípios da Administração Pública. No pedido, requereu a condenação nas penas previstas no art. 12, da Lei nº 8.429/92.

Logo, os requisitos da petição inicial, nos termos do art. 319, do CPC estão presentes. A exposição do fato e dos fundamentos jurídicos, tal como do pedido e suas especificações, de forma alguma impediu a defesa da parte requerida.

Não fosse isso, como bem salientado pelo Ministério Público, "*no julgamento do REsp 351.358/DF, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, por seu caráter utilitário, a petição inicial somente estará protegida pela legislação sobre direito autoral se constituir criação literária. A questão, portanto, é ética e não jurídica, não ensejando qualquer nulidade*" (fls. 275).

A observação da Douta Procuradoria Geral de Justiça quanto à impropriedade de se haver concedido apenas ao Ministério Publico oportunidade para manifestação antes do julgamento antecipado da lide, de outro lado, versa sobre questão que, na dinâmica dos autos, resta superada pela própria apresentação das razões de apelação do autor – em que toda a matéria fática e jurídica pôde

Acesso ao Sumário

ser discutida.

A irregularidade deixa de ter o peso de nulidade se não se traduz em prejuízo; e não se há de fazer retroceder causa que esteja madura para ser julgada, como é o caso dos autos – constatando-se que a parte esgotou, nas razões de apelação que veio a apresentar nos dois autos ora em exame, a possibilidade de crítica aos fundamentos da r. sentença.

No mérito, é incontroverso que Waldomiro Meneguini durante seu mandato de Prefeito Municipal (2012/2016) editou o Decreto nº 15/2015, estabelecendo medidas para a exoneração de servidores.

Nos termos do art. 169, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, todavia, o excesso de despesas com pessoal impõe que, por primeiro, se proceda à redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança – apenas então se podendo proceder à exoneração dos servidores não estáveis. Somente se mantido o excesso há margem para a exoneração dos servidores estáveis, desde que o ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Todavia, conforme demonstrado nos autos nº 1000684-12.2019.8.26.0334 e nos autos nº 1000148-35.2018.8.26.0334, bem como na perícia contábil realizada nos autos nº 1000137-11.2015.8.26.0334, **não houve redução de pelo menos 20% do total das despesas com cargos em comissão e funções de confiança.**

De fato, o apelante não observou o texto constitucional, visto que, ao invés de exonerar servidores titulares de cargos de comissão e função de confiança e servidores não estáveis, preferiu inverter a norma, exonerando os servidores efetivos, conforme lhe conveio.

E a evidenciar o dolo com que agiu, tem-se provado que o Alcaide, no período, procedeu à **contratação de pessoas para cargo em comissão**; nomeou novos servidores, inclusive para o exercício de **funções comissionadas**; e concedeu **aumento salarial** a algumas carreiras.

Em resposta ao quesito 1.2, o perito esclareceu que não foi observado o disposto no art. 169, § 3º, inciso I, da CF: "*As exonerações ocorreram **sem** que houvesse as reduções de pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, no período de todos os meses anteriores às exonerações, em que, houveram excedidos o limite*" (fls. 489 dos autos nº 1000148-35.2018.8.26.0334).

Também se nota que no quesito 8, o perito asseverou que nos anos de 2015 e 2016 "*houve aumentos salariais e concessões de gratificações na contramão dos dispostos nos artigos 21 a 23, da LC nº 101/00*".

A prova pericial emprestada ainda apontou que, nesse período de "con-

tenção", foram realizados **três concursos públicos**, **com a convocação de 15 candidatos**, conforme dados encontrados no portal da transparência, bem assim houve o **pagamento de horas-extras** a servidores, a despeito da ciência da Administração de que tais pagamentos pudessem ser irregulares, pois os relógios de ponto estavam quebrados.

Nesse esteio, o laudo pericial foi claro de que "*não havia controle de horas trabalhadas, pelo fato do Relógio de Ponto não funcionar a contento*", observando-se inclusive quando da vistoria *in loco*, que o mesmo "*estava quebrado*".

Segundo o perito, "*em 2015, foi pago o montante de R$ 6.984,97, de HORAS EXTRAS, para 7 servidores. Média por servidor: R$ 997,85*". E, "*em 2016, contabilizados montante de R$ 50.419,39, HORAS EXTRAS, para 40 servidores. Em média por servidor: R$ 1.260,48*".

Ainda houve **indenização de férias** a alguns servidores, aumentando ainda mais o total de despesas com pessoal.

Desse modo, cai por terra a alegação de que o apelante, como gestor público, buscou reduzir despesas de pessoal.

Tampouco se sustenta a discordância do apelante quanto à prova pericial emprestada. Embora alegue que tal prova é imprecisa e pouco confiável, não há qualquer elemento juntado aos autos capaz de invalidá-la, de forma que o respectivo laudo merece subsistir.

O que se percebe, na verdade, é que restou comprovada a deliberada opção do Prefeito por exonerar efetivos em lugar de conter despesas de acordo com os critérios legais; e do mesmo modo, também se demonstrou que essa decisão **implicou expressivo prejuízo ao Erário**, uma vez que o Município acabou sendo condenado judicialmente a pagar indenizações aos servidores de cargos efetivos que, **sem margem legal para tanto**, foram exonerados.

Não há dúvida de que havia necessidade de redução de gastos com pessoal ante as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, tanto é que houve recomendação do TCE nesse sentido, em outubro de 2014 (fls. 700/701 dos autos nº 1000148-35.2018.8.26.0334).

A recomendação, todavia, não autorizava o Prefeito a inverter a ordem de cortes prevista na Constituição – não sendo escusa para que servidores comissionados ou incumbidos de funções comissionadas se conservassem intocados, e para que o corte alcançasse por primeiro servidores efetivos.

A solução adotada por ele, sem sombra de dúvidas, violou norma constitucional, uma vez que a exoneração dos servidores do quadro efetivo somente deveria ocorrer após o esgotamento das exonerações dos cargos em comissão e dos servidores não estáveis.

De inteira pertinência são as argutas observações da D. Procuradoria Ge-

Acesso ao Sumário

ral de Justiça a respeito:

> *Os aspectos técnicos destacados na r. decisão supracitada, apurados em detalhado e extenso trabalho pericial, não foram objetivamente contraditados pelo recorrente, que limitou-se apenas a aduzir alegações genéricas, daí por inafastável a conclusão pela desatenção aos comandos legais e constitucionais que regem o tema, e consequente responsabilidade do réu, que foi o idealizador das medidas voltadas à exoneração de servidores do quadro efetivo.*
>
> *De mais a mais, o recorrente não conseguiu justificar o motivo pelo qual autorizou pagamento de horas extras, em flagrante ofensa ao artigo 22, inciso V, da Lei de Responsabilidade Fiscal.*
>
> *De outra banda, causa perplexidade considerando se tratar de Município de pequeno porte, a escolha por exonerar cargos como assistente social, auxiliar de enfermagem, dentista, atendente de saúde (fls. 99/102), para citar apenas alguns exemplos, cuja essencialidade é manifesta, e logo após, quando supostamente atingidos os objetivos com a redução dos gastos com pessoal, comissionar cargos como "orientadora social", "diretor de departamento de informática", "diretor de departamento de agropecuária", "diretor de setor de futebol", "diretor da divisão de incubadora de empresa".*

Constatado que o alcaide atentou ao dispositivo constitucional, os servidores exonerados acabaram sendo reconduzidos aos seus cargos por decisões judiciais que declararam a nulidade dos atos de exoneração – e o consequente pagamento dos períodos de afastamento, ensejador de prejuízo ao Erário.

No contexto assim delineado, resta claro que o Prefeito optou, nas palavras da D. Procuradoria Feral, por

"*privilegiar o quadro de servidores em comissão, em detrimento do quadro efetivo, em claro intuito de promover loteamento de cargos, uma vez que conforme amplamente demonstrado nos autos, as medidas de contenção com gastos com a folha de pagamento do funcionalismo não atenderam os requisitos constitucionais*."

Inegável, portanto, a prática do ato ímprobo descrito no *caput* do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, pois **a conduta ilegal de Waldomiro acarretou lesão ao erário.**

Em relação às sanções impostas, todavia, cabe afastar a multa e reduzir a suspensão de direitos políticos.

No plano econômico, a condenação à reparação do prejuízo sofrido, combinada com a proibição de contratação com o Poder Público por cinco anos – sanção necessária para assegurar que, por via transversa, a finalidade dissuasória da multa pudesse ser frustrada – mostra-se suficiente para exprimir o desvalor

jurídico da conduta apurada.

E bastante também se mostra suspender os direitos políticos do Prefeito por cinco anos – prazo bastante para que ele assimile a elevada reprovabilidade de sua conduta, e não se disponha a reiterá-la ao regressar à cena política do Município.

A condenação ao ressarcimento do dano, aplicada ao apelante nos autos nº 1000684-12.2019.8.26.0334, não se mostra injusta, mas condizente com o caso e com o dano infligido ao Erário.

Em razão da sucumbência recursal, nos autos nº 1000684-12.2019.8.26.0334, majora-se em uma décima parte a verba honorária fixada na origem, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, observada a concessão da justiça gratuita.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Ante o exposto, **concede-se parcial provimento** ao apelo do Prefeito na ação movida pelo Ministério Público; e **nega-se provimento** ao apelo na ação movida pelo Município.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044901-76.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DETRAN – DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO, é apelado MATHEUS HENRIQUE QUADRADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator, o Desembargador Afonso Faro Júnior. Prosseguindo nos termos do art. 942 do CPC, com a participação dos Desembargadores Jarbas Gomes, como 4º Juiz e Oscild de Lima Júnior, como 5º Juiz, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencidos o 4º Juiz, Desembargador Jarbas Gomes e o Relator sorteado, Desembargador Afonso Faro Júnior, que declarará voto, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.111)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP, vencedor, AFONSO FARO JR., vencido, RICARDO DIP (Presidente), AROLDO VIOTTI, JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 17 de dezembro de 2021.

Acesso ao Sumário

RICARDO DIP, Relator Designado

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. – Para a espécie, não se verificam as hipóteses previstas no art. 80 do Código de processo civil, devendo ser mantida a r. sentença que não aplicou a multa por litigância de má-fé.

– Não basta, para aferir a litigância de má-fé, a só emergência objetiva da conduta da parte, sendo, além disso, necessário o exame de concurso de dolo e ainda de um distinto elemento subjetivo, qual seja o da intenção de turbar ou entorpecer a atuação jurisdicional, circunstância que não se afere na espécie.

Não provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Matheus Henrique Quadrado impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo – Detran, visando ao reconhecimento da nulidade do processo administrativo de cassação de sua carteira nacional de habilitação – CNH por cerceamento de defesa.

2. O M. Juízo de origem denegou a segurança (*e*-págs. 196-7), e, do decidido, apelou o Detran, pleiteando a aplicação de sanções por litigância de má-fé (*e*-págs. 199-201).

Não se respondeu ao recurso (*e*-pág. 205), tendo o Ministério Público manifestado sua falta de interesse jurídico em atuar no feito (e-págs. 193-4).

É o relatório em acréscimo ao da sentença (*e*-pág. 216).

VOTO:

3. Versam os autos de mandado de segurança com o escopo de afastar a penalidade de suspensão do direito de dirigir do impetrante.

4. O ordenamento brasileiro em vigor autoriza, com efeito, a imposição da multa a que se refere o art. 80 do Código de processo civil.

A litigância de má-fé pressupõe, todavia, a ocorrência de dano processual, com exata capitulação e enquadramento da conduta a uma das hipóteses do artigo 80 do Código de processo civil, o que não se verificou no caso dos autos.

Ademais, não basta, para aferir a litigância de má-fé, a só emergência objetiva da conduta da parte, sendo, além disso, necessário o exame de concurso de dolo e ainda de um distinto elemento subjetivo, qual seja o da intenção de turbar ou entorpecer a atuação jurisdicional (vide EDcl no Ag 488.875-STF, j.

Acesso ao Sumário

29-11-2005; AgR na Rcl 842-STF, j. 26-10-000; REsp 1.358.705-STJ, j. 11-3-2014; AgR no REsp 1.374.761 STJ, j. 20-2-2014; AgR no AREsp 315.309 STJ, j. 19-9-2013; EDcl no Ag 691.061-STJ, j. 6-11-2012; REsp 1.204.918-STJ, j. 21-9-2010).

E essa especial intenção não parece configurada na espécie.

5. Ainda que se pudesse admitir a interpretação dada pela recorrente, no sentido de que a inicial busca alterar a verdade dos fatos e induzir o juízo ao erro ao referir a ausência de notificação da imposição de penalidade, os documentos que acompanham a própria inceptiva rechaçam essa tese.

Juntou o impetrante naquela oportunidade cópia do recurso administrativo interposto após a aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir (*e*-págs. 33-50), de forma que se verifica no caso concreto somente certa confusão na exposição dos fatos, ausente o dolo a ensejar a aplicação das sanções pela litigância de má-fé.

Cabe, assim, manter a r. sentença de origem.

6. Observa-se, por fim, 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, meu voto nega provimento à apelação do Departamento Estadual de Trânsito – Detran, mantendo a r. sentença prolatada nos autos de origem n. 1044901-76.2020 da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

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.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 13.445)

Vistos.

MATHEUS HENRIQUE QUADRADO impetrou o presente mandado de segurança contra ato do DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN/SP, alegando, conforme trecho do relatório da sentença, "*que foi instaurado contra si um processo administrativo de suspensão, **contudo não foi notificado para que pudesse se defender**, não tendo sido garantido seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Requereu a concessão da segurança a fim de que seja anulado o processo administrativo*".

A pretendida medida liminar foi indeferida, fls. 52/53.

Acesso ao Sumário

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações, fls. 123/189.

A r. sentença de fls. 93/96 denegou a segurança, afastando, contudo, a pretensão do impetrado à condenação do impetrante por litigância de má-fé.

Irresignado, apela o DETRAN às fls. 199/201, insistindo na aplicação de pena pela prática de litigância de má-fé pelo impetrante. Requer, ainda, sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, como previsto no art. 25 da Lei nº 12.016/09.

In albis o prazo para contrarrazões – fls. 205.

É o relato do necessário.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz sentenciante, entende-se que a r. sentença, no tocante à pratica de litigância de má-fé, não refletiu o melhor juízo sobre a questão.

Contrariamente ao alegado pelo impetrante, quanto ao processo administrativo que culminou com a imposição da pena de suspensão, não se verifica qualquer mácula.

Na verdade, da análise dos documentos juntados pelo impetrado em sua contestação (fls. 57/120), conclui-se que o impetrante não só foi notificado, mas que apresentou defesa administrativa.

Ademais, como muito bem destacado pela MM. Juíza *a quo*:

"*As notificações no processo administrativo referido nos documentos que acompanharam a inicial deram-se naquele endereço em que registrado o veículo, premissa que constitui ônus do demandante manter atualizado.*

Outrossim, os documentos de fls. 128/189 demonstram que as notificações foram encaminhadas ao endereço do impetrante.

É sabido que a presunção de veracidade e legitimidade é atributo dos atos administrativos. A presunção não pressupõe certeza, não é inequívoca, mas sim uma hipótese a qual se reputa verdadeira até que se prove o contrário. Então, diz-se que o ato é a priori legítimo e verdadeiro.

Tendo em vista que os documentos acostados, dotados de presunção de legitimidade e veracidade, atestam o envio das notificações, e é ônus do administrado a atualização de seu endereço junto ao órgão responsável (artigo 241 do Código de Trânsito Brasileiro), não há como considerar ausente a notificação conforme aduzido pelo autor.

Ademais, a impetrada se atentou para a necessidade de se aguardar a decisão definitiva no processo administrativo para que pudesse bloquear o prontuário do condutor, de modo que enquanto pendente de decisão da autoridade de trânsito, a pontuação constante do prontuário não poderia ser considerada subsistente para o ato de suspensão do direito de dirigir. No caso, é certo que a decisão proferida no processo administrativo instaurado contra o impetrante já é definitiva, de modo que não há empecilho para que o bloqueio seja realizado.

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, não é ilegal o ato da autoridade de trânsito que bloqueia o prontuário do impetrante depois que o mesmo já foi condenado no procedimento administrativo, tendo em vista que nada impede o órgão de trânsito de aplicar a penalidade depois de julgar definitivamente o processo administrativo.

Assim, a violação ao princípio da ampla defesa não se verifica".

Não é demais acrescer que o art. 282, § 1º, do CTB[1] é muito claro acerca da plena validade das notificações enviadas ao endereço constante do cadastro, ainda que devolvidas por desatualização – o que sequer ocorreu na espécie –, a comprovar a plena regularidade dos procedimentos adotado pelo impetrado, tanto no que tange à comunicação da infração e de imposição da penalidade, quanto ao processo administrativo, julgado após a efetiva ciência do impetrante para exercício do contraditório e de seu direito de defesa.

Portanto, a denegação da ordem era mesmo de rigor.

Demais disso, afirma o impetrante, conforme relato da inicial, que:

"...ao tentar consultar seu prontuário de pontuação de CNH, constatou que há contra si um Impedimento por Irregularidade Administrativa e com Portaria Instaurada, com 7 (sete) pontos em sua CNH, ***nunca nada tendo recebido em NOTIFICAÇÕES DE DECISÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, em que constasse como resultado INDEFERIDO, no qual foi lhe aplicado as penalidades de suspensão de sua CNH, não sabendo nem mesmo o prazo.***

Diligenciando a fim de obter informações do conteúdo do procedimento administrativo (Portaria), ***já que desconhecia totalmente****, descobriu que teve instaurado em seu desfavor, o Impetrante ao dirigir-se para renovação de sua CNH tomou conhecimento de sua certidão de prontuário que estava para ter sua carta suspensa e que não houve defesa junto aos PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, a Portaria Eletrônica,* ***não sabendo o motivo de tais procedimentos****, e quantos meses de suspensão de sua CNH haja visto o mesmo ser motorista que depende da CNH para prover seu sustento.*

Ocorre, porém, que o Impetrante nunca interpôs qualquer defesa, pois nunca foi intimado para tanto*...".*

Note-se, que, apesar de um tanto quanto confuso, no relato o impetrante sustenta que **nada sabia e foi surpreendido com a instauração, trâmite e encerramento dos procedimentos**, o que se mostrou inverossímil.

Não obstante se cuide de tentativa pouco hábil, desmentida por documen-

1 Art. 282. Caso a defesa prévia seja indeferida ou não seja apresentada no prazo estabelecido, será aplicada a penalidade e expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do cometimento da infração, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil que assegure a ciência da imposição da penalidade.

§ 1º A notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário do veículo será considerada válida para todos os efeitos.

tos, revela-se nítido o intuito de alterar a verdade dos fatos, desrespeitando o disposto nos arts. 77, I, e 80, II, do CPC.

Destarte, acolhendo o recurso do DETRAN, em razão da prática de atos de manifesta litigância de má-fé, consistentes em alterar a verdade dos fatos (art. 80, II, do CPC), litigando contra atos próprios posto que foi cientificado do procedimento, tendo inclusive apresentado recurso administrativo – procedendo de modo evidentemente temerário no processo (inc. v), **fica o impetrante/apelado condenado a pagar multa processual fixada em 02 (dois) salários-mínimos**, nos termos do § 2º do art. 81[2] – pois irrisório o valor atribuído à causa[3] –, que deverá ser recolhida quando do retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, sob pena de inscrição do débito em dívida ativa.

Como o art. 25 da Lei nº 12.016/09 faz remessa ao art. 81, *caput*, do CPC, ao afirmar a aplicação das sanções no caso de litigância de má-fé, **condeno-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios** fixados, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC, **em R$ 1.000,00.**

Ante o exposto, pelo meu voto, dar-se-ia provimento ao recurso, com aplicação de multa e fixação de honorários, em desfavor do impetrante/apelado.

Eventuais recursos que sejam interpostos deste julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

AFONSO FARO JR., Relator vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001731-77.2020.8.26.0498, da Comarca de Ribeirão Bonito, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MUNICÍPIO DE DOURADO.

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 **59.111)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

Acesso ao Sumário

2 Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, **a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou**.

...

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

3 R$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais) – fls.8.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.
VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de cobrança – Convênio firmado entre o Estado e a Prefeitura de Dourado, para realização de evento esportivo – Rescisão do convênio, por parte do Estado, após a realização do mencionado evento, sob alegação de entraves financeiros – Necessidade de reembolso dos valores despendidos pela Municipalidade, que não deu causa à rescisão – Sentença de procedência da demanda confirmada – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 95/104) interposta pela **Fazenda do Estado de São Paulo**, nos autos de ação de cobrança ajuizada pela **Prefeitura Municipal de Dourado**, em face da r. sentença de parcial procedência da demanda (fls. 84/89), para condenar a requerida ao pagamento das despesas efetivamente suportadas em razão da rescisão do Convênio nº 198/2018, montante este que deverá ser documentalmente demonstrado na fase de execução, sendo o montante principal limitado ao valor principal de R$ 170.000,00. A quantia devida deverá ser atualizada monetariamente pelo índice IPCA-E, desde o inadimplemento, e juros moratórios em conformidade com aqueles da caderneta de poupança, nos termos da Lei nº 11.960/09, desde a citação, observando-se o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do referido Diploma Legal. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com o pagamento das despesas processuais que desembolsou, bem como arcará a autora com honorários advocatícios fixados em 10% sobre a parcela do pedido que decaiu, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC, e a requerida arcará com honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, com fundamento no art. 85, § 3º, do CPC.

A apelante pretende o provimento do recurso para reforma da r. sentença, com a improcedência da demanda, sustentando, em resumo: **(a)** ficou demonstrado nos autos que a transferência dos valores não ocorreu em estrito cumprimento das normas de direito financeiro, visto que não seria possível o pagamento de valores após o encerramento do exercício financeiro; **(b)** em razão da avença firmada entre os entes públicos, convênio, havia a possibilidade de rescisão unilateral, o que também justificaria o não repasse das verbas anteriormente pactuado; **(c)** se os convênios são marcados pelo interesse recíproco entre os pactuantes e mútua cooperação, é necessário que esse interesse subsista no tempo para que a avença subsista, e no caso dos autos, quando o evento ocorreu

já não havia o necessário interesse da Fazenda do Estado na sua realização, visto que o advento de norma que impediu o repasse de verbas após novembro daquele ano.

O recurso foi processado e contrariado (fls. 108/112); então, os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Foi firmado o Convênio nº 198/2018, entre o **Estado de São Paulo**, por intermédio da Secretária de Esporte, Lazer e Juventude, e a **Prefeitura Municipal de Dourados**, que tinha por objeto a transferência de recursos financeiros, para a cobertura parcial de despesas com a realização de evento esportivo denominado *1º Desafio Dourado de Velocross & Motocross Free Styles.*

Após a lavratura do convênio, a emissão de nota de empenho e liberação do pagamento em favor do Município, a municipalidade cuidou de realizar licitações e contratar as empresas para realização do evento.

Contudo, em razão do advento do Decreto Estadual nº 63.777/18, que disciplinou o encerramento do exercício financeiro do Estado no ano de 2018 para o mês de outubro, não foi possível o repasse das verbas, pois o convênio entre as partes foi firmado em dezembro de 2018, portanto, quando já encerrado o exercício financeiro daquele ano. Assim, o Estado rescindiu o convênio, nos termos da cláusula 8ª do pacto.

Foi então ajuizada a presente ação de cobrança, uma vez que, como já adiantado a municipalidade, contanto com o repasse dos valores, realizou as contratações necessárias, teve despesas e o evento foi realizado.

Com efeito, em que pese o entendimento contrário, a r. sentença de procedência da demanda está correta e não comporta reparo. Daí, o apelo não vinga. Confira-se o julgado monocrático:

> "Prefacialmente, anote-se que segundo ensinamento doutrinário, convênios são 'acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos comuns dos partícipes' (MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 371).
>
> Ao contrário do que ocorre no contrato administrativo, em que, em regra, imperam interesses antagônicos e se almeja lucro, neste tipo de ajuste se vislumbra primordialmente a convergência de objetivos.
>
> Dada a característica de cooperação mútua e ausência de vínculo contratual entre os partícipes, aos convênios administrativos não se deve, portanto, emprestar extrema rigidez interpretativa.
>
> Tanto que, segundo disposto no artigo 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93: 'Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres celebrados

Acesso ao Sumário

por órgãos e entidades da Administração'.

É que aqui a intenção dos signatários é somente de justapor esforços voluntários na consecução de um fim comum, com assunção de deveres derivados da boa-fé e confiança, em idêntico nível de isonomia jurídica.

Consequentemente, se do ajuste não resultam obrigações recíprocas, típicas dos contratos administrativos, quaisquer de seus partícipes, da mesma forma que dele livremente participam, podem se retirar sem quaisquer penalidades.

Não por outra razão, no âmbito do Estado de São Paulo, o próprio Decreto nº 59.215/2.013, que trata da matéria, expressamente fixa como cláusula necessária a constar do corpo clausulado do instrumento do convênio o 'modo de denúncia (por desinteresse unilateral ou consensual)', sem nada a mais ressalvar (cf. artigo 11, § 1º, item '3', alínea 'j').

A responsabilidade, neste caso, fica limitada aos encargos e vantagens atinentes ao tempo em que o desistente, sponte sua, integrou o acordo, não podendo para além disso se estender.

Pois bem.

Nos idos do ano de 2018, as partes firmaram o Convênio nº 198/2018, possuindo como objeto a transferência de recursos financeiros para 'cobertura parcial de despesas com a realização do evento esportivo intitulado '1º Desafio Dourado de Velocross & Motocross Free Styles' (fl. 20, cláusula 1ª).

Consoante se denota da avença firmada, o valor global do convênio corresponderia à quantia de R$ 171.800,00, comprometendo-se a Fazenda Estadual a efetuar o repasse da quantia de R$ 170.000,00 (fl. 21, cláusula 4ª).

A Fazenda Estadual não diverge acerca da existência do convênio entre as partes, tampouco sustenta que a Municipalidade descumpriu algum dos termos fixados no acordo entabulado.

Acerca das questões postas à apreciação, com sustentáculo no Decreto Estadual nº 63.777/18, a demandada esclarece que o exercício financeiro do Estado em 2018 encerrou-se entre os dias 01 e 08 de novembro, portanto, somente haveria pagamento das notas de empenho expedidas até aquela data. Assim, considerando que o convênio fora firmado em dezembro de 2018, o repasse dos recursos somente ocorreria no ano seguinte.

Ocorre, no entanto, que exercendo faculdade prevista no contrato entabulado, a Fazenda Estadual optou por rescindir o convênio, deixando de fazer o repasse do montante da maneira que havia sido ajustada.

Como será adiante fundamentado, a conduta da demandada não a isenta do cumprimento das obrigações firmadas junto à Municipalidade, motivo pelo qual a ausência do repasse deve ser reputada como ilegítima.

Acesso ao Sumário

Isso porque, a documentação encartada ao feito demonstra que a rescisão contratual somente ocorreu após a concretização do objeto previsto no convênio celebrado entre as partes (fls. 19, 64 e 69).

Desta forma, amparada na avença firmada, a Fazenda Municipal já havia contratado pessoa jurídica para organização e realização do supracitado evento e, mediante contrato firmado com esta, obrigou-se a efetuar o pagamento pelos serviços prestados (fls. 13/16).

Portanto, a rescisão do convênio efetuada em momento posterior à concretização de seu objeto (realização do evento), por certo, acarretou a assunção de despesas inesperadas pela Fazenda Municipal, visto que contratou empresa prestadora de serviços com a certeza de que receberia o repasse do montante pactuado junto à Fazenda Estadual, o que não ocorreu.

Assim, inadmissível que a rescisão realizada possa onerar o autor, que se obrigou, de boa-fé, a proceder ao evento seguindo os regramentos e diretrizes acordados entre as partes.

Nessa vereda, o evidente prejuízo ocasionado ao demandante, demonstrado pelo documento acostado às fls. 13/16, constitui fator apto a ensejar o dever da requerida a indenizar a requerente pelos prejuízos ocasionados.

Ressalte-se, por oportuno, que não se está a dizer que a Fazenda Estadual não possuía a prerrogativa de encerrar unilateralmente o convênio firmado. Este fato não se questiona.

Contudo, conforme já fundamentado, considerando que a rescisão do convênio somente ocorreu após concretizado o objeto do pacto e, ainda, atentando-se para o fato de que não foi apontado qualquer descumprimento ocasionado pela Municipalidade que pudesse justificar o rompimento do acordo, a demandada torna-se responsável pelo ressarcimento das despesas suportadas pelo demandante.

Necessário salientar, no entanto, que o encerramento do convênio enseja única e exclusivamente a obrigação de ressarcimento pelas despesas geradas até o seu término ou em decorrência deste, não ensejando, obviamente, a automática obrigação de repasse da integralidade da verba pactuada, eis que a ausência de manutenção do acordo propicia tão somente a obrigação de que as despesas comprovadamente suportadas sejam ressarcidas pelo partícipe retirante.

In casu, o pedido de cobrança formalizado pelo autor atrela-se ao valor nominal da verba prevista no contrato, ou seja, a quantia de R$ 170.000,00. Todavia, os documentos acostados aos autos indicam que as despesas suportadas pelo requerente são de menor monta, correspondendo ao valor de R$ 105.400,00 (fls. 13/16).

Dessarte, a condenação da Fazenda Estadual deverá ser limitada às despesas efetivamente suportadas em razão da rescisão levada a cabo, o que deverá ser comprovado documentalmente na fase de exe-

Acesso ao Sumário

cução do julgado".

Deveras, não se pode deixar de considerar que o tal evento esportivo foi projetado com a previsão de crédito advindo de convênio e liberação dos recursos pelo Estado. E, nesse aspecto, não se configurou nenhuma conduta da municipalidade que teria gerado a não concretização do avençado.

Pelo contrário, o convênio foi celebrado entre as partes em 17/12/2018, para, logo na sequência, a realização do evento entre os dias 21 e 23 de dezembro; porém, o Decreto, invocado pelo Estado para não cumprimento do avençado, foi publicado em 31/10/2018. Ou seja, a FESP já sabia dessa suposta incompatibilidade financeira quando assinou o convênio com a municipalidade.

E, ainda que a cláusula oitava traga a possibilidade de denúncia ou rescisão do contrato, ela não pode ser invocada como salvo conduto para qualquer conduta do Estado.

Aliás, vale analisar o teor da mencionada cláusula: "*Este convênio poderá ser denunciado pelos partícipes a qualquer tempo, mediante notificação prévia com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, e será rescindido por infração legal ou descumprimento de quaisquer de suas cláusulas*".

Assim, anote-se que o teor do próprio convênio exige a antecedência de notificação, no prazo mínimo de 30 dias, para a denúncia ou rescisão, o que, certamente também não foi observado, uma vez que o município foi notificado apenas em 31/01/2019 sobre a pretensão de rescisão (fls. 64), a qual se efetivou em 11/11/2019 (fls. 69), quase onze meses após a realização do evento.

Destarte, não há outra solução possível que não o reconhecimento de que o crédito reclamado deve ser reconhecido como certo e devido, ante a efetiva realização do evento, aliás, inquestionada.

Em outras palavras, a tal cláusula oitava, não autoriza a conduta levada a efeito pelo Estado, pois as questões invocadas para não liberação dos valores não decorrem de fato imputável à municipalidade, que, assim, não lhe deu causa.

Assim, forçoso reconhecer o cristalizado inadimplemento, e o acerto da r. sentença na condenação da ré ao pagamento das despesas comprovadas com a realização do evento, até o limite de R$ 170.000,00, com os acréscimos legais de correção monetária e juros de mora.

Quanto aos acréscimos – correção monetária e juros de mora, a rigor, a r. sentença está correta.

Deste modo, é o caso de manter a r. sentença atacada, que bem resolveu a lide, inclusive no ponto da condenação da ré ao pagamento das despesas processuais, a título de reembolso, e de honorários de advogado, devidos em razão da sucumbência (art. 85, *caput*, do CPC) e que foram bem fixados, em sintonia com a lei (art. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC) e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nada justificando sua redução. Outrossim, a verba hono-

Acesso ao Sumário

rária deve ser majorada, pelo acréscimo da fase recursal (art. 85, § 11, do CPC), o que faço, para a fixar em 11% do valor total da condenação, que entendo, para o caso, suficiente e adequado aos nortes legais e da equidade.

Por fim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a r. sentença, com a majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001067-91.2015.8.26.0125, da Comarca de Capivari, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAPIVARI, é apelado H.B.C.B.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso voluntário não provido, e recurso adesivo parcialmente provido, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e KLEBER LEYSER DE AQUINO.

São Paulo, 12 de janeiro de 2022.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. AGRESSÃO SOFRIDA POR ALUNA (MENOR) EM ESCOLA MUNICIPAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSOS VOLUNTÁRIO E ADESIVO. PRETENSÃO DE REFORMA. POSSIBILIDADE, MAS EM PARTE. Sem arguição de preliminares. No mérito, confirmados os termos da r. sentença por seus próprios fundamentos, salvo em relação ao valor (R$ 15 mil) a título de dano moral e à pensão mensal vitalícia. Conquanto subjetiva a estipulação do valor da indenização por dano

Acesso ao Sumário

moral, a compensação deve ser fixada em montante que possa penalizar a conduta negligente, sem constituir enriquecimento, e observando-se a natureza do dano, suas consequências e condições econômicas das partes. Na hipótese, foi comprovado o nexo de causalidade. Responsabilidade objetiva da Administração (CF, art. 37, § 6º). Autora que, de fato, foi agredida por outro aluno da mesma instituição escolar onde matriculada. Conforme o laudo, houve diminuição da perna direita (5 cm), além de dano funcional grave e permanente do quadril direito (75%), afetando a capacidade laborativa permanentemente. De rigor a majoração do valor do dano moral a R$ 45 mil, e a fixação de pensão mensal vitalícia, desde os 14 anos (CF, art. 7º, XXXIII), correspondente a 2/3 do salário mínimo, até os 25 anos, quando será reduzida à 1/2 (metade) do salário mínimo, até os 62 anos. Sentença mantida quanto aos demais termos. Honorários recursais devidos.

Recurso voluntário não provido, e recurso adesivo parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de indenização ajuizada por H.B.C.B. em face do Município de Capivari, objetivando, em síntese, condená-lo ao pagamento de valor correspondente aos danos material (R$ 521, 50), moral (300 salários mínimos) e estético (300 salários mínimos), assim como pensão mensal vitalícia (2 salários mínimos), até completar 75 (setenta e cinco) anos de idade, decorrentes de agressão sofrida, em 13/8 /2012, quando ainda menor de idade, por aluno integrante da mesma turma escolar (4º ano do ensino fundamental) enquanto frequentava aula de educação física na quadra poliesportiva da Escola Municipal Professor Cherubim Fernandes Sampaio, ocasionando-lhe diminuição de tamanho da perna direita em cerca de 5 (cinco) centímetros, além de redução permanente da capacidade de locomoção e laborativa, haja vista a gravidade dos danos, pois fraturado o colo femoral direito, com necessidade de intervenções cirúrgicas e fisioterapia.

Foram os autos instruídos com laudo técnico (fls. 146/163), elaborado por perito do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (IMESC), a partir de exames direto e indireto da autora.

Acesso ao Sumário

A r. sentença (fls. 193/201) julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o requerido a ressarci-la pelos danos material (R$ 521,50), estético (R$ 15.000,00) e moral (R$ 15.000,00), corrigidos monetariamente e compensados pela mora (STF, Tema 810), além dos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios, estes em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, ao fundamento de que, pelo conjunto probatório, ter-se-ia verificado a materialidade dos fatos, a verossimilhança das provas e da narrativa, e a responsabilidade objetiva.

Contra essa decisão, apelaram o Município e, adesivamente, H.

Sustenta o requerido (fls. 203/208) os mesmos argumentos da contestação, para ainda ressaltar que, por não ter sido constatado ato ilícito da Administração ou de seus agentes, não se poderia falar em responsabilidade objetiva, para ainda pugnar pela redução dos valores arbitrados pela r. sentença a título de danos moral e estético, pois caracterizariam enriquecimento ilícito.

Por sua vez, reitera a autora (fls. 216/221) as mesmas alegações da inicial, para pleitear a majoração dos valores definidos a título de dano moral, bem como a concessão à pensão vitalícia, eis que a gravidade dos fatos permaneceria contemporaneamente, pois ainda andaria manquejando e teria de se submeter a nova cirurgia.

Os recursos foram recebidos, mas respondido (fls. 229/234) apenas o do requerido, deixando este transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões ao da autora, apesar de intimado (fls. 235/235v.), assim como distribuídos livremente a esta relatoria (fl. 241).

O Ministério Público absteve-se de se manifestar sobre o mérito em razão de a autora ter atingido a maioridade civil no decurso da instrução.

É o relatório.

Fundamento e voto.

Inicialmente, afastam-se todas as questões, arguidas ou tácitas, que possam prejudicar a análise do mérito.

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito, os termos da r. sentença, salvo em relação ao dano moral e à pensão, devem ser confirmados por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais passo a adotar como razão de decidir, forte no artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pelo Assento Regimental nº 562, de 2017, segundo o qual:

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

O Superior Tribunal de Justiça tem legitimado este posicionamento:

"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DE-

CLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da l ide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida. 2. 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. 3. Recurso especial não provido."

(REsp 662.272 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Julgamento: 04/09/2007).

Deve-se acrescentar, ainda, que a responsabilidade civil do Estado e, consequente procedência da ação de indenização, já recebeu diversos tratamentos ao longo da evolução da sociedade: teoria da irresponsabilidade, que excluía a responsabilidade do Estado, ao fundamento da supremacia de sua soberania (sob o princípio de que "o rei não erra"), passando para a teoria da responsabilidade com culpa, fundada em critérios do direito civil, e, finalmente, as teorias publicistas, das quais decorreram a teoria da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral.

A Constituição Federal de 1988 acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, consoante se infere do artigo 37, § 6º:

*"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsá*vel nos casos de dolo ou culpa*"*.

É suficiente, portanto, a ocorrência do dano resultante da atuação administrativa, independentemente de culpa (*lato sensu*), uma vez que a culpa (*stricto sensu*) ou o dolo são apuráveis no que tange ao direito de regresso contra o responsável.

Por seu turno, o ressarcimento dos danos material, moral e/ou estético depende da existência de ato praticado indevidamente, ou omissão quando deveria agir, pela Administração, bem como do nexo de causalidade.

Nesse sentido, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

"Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do compor-

tamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o eventus damni , sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. "

(RE 481.110 - AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-2-2007, Segunda Turma, DJ de 9-3-2007).

No caso dos autos, foram comprovados os fatos, os danos e a relação de causalidade entre eles, conforme se verifica, dentre outros, dos contratos (fls. 43/44), receituários (fls. 15/16 e 18/19), exames de toda sorte (fls. 17, 22, 24/25, 30/31), demais prescrições, avaliações, laudos e relatórios médicos (fls. 32/49) e ocorrências formuladas pela própria instituição de ensino (fls. 50/53).

Com efeito, é possível se denotar que foi a autora, de fato, agredida por outro aluno da mesma instituição escolar onde matriculada, por razões típicas da imaturidade de criança de tenra idade, durante período regular de aula (fl. 50).

Conforme descrito e relatado no laudo médico legal, muito embora seja possível que a autora, à época da agressão, possuísse algum nível de morbidade na região afetada ("*Epifisiólise*"), que liga o fêmur ao quadril, conclui-se, de todo modo, que "***há nexo de agravamento da patologia com o tipo de trauma sofrido nas dependências da requerida no dia 13/8/2012***", com, ainda, "***dano patrimonial/ funcional grave e permanente em torno de 75% para o quadril direito considerando uma classificação de 0% a 100%", e "capacidade laborativa parcial e permanentemente prejudicada devendo evitar atividade com sobrecarga ou que demandem mobilidade total do quadril direito***" (fl. 162).

Como se viu, são sequelas permanentes, em alto percentual de proporção, ainda que parciais, e que afetam diretamente a capacidade laborativa, não obstante demais constrangimentos e privações que atingiram a autora ao longo da infância, adolescência e, agora, fase adulta.

A doutrina clássica já se debruçou sobre a temática, salientando Celso Antonio Bandeira de Mello que:

"[...] já se referiu que a noção de Estado de Direito reclama a de *Estado responsável. Mencionou-se, outrossim, a verdade cediça de que as condições em que o Poder Público pode produzir dano são muito distintas das que ocorrem nas relações entre particulares. O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isso, não há cogitar de culpa, dolo ou infração do Direito*

Acesso ao Sumário

quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa, dano a alguém. Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio d*o preceito da isonomia.* [...]. Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contu*do* é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende*. Vale dizer*: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão dec*isivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva*."

(*Curso de direito administrativo*. 25. ed., 2008, São Paulo: Malheiros, p. 994-1002).

Quanto ao dano moral, este decorre dos sentimentos dolorosos por que passou o autor diante dos fatos narrados. Segundo Marcus Cláudio Acquaviva:

"A expressão dano moral ou não patrimonial evoca, de imediato, a ideia de que o ser humano é, também, espírito e, por isso, sentimento, emoção. [...]. *No dizer de Antônio Chavez, 'dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor f*isica *– dor – sensação, como a denomina Carpenter –, nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material'.* [...]. *No diapasão dos tribunais, a doutrina moderna aceita, irrestritamente, a reparação pecuniária do dano moral, como o faz Agostinho Alvim: 'Não é por causa desta ou daquela hipótese, mais ou menos ridícula, que havemos de rejeitar um instituto são e útil. Na realidade, não se pode admitir que o dinheiro faça cessar a dor, como faz cessar o prejuízo patrimonial. Mas, em muitos casos, o conforto que possa proporcionar mitigará, em parte, a dor moral, pela compensação que oferece.' "*

(Dicionário jurídico Acquaviva. 3. ed., São Paulo: Rideel, 2009, p. 268-269).

Na hipótese, o ato que violou o direito da autora, causando-lhe dano, e que, por isso e por não ter sido efetuado no exercício regular de um direito reconhecido, tornou-se ilícito foi a omissão, ainda que não dolosa, em fiscalizar e evitar agressões como a descrita, pois não implicado, de nenhum modo, qualquer tipo de responsabilidade no evento à autora, restando incontroversa a desídia administrativa, por manifesta falta do serviço, afrontando-se os princípios mais elementares da Administração Pública, tais como a eficiência, prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 37, *caput*), no trato de crianças de tenra idade.

Acesso ao Sumário

Com efeito, constatado o dano, o ato ilícito e ação/omissão culposa do requerido, assim como o nexo de causalidade entre os fatos, a norma e a subjetividade da culpa, caracterizado está o direito à indenização.

O dano moral, por sua vez, decorre dos sentimentos dolorosos por que passou o autor diante dos fatos narrados. Segundo Marcus Cláudio Acquaviva:

> *"A expressão dano moral ou não patrimonial evoca, de imediato, a ideia de que o ser humano é, também, espírito e, por isso, sentimento, emoção.* [...]. *No dizer de Antônio Chavez, 'dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter –, nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material'.* [...]. *No diapasão dos tribunais, a doutrina moderna aceita, irrestritamente, a reparação pecuniária do dano moral, como o faz Agostinho Alvim: 'Não é por causa desta ou daquela hipótese, mais ou menos ridícula, que havemos de rejeitar um instituto são e útil. Na realidade, não se pode admitir que o dinheiro faça cessar a dor, como faz cessar o prejuízo patrimonial. Mas, em muitos casos, o conforto que possa proporcionar mitigará, em parte, a dor moral, pela compensação que oferece.'"*

(Dicionário jurídico Acquaviva. 3. ed., São Paulo: Rideel, 2009, p. 268-269).

No que diz respeito ao montante indenizatório, conquanto subjetiva a estipulação do valor da indenização por dano moral, uma vez que não existem critérios determinados para a quantificação, a compensação deve ser fixada em montante que possa penalizar a conduta negligente do ofensor, sem constituir enriquecimento indevido.

O arbitramento da indenização por dano moral deve ser feito com moderação, tendo em vista a natureza do dano, suas consequências na vida e nas condições econômicas das partes.

Há, assim, que observar o princípio da lógica do razoável, ou seja, "*importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes*" (Sérgio Cavalieri Filho, *Responsabilidade Civil*, p. 116).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça vem firmando orientação no sentido de que "*a indenização pelo dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios*

Acesso ao Sumário

sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso" (REsp 205.268, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, V.U., j.: 8/6/1999).

No caso dos autos, a considerar os infortúnios pelos quais sofreu a autora, não há nenhum manifesto exagero ou miniaturização na majoração em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) do valor inicialmente arbitrado (R$ 15.000,00) pela r. sentença, alcançando-se o produto, portanto, de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) a título de dano moral, atendendo-se aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade.

Do mesmo modo devem ser analisadas as circunstâncias quanto ao dano estético, o qual não se confunde com o dano moral e pode ser fixado cumulativamente a este, conforme a jurisprudência firmada já há muito no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo o enunciado da Súmula nº 387:

> ***"É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."***

Nesse mesmo sentido também segue a jurisprudência desta C. Corte:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANIMAL NA PISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. Pretensão voltada à reparação indenizatória decorrente de choque de automóvel com cavalo na pista. Ato omissivo estatal. Configurada a deficiência de serviço público, que leva à análise da questão sob o prisma da responsabilidade subjetiva. Comprovação do dano e do nexo de causalidade. Inexistência de culpa exclusiva do autor ou de qualquer outra excludente da responsabilidade civil. Danos morais e estéticos configurados, arbitrados na sentença em R$ 10.000,00 cada. Possibilidade de cumulação (Súmula nº 387 do STJ). Valor do dano estético mantido, porque foi constatada pela perícia pequena assimetria na mão esquerda do autor, de grau leve e difícil percepção. Dano moral insuficiente, sendo cabível a sua majoração para R$ 20.000,00, em razão das circunstâncias e das graves consequências advindas do acidente, acrescido de correção monetária desde a data do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ) e juros moratórios desde o evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), calculados de acordo com o decidido pelo STF no RE nº 870.947/SE, Tema nº 810. Afastada a condenação do autor nas verbas da sucumbência, porque foi desacolhida parte mínima de seu pedido inicial. Ônus de sucumbência suportados apenas pelo réu. Aplicação do art. 86, parágrafo único, do CPC. Majoração da verba honorária, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré não provido e recurso do autor provido em parte."*

(Apelação Cível 0007432-32.2008.8.26.0506; Rel. Djalma Lofrano Filho; 13 ª Câmara de Direito Público; j.: 29/1/2020).

Por fim, acerca da pensão mensal vitalícia, tal pretensão, no caso, deve ser atendida, pois, de acordo com a firme jurisprudência desta Corte, não é pressuposto desse entendimento que a autora contribuísse domesticamente para a família, ou que estivesse perto de fazê-lo, haja vista a constatação, mesmo que parcial, da perda permanente da capacidade laboral por meio da perícia, contra a qual puderam as partes se manifestar, atendendo-se os primados do contraditório e da ampla defesa.

Os precedentes deste Tribunal de Justiça, incluindo-se os desta Câmara, seguem nessa mesma esteira, após enfrentar circunstâncias análogas às do presente caso:

> "*RESPONSABILIDADE CIVIL. Colisão de caminhões. Fumaça decorrente de queimada de cana-de-açúcar em propriedade lindeira à Rodovia Marechal Rondon que causou diminuição da visibilidade dos motoristas. Ação de indenização fundada na responsabilidade subjetiva da concessionária que administra a rodovia e dos proprietários da fazenda onde ocorreu a queimada. Improcedência da ação em relação à concessionária. Fato de terceiro. Empresa que deve garantir a manutenção das boas condições de tráfego da rodovia. Omissão dos agentes da concessionária não comprovada. Nexo causal e falha do serviço não caracterizados. Responsabilidade civil dos donos da propriedade. Contrato de parceria agrícola que não afasta essa conclusão. Aplicação da teoria do risco da atividade. Autor que trafegava em velocidade acima da máxima permitida, em companhia do filho de nove anos de idade. Culpa concorrente. Responsabilidade que deve ser dividida entre as partes.* ***Criança que sofreu amputação da perna esquerda. Indenização por danos moral e estético devida. Perda parcial e permanente da capacidade laboral que justifica a condenação dos réus ao pagamento de pensão mensal vitalícia.*** *Motorista autor que sofreu lesões graves e permaneceu afastado das atividades laborais por sessenta dias. Indenização por dano moral e lucros cessantes. Redução das indenizações dos autores à metade, em razão da concorrência de culpas. Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso parcialmente provido para julgá-la procedente em parte em relação aos réus proprietários da fazenda.*" (destaquei)
>
> (Apelação Cível 1050854-53.2015.8.26.0002; Relator: Antonio Carlos Villen; 10ª Câmara de Direito Público; julgamento: 12/7/2021).
>
> "*Indenização – Responsabilidade Civil – Menor sob tutela do Estado – Danos físicos decorrente de ingestão de soda cáustica ministrada pela avó – Ingresso de terceiros na UTI de hospital público – Dever de indenizar – Negligência caracterizada – Majoração do valor dos danos morais – Majoração da indenização por danos estéticos – Laudo pericial comprovando comprometimento parcial da atividade laboral – Comprometimento da fala – Pensionamento devido a partir do início da idade*

Acesso ao Sumário

laborativa – Recurso da Autora parcialmente provido e não provido o recurso da Fazenda do Estado." (destaquei)

(Apelação Cível 1006568-64.2015.8.26.0624; Relator: Marrey Uint; 3ª Câmara de Direito Público; julgamento: 19/10/2021).

E, também, a *contrario sensu*:

"*ACIDENTE DE TRÂNSITO – Atropelamento de pedestre que caminhava na calçada – Ação de indenização por danos materiais (pensão mensal) e morais proposta contra o condutor do veículo – Sentença de parcial procedência – Apelo de ambas as partes – Alegação de que o evento se deu por culpa de terceiro – Ausência de comprovação – Eventual culpa de terceiro que não afasta a responsabilidade do causador direto do dano – Nexo de causalidade entre o evento e as lesões sofridas pelo autor – **Constatação da incapacidade laboral total e temporária do autor – Pensão mensal vitalícia – Descabimento – Inexistência de incapacidade permanente** – Pensão mensal temporária – Manutenção da condenação – Desnecessidade de comprovação da redução dos rendimentos ou da perda de emprego – Possibilidade de cumulação do benefício previdenciário com pensão decorrente de ato ilícito – Precedentes – Exigibilidade do pedido de indenização por danos morais – Valor da indenização – Adequação ao agravo sofrido pelo autor, observada a capacidade econômica do réu – Artigo 944 do Código Civil – Apelação do autor parcialmente provida, desacolhida a do réu*" (destaquei)

(Apelação Cível 1014812-91.2014.8.26.0405; Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan; 29ª Câmara de Direito Privado; julgamento: 27/5/2019).

Do que se depreende dos citados julgados, verificada a perda da capacidade laboral permanente, a vítima, que, injustamente, sofreu com a ação/omissão ilícita, por não decorrer do exercício regular de um direito, faz jus à pensão vitalícia, a partir da idade em que poderia iniciar as atividades laborais, mesmo que na condição de aprendiz (CF, art. 7º, XXXIII), haja vista incidir-se à hipótese o postulado da isonomia, compensando-se a perda capacitativa. Na parte em que trata da indenização pela responsabilidade civil, assim dispõe o Código Civil:

"*Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, **ou se lhe diminua a capacidade de trabalho**, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, **incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou**, ou da depreciação que ele sofreu.* " (destaquei)

No caso, houve comprometimento quase que total (75%) da mobilidade da região entre a bacia e a perna, embora de apenas um dos lados (direito).

Portanto, nos termos da fundamentação acima, vislumbrada a verossimilhança das razões recursais da autora, de rigor a reforma parcial da r. sentença, para se majorar o valor arbitrado a título de dano moral, que deve totalizar R$

Acesso ao Sumário

45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), bem como fixar-se pensão mensal vitalícia, a contar desde os 14 (quatorze) anos de idade, que deve corresponder a 2/3 (dois terços) do salário mínimo vigente, até alcançar 25 (vinte e cinco) anos de idade, quando então será reduzida à 1/2 (metade), até os 62 (sessenta e dois) anos de idade, cujas parcelas vencidas, por serem de trato sucessivo, devem ser corrigidas monetariamente e compensada pela mora a partir de cada vencimento (CC, art. 397, *caput*), e não do evento danoso (REsp 1270983/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j.: 8/3/2016), observados, ainda, os índices definidos pelo STJ (Tema 905) para condenações de natureza administrativa em geral, incluindo-se, quanto a esses, as parcelas vincendas, ficando mantidos, no mais, os seus termos como proferidos.

Sendo assim, a verba honorária fixada em primeiro grau deve ser majorada em 2% (dois por cento), sobre os mesmos parâmetros, em atenção ao artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º e 11, do Código de Processo Civil e ao trabalho em grau recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso do requerido, e **dou parcial provimento** ao recurso adesivo da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0015933-34.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÃO PAULO URBANISMO - SP URBANISMO, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e CONSTRUTORA CVS S.A. e Apelado/Apelante 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: "Deram provimento ao apelo da São Paulo Urbanismo - SP Urbanismo e deram parcial provimento ao apelo do MP. V.U. Sustentaram oralmente o Excelentíssimo Procurador de Justiça Doutor José Carlos de Freitas e a Doutora Paula Nelly Dionigi", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.010)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 16 de dezembro de 2021.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Contaminação do solo do local da construção do Museu de História de São Paulo. Não configurada a ilegitimidade ativa ou falta de interesse de agir. Ausente a alegada prescrição, posto que o dano ambiental se protrai no tempo, renovando-se o prazo para a prática do ato processual. Não configurado o nexo causal entre ser proprietário e o dano perpetrado. Situação distinta da disciplinada na Súmula 623 do Superior Tribunal de Justiça. Inviável aplicar a responsabilidade ambiental por presunção. Afastada a condenação em face da proprietária do imóvel. O Estado de São Paulo e a Construtora C.V.S. são responsáveis, pois não tomaram medidas adequadas para a contenção da contaminação da área, pelo contrário, contribuíram para o seu agravamento. Condenação solidária em adotar medidas para a recuperação ambiental e a compensar os danos ambientais irreversíveis decorrentes dos atos de agravamento do dano. É proporcional e não ofende a Constituição Federal a tutela disciplinada na Lei Estadual nº 13.577/2009, Resolução CONAMA nº 420/2009 e outras normas que impõem parâmetros para a remediação da área contaminada. Inexigibilidade de tratamento ambiental além do previsto na legislação. Indeferidos os demais pedidos da inicial. DADO PROVIMENTO ao apelo da São Paulo Urbanismo - SP Urbanismo e DADO PARCIAL PROVIMENTO ao apelo do MP.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por São Paulo Urbanismo - SP Urbanismo e Ministério Público do Estado de São Paulo em face da r. sentença de fls. 3561/3563 e 3618/3619 que julgou parcialmente procedente a ação civil pública ajuizada pelo MP, ora apelante, em face do Estado de São Paulo e Construtora CVS S/A, ora apeladas, e São Paulo Urbanismo, ora apelante, para condenar esta última em obrigação de fazer consistente em adoção de medidas para a recuperação ambiental da área, as quais deverão ser especificadas em sede de liquidação de sentença, por meio de perícia.

Com razões recursais a fls. 3627/3641, São Paulo Urbanismo - SP Urbanismo pugna pelo conhecimento do agravo retido que impugnou a decisão que afastou as preliminares arguidas em sede de contestação.

Acesso ao Sumário

No mérito, requer o reconhecimento da responsabilidade solidária do Estado de São Paulo, uma vez que exerce a posse do imóvel em razão de desapropriação e afirma que a real responsável pela contaminação é a COMGÁS; que nunca realizou atividade poluidora no local.

Aduz que o fato causador do dano ocorreu antes da entrada em vigor da Constituição Federal e da Lei nº 6.938/81, daí porque não há obrigação *propter rem*, sob pena de ocorrer retroação inconstitucional; que no momento de aquisição do imóvel a Lei nº 6.938/81 não estava em vigência e o imóvel sequer constava no cadastro de área contaminada da CETESB.

Alega que a atividade poluente no imóvel cessou no ano de 1972, tendo ocorrido a prescrição, nos moldes do artigo 177 do Código Civil de 1916; que não há dano ambiental; que somente mais de 40 anos após cessada a atividade poluidora desenvolvida pela COMGÁS é que se percebeu que no imóvel estava acondicionado material poluente, assim, o decurso do prazo demonstra que não houve qualquer fato que caracterizasse o dano.

Por fim, sustenta que o juiz não andou bem ao lançar a r. sentença na parte em que condenou a apelante ao pagamento de honorários advocatícios às partes consideradas ilegítimas para figurar no polo passivo.

No seu apelo a fls. 3656/3669, o MP sustenta que vários pedidos feitos na inicial não foram analisados pelo juízo em primeiro grau; que a r. sentença não se atentou para o fato de que a responsabilidade da CVS e da FESP se daria pelo agravamento e espalhamento da contaminação existente no imóvel e não por causá-lo; que a CETESB, em manifestação técnica, deixa explícito esse agravamento.

Requer a reforma da sentença, com a procedência dos pedidos iniciais.

Foram apresentadas as contrarrazões de apelos (fls. 3647/3654, fls. 3675/3677, 3679/3685, 3687/3693), decorrido o prazo legal sem manifestação da São Paulo Urbanismo - SP Urbanismo (fls. 369). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso do MP e não provimento do apelo da SP Urbanismo (fls. 3698/3701).

É O RELATÓRIO.

Consta da inicial que o Estado de São Paulo, juntamente com a Construtora CVS S/A, estão construindo obras de reforma, restauro e edificações em estilo contemporâneo no sítio histórico denominado Complexo do Gasômetro, na rua do Gasômetro, 100, no bairro do Brás, SP/SP, para implantação do Museu de História de São Paulo. Após o início das obras, constatou-se a existência de resíduo escuro com odor de gás no local, sendo identificada presença de compostos de hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPAs), em níveis prejudiciais à saúde humana.

Consoante a exordial, a São Paulo Urbanismo é responsável pelo passivo

Acesso ao Sumário

ambiental por ser a proprietária da área, enquanto que o Estado de São Paulo e a Construtora CVS S/A figuram como poluidores por não observaram as exigências técnicas da CETESB para sanar ou controlar a contaminação, agravando a situação do imóvel e contribuindo para o espalhamento dessa contaminação.

A apelante SP Urbanismo pugnou, em seu apelo, pelo conhecimento do agravo retido interposto em face da decisão que rejeitou as preliminares arguidas em sede de contestação.

A mencionada decisão é aquela existente a fls. 3062/3068.

No agravo retido a fls. 3131/3148 sustenta que o MP é parte ilegítima para propor a ação, ausente interesse difuso e coletivo capaz de conferir a legitimação e que há ilegitimidade passiva.

Ainda no agravo retido aduz que falta interesse de agir ao MP, consubstanciado no interesse necessidade e interesse adequação, pois as medidas necessárias à remediação da contaminação já estão sendo adotadas, tornando-se desnecessária a manifestação do Poder Judiciário para ratificar o que está sendo feito.

Assevero que não há ilegitimidade ativa do MP, que tem como função institucional a proteção do meio ambiente, entre outras, nos moldes do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

O interesse em tela não é individual, pelo contrário, é difuso, posto que a contaminação noticiada nos autos pode alcançar um número indeterminável de pessoas, além de afetar o solo e, talvez, até as águas subterrâneas, prejudicando bem natural pertencente à coletividade.

Nesse contexto, confirma-se que o MP está exercendo sua função institucional, agindo inclusive no interesse de toda a coletividade.

Tampouco haveria falta de interesse de agir, posto que a discussão tratada nos autos extrapola a simples condenação do Estado ao cumprimento das determinações definidas pelo órgão ambiental.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, se confunde com o mérito e com este será analisada.

Não se verifica hipótese de prescrição. O presente caso se baseia em lesão ao meio ambiente, cuja degradação se protrai no tempo, renovando-se o prazo prescricional para a propositura da competente ação.

O dano ambiental ficou plenamente caracterizado pela existência de material poluente no solo do local tratado nos autos (Rua do Gasômetro, nº 100, SP/SP).

Ora, em fevereiro de 2010 foi emitida a ordem, pela Secretaria do Estado da Cultura, para início das obras de construção do Museu e, no início das escavações foi constatada a presença de solo contaminado, com forte cheiro de gás.

Acesso ao Sumário

A CETESB vistoriou a área em 24 de março de 2010, recomendando a realização de investigação e classificação da ocorrência.

Ao longo do inquérito civil foi verificada a presença de compostos de hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPAs), em níveis prejudiciais à saúde humana. Ainda, em 28 de setembro de 2010 foi identificada a presença de um tanque enterrado com volume estimado em 2 milhões de litros de resíduos industriais contaminados.

Resta, então, a identificação dos responsáveis pelo passivo ambiental.

Não se ignora que houve o uso da área, pela COMGÁS, até a década de 70 e possivelmente foi quem deu início aos atos que causaram os danos ambientais presentes até o presente momento. A atual proprietária é a São Paulo Urbanismo, sendo que o Estado de São Paulo exerce a posse em razão de ação de desapropriação e a Construtora C.V.S. S/A realizou as obras para a implantação do museu, cumprindo contrato celebrado com o governo estadual.

Em direito ambiental, a responsabilidade é, em regra, objetiva. Ou seja, a responsabilização é possível ainda que não haja culpa, bastando demonstrar o dano e o nexo causal.

Como já citado, o dano ficou demonstrado pela contaminação existente no local.

Contudo, não há nexo causal a ligar a São Paulo Urbanismo à obrigação de recompor o meio ambiente. Primeiro porque, a par de constar como proprietária da área, não tinha o domínio do bem quando se constatou a existência de contaminantes no solo.

Em segundo, não praticou qualquer ato que tenha originado ou contribuído para causar ou alargar a contaminação existente, desconhecida até o início das obras de construção do museu.

Ou seja, o nexo causal não se estabeleceu, sendo inadmissível a distorção do preceito para a responsabilização da proprietária, porque não há nexo causal entre ser proprietário de terreno e o dano constatado.

Acesso ao Sumário

É certo que, por vezes, a obrigação de reparar o dano é *propter rem*, mas isso sucede quando proprietário tem, ao menos, participação na conduta danosa, o que não ocorreu no presente caso.

A situação ora posta é distinta dos casos que deram ensejo à Súmula 623 do Superior Tribunal de Justiça, os quais se fundamentavam em obrigações previstas no Código Florestal, obrigações descritas em norma cogente e pública.

No caso em tela, a contaminação não era conhecida, não foi praticada pelo proprietário e se tornou conhecida por ato praticado por terceiro, quando sequer tinha o domínio do bem.

Assim, não há como se aplicar a responsabilidade por presunção.

Embora a condição de proprietária seja suficiente a sustentar, inicialmente a legitimidade passiva, dadas as peculiaridades do caso, a ação deve ser julgada improcedente quanto à São Paulo Urbanismo - SP Urbanismo.

No que tange ao Estado de São Paulo e à Construtora C.V.S. S/A, a solução é distinta. Explico as razões.

O Estado de São Paulo é o responsável pela área, em razão de ação de desapropriação, exercendo a posse do local. Contratou a Construtora C.V.S. S/A para a realização de obras no local, para implantação de um Museu. Quando dessas obras se descobriu a contaminação do solo e o passivo ambiental.

Embora não tenham dado causa ao ato que originou a contaminação perpetrada, não se pode negar que não houve a adoção de medidas cabíveis para impedir a proliferação da contaminação, quando esta se tornou conhecida.

Nota-se que, desde março de 2010, a CETESB vistoriou o local e foi dando diretrizes a serem cumpridas, a fim de apurar e mitigar o dano apurado.

Não obstante, a par do conhecimento acerca da existência de material contaminante na área, o Estado de São Paulo e a Construtora C.V.S. S/A não foram diligentes, não tomaram medidas adequadas para conter a contaminação descoberta, pelo contrário, foram negligentes, tomando atitudes que contribuíram para o agravamento da contaminação.

Nesse sentido a CETESB, na informação técnica de 16 de março de 2012, descreveu que estavam sendo lançados materiais desconhecidos em galerias pluviais sem notificação ao órgão ambiental, bem como foram reinstalados alguns poços de monitoramento destruídos por ocasião das obras; que existiam áreas de alagamento e solo exposto, contribuindo para o espalhamento da contaminação dissolvida (fls. 328/331).

Portanto, a negligência na adoção de medidas cabíveis certamente contribuiu para o espalhamento da contaminação, causando danos não somente ao solo em si, mas colocando em risco as pessoas que ali trabalhavam e a população do entorno.

Nesses moldes, a Construtora C.V.S. S/A é responsável por ter sido a causadora direta de ato que agravou o dano enquanto que o Estado de São Paulo, causou indiretamente esse ato ao permitir que a Construtora continuasse com as obras no local sem as cautelas necessárias, apesar de conhecer a contaminação.

Conforme as disposições do artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81, recepcionado pelo artigo 225, § 3º da Constituição Federal, a responsabilidade ambiental é objetiva e solidária.

Tendo em vista as peculiaridades do caso, em que há grande probabilidade de alterações das condições do local, entendo que as medidas a serem tomadas para a descontaminação devem ser aferidas em fase de liquidação de sentença, após a competente perícia para tal.

Acesso ao Sumário

Assim, é cabível a condenação do Estado de São Paulo e da Construtora C.V.S. S/A, solidariamente, em obrigação de fazer consistente na adoção das medidas para a recuperação ambiental, a serem delimitadas em sede de liquidação de sentença, por meio de perícia.

Condena-se também solidariamente os requeridos Estado de São Paulo e Construtora C.V.S. S.A. à prestação de compensação ambiental por eventuais danos ambientais irreversíveis decorrentes dos atos descritos na informação técnica da CETESB a fls. 328/331, a serem apurados em fase de liquidação, devendo essa compensação ser melhor delimitada em fase de cumprimento de sentença.

Convém asseverar que não há razão para adotar-se solução técnica distinta das previstas em lei, notadamente sem a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.577/09 e do Decreto nº 59.263/2013.

Ao Estado, quer diretamente, quer por seus agentes, incumbe a proteção do meio ambiente. Nesse contexto, não pode haver a tutela insuficiente do meio ambiente e, por outro lado, não deve ser consagrada a intervenção excessiva.

Ora, o dever de agir, neste caso, deve considerar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever da reparação integral em equilíbrio com o desenvolvimento sustentável, o direito de propriedade e as normas urbanísticas que permitem a ocupação do solo.

Portanto, nenhuma visão extremista deve ser adotada. O Estado deve agir sim, mas em consonância com a razoabilidade e proporcionalidade. O causador do dano, por sua vez, tem a obrigação de repará-lo, mas isso se dá em consonância com a legislação vigente.

Não se deve adotar o direito à reparação integral e do meio ambiente ecologicamente equilibrado em desacordo com os demais princípios e com os valores comunitários, sob pena de gerar arbitrariedades. Nesse sentido ensinam os doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

> *Considerando que os deveres fundamentais implicam, consoante já frisado, limites e restrições aos direitos fundamentais, importa ressaltar, ainda na esfera dos chamados "limites dos limites", a importância do já referido princípio da proporcionalidade, cujas exigências devem ser observadas (respeitadas as distinções entre a dimensão defensiva e prestacional dos direitos fundamentais). Nesse cenário, reforçando as considerações já tecidas, os deveres fundamentais, quando de sua concretização legal, devem respeitar, a proporção meio-fim (ou justa medida), tanto o conteúdo essencial do valor que constitui cada direito, liberdade e garantia ou de outros valores constitucionais, quanto afetar esses mesmos valores o menos possível e na medida justa. Aliás, outro não é o entendimento de Pereira da Silva, ao ponderar que, no domínio do Direito*

Acesso ao Sumário

de Ambiente, "vão surgir assim, com grande frequência, fenômenos de 'colisão de direitos', tanto 'entre vários titulares de direitos fundamentais' como 'entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado'. Os quais deverão ser resolvidos de acordo com um 'método de concordância prática', 'que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que não ignore algum deles, para que a Constituição (...) seja preservada na maior medida possível". Em outras palavras, pode-se dizer que os deveres fundamentais, na medida que impõem limites aos direitos fundamentais, configuram-se como espécie de antídoto contra eventuais arbitrariedades que o próprio exercício dos direitos fundamentais pode originar quando se colocar em desacordo com os valores comunitários.[1]

Ante a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, surgem para o legislador ordinário possibilidades de variação em aberto e somente se houver manifesta insuficiência da proteção é que há inconstitucionalidade.

No caso em tela, em observância aos deveres e direitos fundamentais, em consonância com a proibição do excesso e da insuficiência, é proporcional e não ofende a Constituição Federal a tutela disciplinada na Lei Estadual nº 13.577/2009, Resolução CONAMA nº 420/2009 e outras normas que impõem parâmetros para a remediação da área contaminada.

Dessa forma, exigir que o solo e as águas sejam tratados além daquilo que previsto na legislação não se coaduna com os princípios que regem o ordenamento jurídico, alguns dos quais já citados, e que devem coexistir em harmonia.

No mais, foge ao objeto da causa – que é o dano ambiental – a análise da regularidade do contrato estabelecido pelo Poder Público com a construtora, o repasse de verbas e a determinação de medidas visando a proteção dos trabalhadores.

Por fim, a CETESB, nas vistorias de fls. fls. 103/104, 411/412, 437 e 3046/3049, afirmou que estão sendo cumpridas as exigências para a remediação da área e que não há razões técnicas para a paralisação da obra, o que autoriza o indeferimento dos pedidos de paralisação das obras e da atividade degradadora, principalmente porque o cumprimento das exigências técnicas implica em mitigação ou cessação da degradação.

Quanto à condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais coletivos pela perda da fruição do bem ambiental, do bem cultural, pela contaminação da área, entorno, cursos d'água, lençol freático e outros danos, não se deve olvidar que, em eventos como o relatado nestes autos, é difícil estabelecer um liame objetivo entre o incidente e os danos efetivos.

Essa dificuldade demonstra a complexidade da situação e as consequên-

1 Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 164.

Acesso ao Sumário

cias devastadoras do ato danoso, enaltecendo a importância de elaborar e implementar mecanismos e instrumentos jurídicos alternativos e eficazes na reparação integral do meio ambiente.

Para que se caracterize o dano moral coletivo nos moldes pleiteados, é necessário ao menos que haja repercussão do ato na comunidade onde se situa o bem ambiental.

Denota-se que o dano ocorreu em área urbanizada. Os impactos são limitados e não há qualquer indício de que a poluição constatada tenha afetado a coletividade a demandar reparação de natureza difusa.

Ademais, os danos serão sanados com a implementação das medidas já determinadas e com a compensação por danos irreversíveis.

Portanto, ausente comprovação de que houve reflexos do ato na sociedade, incabível a condenação por dano moral coletivo.

Quanto ao dano material, seria preciso a comprovação de houve prejuízo material, financeiro, do que não há provas.

Considera-se prequestionada a matéria relativa aos recursos especial e extraordinário.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao apelo da SP Urbanismo para julgar improcedente a ação quanto a ela e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo do Ministério Público de São Paulo para julgar parcialmente procedente a ação civil pública quanto aos demais réus, nos moldes do Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003717-57.2016.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Pretensão destinada à condenação da ré na obrigação de fazer consistente na execução de obras para sanar as irregularidades constatadas no "Albergue Municipal José Calherani", localizado na cidade de Guarujá, mantido em condições muito aquém dos padrões mínimos de dignidade, higiene e segurança, conforme apurado pela Vigilância Sanitária. Sentença de procedência. Manutenção. Perda de objeto. Inocorrência. Simples apresentação de relatório após a publicação da sentença que não conduz à alegada perda de objeto. Necessidade de execução das obras, nos termos fixados na r. sentença. Prazo fixado em Primeiro Grau que, ademais, se mostra mais do que suficiente para a execução da obra em questão, que não ostenta grande complexidade. Inércia da ré que se mostra totalmente injustificável.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO* em face do *MUNICÍPIO DE GUARUJÁ*, objetivando a condenação da ré na obrigação de fazer consistente na execução das obras para sanar as irregularidades constatadas no "Albergue Municipal José Calherani", localizado na Rua Manoel Otero Rodrigues nº 386, Jardim Boa Esperança, na cidade de Guarujá, mantido em condições muito aquém dos padrões mínimos de dignidade, higiene e segurança, conforme apurado pela Vigilância Sanitária, a fim de atender, dentre outros, o direito fundamental das pessoas carentes que utilizam o referido espaço.

A r. sentença de fls. 372-395, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para "*determinar que, sob a pena de incidência da multa já arbitrada, condenando a parte ré na obrigação de fazer, consistente em sanar as irregularidades constatadas pela Vigilância Sanitária, no Albergue Municipal José Calherani", localizado na Rua Manoel Otero Rodrigues nº 386, Jardim Boa Esperança, cidade de Guarujá, em prazo não superior a 12 meses, sob pena de aplicação de multa diária, no valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais), limitada a R$ 100.000,00, (cem mil reais), corrigida monetariamente, correspondente aos danos que se mostrarem irrecuperáveis, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação dos Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei Estadual nº 6.536, de 13 de novembro de 1989*".

Acesso ao Sumário

Inconformada, insurge-se a municipalidade pleiteando a reforma do *decisum*. Reproduz, em síntese, os mesmos argumentos apresentados em sede de contestação.

Recebido e processado em seus regulares efeitos, o recurso foi bem respondido.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 468-471, manifestou-se pela manutenção da r. sentença.

É o breve relato.

Conforme se verifica dos autos, a presente ação civil pública, instruída com o Inquérito Civil nº 32/09, através do qual se apurou que o "Albergue Municipal José Calherani" é mantido em condições muito aquém dos padrões mínimos de dignidade, higiene e segurança, foi ajuizada objetivando a condenação do réu na obrigação de fazer consistente na realização de obras de adequação e revitalização do referido espaço municipal, de forma a oferecer condições mínimas aos seus usuários.

Em que pesem as razões recursais apresentadas pelo município, a procedência consignada em Primeiro Grau não comporta qualquer alteração.

Com efeito, não se sustenta a alegação de perda superveniente de objeto do pedido formulado na inicial, de vez que a simples apresentação de relatório da obra após a prolação da r. sentença não exaure o objeto da ação.

De se destacar, ademais, que o próprio município aduz a impossibilidade, em razão da pandemia, de adotar as providências necessárias às correções e ajustes ainda pendentes.

Sem olvidar, ainda, que a r. sentença fixou prazo para conclusão das obras, o que bastaria para afastar por completo a alegação de perda de objeto do pedido formulado na inicial.

Com relação ao mérito propriamente dito, oportuno destacar que a Constituição Federal estabeleceu a competência comum dos Entes Federados no dever de prestar assistência pública. Ademais, a assistência social deve ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, nos termos do disposto no artigo 203 e seguintes, da Lei Maior.

De outro lado, ao tratar do tema em nível infraconstitucional, o artigo 1º da Lei de Organização da Assistência Social, estabelece que:

> *"A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas".*

No mesmo sentido, ao tratar do tema em nível local, a Lei Orgânica do

Município de Guarujá, em seus artigos 197 a 204, assim estabelece:

"*Art. 197. As ações do município, por meio de programas e projetos na área de assistência social serão organizadas, elaboradas, executadas e acompanhadas com base nos seguintes princípios:*

I - participação da comunidade;

II - descentralização administrativa, respeitada a legislação federal considerado o Município e as comunidades com instâncias básicas para o atendimento e a realização dos programas;

III - integração das ações dos órgãos da administração e entidades em geral, compatibilizando programas e recursos e evitando a duplicidade de atendimento entre as esferas municipal e estadual.

Art. 198. O Plano de Assistência Social do Município, nos termos que a lei estabelecer, terá por objetivo a correção e eliminação dos desequilíbrios do sistema social, visando a um desenvolvimento social harmônico, consoante previsto nos arts. 203 e 204 da Constituição Federal. Parágrafo Único - O plano de assistência social do Município terá por objetivos principais:

I - atenção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o atendimento ao migrante e a mendicância;

III - a prevenção do abandono ao idoso;

IV - a profissionalização do adolescente;

V - a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração a vida comunitária;

VI - outros programas sociais necessários em função da demanda.

Art. 199. Compete ao Município na área de assistência social:

I - formular políticas municipais de assistência social em articulação com as políticas estadual e federal;

II - Revogado;

III - legislar e normatizar sobre matéria de natureza financeira, política e programática na área assistencial, respeitadas as diretrizes e princípios federais e estaduais;

IV - planejar, coordenar, executar, controlar, fiscalizar e avaliar a prestação de serviços assistenciais a nível municipal em articulação com as demais esferas de governo, através de convênios e consórcios;

V - registrar e autorizar a instalação e funcionamento de entidades assistenciais não governamentais;

Art. 200. Revogado.

Acesso ao Sumário

Art. 201. Revogado.

Art. 202. Revogado.

Art. 203. Lei municipal de iniciativa do Prefeito disporá sobre a instituição, composição, atribuições e funcionamento do Conselho Municipal de Assistência Social".

No caso dos autos, conforme bem observado pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, em 2009 o MPSP instaurou o Inquérito Civil de nº 32/09, que apurou, através dos "Relatórios de Inspeção", que a Municipalidade realizou vistoria no "Albergue Municipal José Calherani", em 19/08/2008 (fls. 08/10), em 05/07/2012 (fls. 11/13), em 12/08/2014 (fls. 14/15) e em 03/06/2015 (fls. 16/33), com observação, em relação a esta última vistoria, a seguinte conclusão da Divisão de Vigilância Sanitária da própria Prefeitura Municipal: "*Em 03/06/2015, foi realizada nova inspeção no local e constatou-se que quase nada foi alterado. Somente os sanitários da ala masculina que sofreram melhorias, porém não concluídas até os leitos, desta ala estavam interditados devido a isto. Os demais setores carecem ainda de reforma*".

A inércia do Município em realizar as obras de adequação no referido local bem justificaram o ajuizamento da presente ação civil pública, bem como a procedência em Primeiro Grau. Eventual execução das obras de reparo no imóvel, realizadas ao longo do processo e em razão da presente ação, não justificam o reconhecimento da perda superveniente de objeto, especialmente em razão das pendências que ainda existentes.

Somente com o cumprimento de sentença é que será possível identificar se as obras realizadas sanaram as irregularidades constatadas pela Vigilância Sanitária, conforme estabelecido na r. sentença.

De se observar, outrossim, que as obrigações impostas pela r. sentença não possuem maiores complexidades, não havendo obstáculos para cumprimento no prazo nela definido.

Sem olvidar, ainda, que eventual justificativa robusta que impeça a execução das obras no prazo estabelecido, poderá ser apreciada em sede de cumprimento de sentença.

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, não é o caso de acolhimento da pretensão destinada à redução das astreintes fixadas por descumprimento.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto ao cabimento da "*cominação de multa diária – astreintes – contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer*", como mecanismo legal de coerção, visto que toda e qualquer dificuldade de obediência ao ordenamento judicial não se compara com os transtornos e prejuízos causados à autora, inegavelmente a parte mais fraca na relação jurídica, observada porém, a impossibilidade da multa tornar-se elemento de enriquecimento sem

causa (AREsp nº 292.521, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 02/04/2014; AgRg no AREsp nº 7.873 / SC, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/04/2012, DJe 29/05/2012; AgRg no Ag 1.352.318/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/2/2011; AgRg no AREsp 7.869/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2011; e AgRg no REsp 993.090/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/11/2010).

Ademais, "*o valor da multa deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obriga-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*" (Nelson Nery Junior, Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª ed. São Paulo, RT, 2003, p. 782/783, *apud in* Decisão Monocrática proferida no AREsp nº 292.521, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe 02/04/2014).

Nesse sentido, não se vislumbra que o valor fixado pelo MM. Juízo "*a quo*" em sua respeitável sentença (R$ 1.000,00 por dia, limitada a R$ 100.000,00), por si só, viole o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Bem por isso, a hipótese dos autos comportava mesmo a procedência consignada em Primeiro Grau, o que justifica o não provimento do recurso de apelação apresentado pelo réu.

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005291-85.2017.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante PETROBRÁS

Acesso ao Sumário

TRANSPORTE S/A. - TRANSPETRO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE CUBATÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.714)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 13 de janeiro de 2022.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA AMBIENTAL (DERRAMAMENTO DE PETRÓLEO EM RIO). IMPROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COMPROVADA. FALHA ESTRUTURAL QUE OCASIONOU O VAZAMENTO. TESE DE INEXISTÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS AFASTADA. PROVA DOCUMENTAL A COMPROVAR QUE O PETRÓLEO ATINGIU DUTOS DE ÁGUA DA SABESP, PROVOCANDO A REDUÇÃO DA CAPTAÇÃO E COLOCANDO EM RISCO CONCRETO A SAÚDE DA POPULAÇÃO. HIGIDEZ DO AUTO DE INFRAÇÃO CONFIRMADA. SANÇÃO PECUNIÁRIA PROPORCIONAL A GRAVIDADE DOS DANOS E À CONTUMÁCIA DA APELANTE NA PRÁTICA ILÍCITA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ELEVADOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 85, §11, DO NCPC.

RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por PETROBRÁS TRANSPORTE S/A - TRANSPETRO contra a r. sentença (fls. 523/252), relatório adotado, que julgou improcedente o pedido formulado em ação anulatória de multa ambiental proposta contra PREFEITURA MUNICIPAL DE CUBATÃO.

Alega que o laudo pericial apresentado ressente-se de contemporaneidade e não serve para responsabilizá-la. Aduz que não mediu esforços para conter o

vazamento e que não houve contaminação ou danos à saúde pública. Defende a nulidade do auto de infração por afronta ao devido processo legal e à ampla defesa. Requer a procedência da ação; subsidiariamente, postula a substituição da pena pecuniária pela de advertência ou a sua redução (fls. 529/561).

Recurso processado e contrariado.

É o breve relatório.

Trata-se de ação anulatória de multa ambiental proposta pela empresa PETROBRÁS contra o MUNICÍPIO DE CUBATÃO/SP.

Aduz a autora/apelante, em síntese:

"*que em 28 de março de 2016 foi lavrado o Auto de Infração n. 8112 por suposta infração de ter colocado em risco a saúde pública e dos trabalhadores e o meio ambiente com vazamento de petróleo. Houve indeferimento da defesa administrativa. Alegou que houve rápida e eficiente atuação na solução da causa do vazamento e neutralização dos riscos ao meio ambiente. Alegou também nulidade do auto de infração em razão de afronta ao devido processo legal, pois o auto de infração é vago. Alegou que a suposta infração não é passível de multa no valor tão elevado. Requereu a procedência do pedido*" (fl. 523).

O recurso não comporta provimento.

O vazamento de petróleo no "Rio Cubatão" (importante manancial utilizado para abastecimento de água da região da baixada santista) restou suficientemente demonstrada.

As inúmeras vistorias técnicas realizadas pela CETESB e o laudo produzido pelo perito do juízo revelam que a substância química atingiu dutos de água da SABESP, provocando a redução da captação e colocando em risco concreto a saúde da população.

Diante disso, foi lavrado auto de infração, com imposição de multa no montante equivalente a 3000 UFESPs, com fulcro nos artigos 112, III, 116, II, 117, II e 122, III e IV da Lei nº 10.083/98.

Como se sabe, o conceito de poluidor previsto no art. 3º, inc. IV, da Lei n. 6.938/81 compreende "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

Em igual sentido a previsão contida no art. 7º da Lei Estadual nº 997/76, parágrafo único, que estabelece que responde pelos danos ambientais não só o infrator direto, mas também àquele que de qualquer modo concorrer para prática do ilícito ou dele se beneficiar.

Esta Câmara, ademais, pacificou o entendimento segundo o qual a responsabilidade administrativa ambiental tem a natureza subjetiva, a demandar a

Acesso ao Sumário

prova de dolo ou culpa por parte do agente.

> "Embargos à execução – Arguição de nulidade de auto de infração ambiental – Caráter subjetivo da infração – Necessidade da indicação do infrator e de se descrever a conduta culposa ou dolosa – Diferenciação entre responsabilidade administrativa ambiental e responsabilidade civil ambiental – Corte de cana queimada para uso – Conduta que não constitui ilícito quando não se identificou o autor do incêndio – Aproveitamento da cana como consequência natural para a recuperação da cultura – Impossibilidade de se exigir conduta diversa da parte – Auto que não identifica o causador do incêndio – Recurso provido" (Ap. n° 1002370-28.2016.8.26.0210, Rel. Des. Miguel Petroni Neto, j. em 13.09.2018).

Houve inegável falha estrutural da recorrente, que lucra com a atividade de risco e não foi competente para evitar o lamentável derramamento de petróleo no importante manancial que circunda a região da baixada santista.

Não procede a tese de que o dano ambiental não foi comprovado. Não precisa ser expert no assunto para saber que o despejo de óleo em rios tem o condão de causar prejuízos à biota.

Ademais, repita-se, a ampla prova documental (relatórios, fotos e laudo pericial) é suficiente para demonstrar que o óleo derramado efetivamente atingiu áreas do manancial em questão.

O fato de a recorrente ter acionado suas equipes para conter o vazamento não a isenta de responsabilidade; ao contrário, consubstancia a postura minimamente esperada para ao menos atenuar a sua falha.

Vale ressaltar que há inúmeras ações neste Tribunal envolvendo práticas análogas por parte da recorrente, o que leva à conclusão de que o incidente em questão não é um fato isolado em sua atividade.

Aliás, a negligência de grandes empresas que realizam atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente tem sido cada vez mais noticiada na mídia, de modo que deve ter especial atenção do Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

Exemplos como os desastres ambientais de Mariana/MG e Barcarena/PA, e mais recentemente os incêndios criminosos ocorridos na Amazônia e Pantanal devem ser lembrados como forma de estimular um rigor cada vez maior dos órgãos ambientais diante de acontecimentos como este.

Nesse contexto, o auto de infração impugnado tem base no texto constitucional, que assegura a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado e sujeita aqueles que lhe causem danos à responsabilidade penal, administrativa e civil, cumulada com a obrigação de indenizar (art. 225 e § 3º).

Por fim, a gravidade presumida dos danos e a contumácia da apelante em práticas análogas (repita-se, há outras ações contra a Petrobrás já julgadas por esta Corte pela mesma conduta ilícita) impedem a pretendida conversão da

pena pecuniária em mera advertência ou a redução do seu valor (já arbitrado em quantia relativamente baixa considerando que o tipo legal prevê sanção máxima de 10.00 UFESPS).

Considere-se que a reparação pecuniária infligida tem por escopo não apenas punir o ofensor, mas desestimulá-lo de novas práticas semelhantes.

A redução pretendida seria um incentivo à autuada (uma das maiores empresas do país), a agir novamente sem os cuidados necessários a evitar acidentes desta magnitude.

Em demandas análogas, outro não tem sido o entendimento das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente deste Tribunal de Justiça:

> "AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA VAZAMENTO EM TANQUE DE ARMAZENAMENTO DE PETRÓLEO. COMPETÊNCIA DA CETESB PARA AUTUAR E EXECUTAR MULTAS AMBIENTAIS. DANO AMBIENTAL CARACTERIZADO. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. APLICAÇÃO CORRETA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. PENALIDADE APLICADA CONFORME CRITÉRIOS LEGAIS SENTENÇA MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO" (Ap. n°0004580-39.2013.8.26.0157, Rel. Paulo Ayrosa).

Por fim, o fato de a apelante ter sido apenada também pela CETESB em relação aos mesmos fatos não implica em *bis in idem*, pois o Município afetado também tem competência para aplicar sanções administrativas por danos ambientais ocorridos em seu território.

Correta, portanto, a r. sentença de improcedência, a qual deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante da atuação do patrono da apelada nesta Instância, de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais de 10% para o equivalente a 12% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do NCPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026330-96.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ULTRA POSTO DE SERVIÇOS LTDA., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

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

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 35.692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e PONTE NETO.

São Paulo, 25 de janeiro de 2022.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: ANULATÓRIA DE MULTA DO PROCON – Majoração injustificada de preço de combustível – Greve dos caminhoneiros – Penalidade imputada com fundamento no art. 39, inciso X do CDC – Ausência de comprovação das alegações da autora, conforme exige o art. 373, I, do CPC – Presunção de legitimidade dos atos administrativos – Multa arbitrada em observância ao art. 57 do CDC e Portaria PROCON 45/2015, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade – Inadmissibilidade de redução da multa – Protesto suspenso ante o deposito realizado nos autos R. sentença mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela autora contra a r. sentença de fls. 195/199, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente a ação, fixando verba honorária em 20% sobre o valor atualizado da causa. Em virtude do deposito realizado a fls. 189/190 foi suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II do CTN até o eventual trânsito em julgado da ação.

Sustenta, em apertada síntese, que houve justa causa para majoração do preço do combustível em razão de caso fortuito, tornando-se a única opção para que a empresa não operasse com prejuízo. Afirma ainda, que o aumento efetuado foi inferior à média de preços de combustíveis de março de 2012. Alega a necessidade de concessão de tutela antecipada recursal para sustar o protesto da CDA, cancelar a inscrição no CADIN Estadual e órgãos semelhantes e, ao fim, declarar nulo o auto de infração. (fls. 217/231).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 243/250.

Processados, subiram os autos.

É o relatório.

Trata-se de ação de conhecimento proposta pela recorrida visando à nuli-

dade da multa imposta pelo PROCON no valor de R$ 7.826,67, relativa ao Auto de Infração nº 03857-D8 (fls. 33 e seguintes).

Consta dos autos do processo administrativo que a Autora foi autuada pelo aumento injustificado do preço do combustível, durante a greve dos caminhoneiros no ano de 2012, e consequente medo da escassez do insumo por parte dos consumidores.

Prevê o art. 39, inciso X do CDC:

"*Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas*

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."

Durante o trâmite do processo administrativo, se constatou que entre os dias 01/03/2012 e 08/03/2012, a Autora elevou o preço dos combustíveis que comercializava, em percentual correspondente a 10%, sem justificativa, vez que não houve elevação no custo do produto.

Cabe lembrar que a mera escassez do produto não legitima o aumento dos preços, evidenciando que a recorrente se aproveitou do temor da falta do combustível por parte dos consumidores, configurada a infração. E tal temor está longe de caracterizar caso fortuito ou força maior a justificar a prática ilegal.

É importante ressaltar que a autuação feita pelo PROCON é ato administrativo, por conseguinte, dotado de presunção de legalidade e de legitimidade. É o Poder Público que atua em defesa dos mais amplos direitos.

Portanto, caso não fique demonstrado, de plano, ilegalidade ou arbitrariedade do ato atacado, deve vingar a decisão administrativa proferida.

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES, "*A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. (...)*

Outra conseqüência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

A eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos. (...)" (Direito Administrativo Brasileiro – 32ª edição – Malheiros Editores – pág. 158).

No caso, a justificativa de escassez do produto e de ocorrência de caso fortuito ou força maior não tem o condão de elidir a legitimidade do ato admi-

Acesso ao Sumário

nistrativo impugnado, que prevalece, sendo legítima a autuação perpetrada pela administração.

Com relação à graduação da multa estabelecida no art. 57 do CDC, ensina ZELMO DENARI: "*O artigo estabelece critérios a serem observados pelo legislador para graduação da multa, a saber: gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor (...) a multa deve ser instituída em montante nunca inferior a 200 UFIRs nem superior a três milhões de UFIRs, cabendo aos agentes administrativos a fixação da multa, de acordo com os critérios retrocitados*" (grifei - Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – 10ª ed. – Forense – pág. 668 – notas 1 e 3 ao art. 57).

Além disso, o montante imposto **não pode ser inexpressivo** e deve servir de estímulo para que a autuada não reincida (**caráter pedagógico**), e a própria **finalidade da multa que é punitiva**, daí porque, diante de todos esses parâmetros que norteiam a quantificação da multa, não se verifica qualquer ofensa ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ao estabelecer a quantia de R$ 7.826,67, sendo inadmissível a promoção de qualquer redução pelo Poder Judiciário.

E, a discussão trazida nestes autos não é nova nesta Corte de Justiça, havendo vários julgados desfavoráveis à pretensa anulação ou redução da multa:

"*AÇÃO ANULATÓRIA – Auto de infração – Multa aplicada pelo PROCON, com base no art. 39, X, da Lei nº 8078/90 – Cerceamento de defesa inocorrente – Prova pericial despicienda – Prática de preços de combustíveis acima da média do mercado – Presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo – Pleito de redução da multa – Inovação em sede recursal inadmitida, visto que a matéria não foi abordada na inicial – Sentença mantida – Precedentes – Honorários recursais ora fixados – Recurso desprovido*." (TJSP; Apelação Cível 1022964-49.2016.8.26.0053; Relator: Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/07/2017; Data de Registro: 25/07/2017).

"*CERCEAMENTO DE DEFESA. Julgamento antecipado da lide. Produção desnecessária de prova pericial. Documentos apresentados que são suficientes para formar o convencimento do magistrado. Preliminar rejeitada. ATO ADMINISTRATIVO. Auto de Infração. Tutela cautelar antecedente com pedido de urgência com aditamento da inicial. Posto revendedor de combustíveis. Elevação desproporcional de preços. Greve dos Caminheiros. Auto de Infração e multa aplicada pelo PROCON, com base no art. 39, X, do CDC. Pleito para anulação do ato administrativo. Inadmissibilidade. Justa causa não comprovada. Abusividade na*

elevação do preço de combustível constatada. Presunção de legalidade do ato administrativo não elidida. Auto de infração subsistente. Precedentes. MULTA. Legalidade da cobrança. Penalidade imposta com base nos critérios estabelecidos pelo art. 57 do CDC e da Portaria nº 45/2015. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Valor fixado que objetiva inibir a repetição de infrações idênticas, desestimulando lesões ou danos aos consumidores. Multa fixada de acordo com os ditames da lei. MULTA. Base de cálculo. Impugnação contra estimativa da renda média mensal da autora, que constituiu a base de cálculo da multa. Inadmissibilidade. Documentação apresentada pela autora, que não atendeu o disposto no art. 32, § 1º da Portari a Normativa PROCON nº 45/2015. Autora que, por duas oportunidades, deixou de regularizar a documentação. Legalidade da estimativa da renda média mensal da autora configurada. Sentença mantida. Recurso improvido." (TJSP; Apelação Cível 1002108-38.2020.8.26.0566; Relator: Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/08/2020; Data de Registro: 05/08/2020).

"*Ação anulatória – Posto revendedor de combustíveis – Auto de infração e imposição de multa lavrado pelo PROCON, com base no art. 39, X, da Lei nº 8.078/90 – Elevação dos preços em razão do temor da escassez e do desabastecimento pela greve dos caminhoneiros – Ausência de justa causa e constatação de abusividade – Presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo que não foi elidida – Ônus da prova que incumbia à autora – Recurso desprovido*." (TJSP; Apelação Cível 1003751-54.2019.8.26.0602; Relator: Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/07/2020; Data de Registro: 23/07/2020).

"*Ação anulatória. Auto de infração. Multa aplicada pelo PROCON por aumento desproporcional de preço de combustíveis durante o desabastecimento decorrente da greve de caminhoneiros. Violação a direitos do consumidor. Precedentes desta Corte. Improcedência da ação mantida. Recurso improvido*." (TJSP; Apelação Cível 1004261-67.2019.8.26.0602; Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/06/2020; Data de Registro: 30/06/2020).

Inexiste óbice ao protesto das dívidas tributárias inscritas, não quitadas em tempo, para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação.

Conforme decidido pelo C. Órgão Especial desta E. Corte de Justiça:

"*Arguição de inconstitucionalidade. Lei 12.767/2012, que acrescentou*

Acesso ao Sumário

dispositivo à Lei nº 9.492/97 de modo a admitir extração de protesto de certidões de dívida ativa. Alegação de falta de pertinência temática entre a emenda legislativa que acrescentou aquela disposição e o teor da Medida Provisória submetida a exame. Irrelevância. Pertinência temática que a Constituição da República só reclama nos casos nela indicados em "numerus clausus", rol que não compreende o tema em questão. Sanção presidencial que, ademais, validou o acréscimo feito pelo Legislativo, perdendo sentido, destarte, discussão sobre a regularidade formal daquela modificação. Inconstitucionalidade não reconhecida Arguição desacolhida." (Arg. Inc. nº 0007169-19.2015.8.26.0000 – Voto nº 26.541 – Rel. Arantes Theodoro).

Por fim, colocando uma pá de cal sobre a questão, decidiu o C. STF, na ADI 5.135/DF:

"*DIREITO TRIBUTÁRIO.* AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.492/1997, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO. INCLUSÃO DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA NO ROL DE TÍTULOS SUJEITOS A PROTESTO. CONSTITUCIONALIDADE...

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política." (Rel. Min. ROBERTO BARROSO – julgado em 09.11.2016).

E tendo em vista que a Autora efetuou o depósito judicial do valor da multa (art. 151, II, do CTN) ficam obstadas as medidas como a inscrição no CADIN e o protesto da dívida, tal qual decidido em Primeiro Grau.

Ante o decidido, fica a autora condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios que deixam de ser majorados vez que fixados no percentual máximo previsto pelo art. 85 do CPC.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso para manter a r. sentença por estes e por seus próprios fundamentos, com observação no que tange à verba honorária.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000701-13.2019.8.26.0572, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é apelante PATRÍCIA CRISTINA ALVES PEREIRA, são apelados FUNDAÇÃO CIVIL

SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE FRANCA, ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE FRANCA.

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 32.858)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 25 de janeiro de 2022.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES – ERRO DE DIAGNÓSTICO – DANOS MORAIS – NEXO DE CAUSALIDADE – AUSÊNCIA – DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

1. A responsabilidade civil do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

2. Alegação de omissão ou falha na prestação de serviços médico-hospitalares. Laudo pericial que descartou o nexo de causalidade entre o óbito e a queda sofrida pela vítima dois dias antes e, por consequência, a ação administrativa representada pelo atendimento prestado à paciente. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 368/371, cujo relatório se adota, julgou improcedente pedido de condenação no pagamento de indenização por danos morais decorrentes de erro médico.

Inconformada apela a vencida objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que o laudo pericial não descartou a possibilidade de

Acesso ao Sumário

que a causa da morte de sua mãe tenha sido o acidente que a levara aos hospitais de São Joaquim da Barra e Franca, onde não recebeu os cuidados necessários.

Recurso processado, com contrarrazões do Estado de São Paulo e da Santa Casa de Misericórdia de Franca, ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em que pese o inconformismo da apelante, merece confirmação a r. sentença apelada.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º, CF, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, tratando-se de comportamento danoso comissivo, para obter a indenização basta que a vítima demonstre a ação do Estado, o dano e o nexo causal entre este e aquela.

Quando, porém, o dano decorre de omissão do Estado, aplica-se a teoria da culpa administrativa. "A teoria da culpa administrativa", ensina HELY LOPES MEIRELLES, "representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a *falta do serviço* para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa" (Direito Administrativo Brasileiro, 42ª edição, p. 781).

Nessas circunstâncias, pela atividade médica e hospitalar prestada na rede pública de saúde o Poder Público responde sempre que demonstrada a *culpa* do serviço ou "falta de serviço", assim considerado quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Assim, para livrar-se do dever de indenizar é necessário ficar demonstrado que o fato ocorreu em razão de caso fortuito ou força maior, dolo ou culpa da própria vítima ou de terceiros, ou sob o pálio de alguma causa excludente de ilicitude. A propósito, confira-se o precedente desta E. Corte:

> "A responsabilidade civil da Administração Pública em vista de apontados erros médicos exige, além, por óbvio, da (a) ação ou omissão administrativa, (b) a existência de uma lesão, (c) o nexo causai entre essa lesão e aquela ação ou omissão, (d) uma pontual infração ao dever de agir – por imprudência, negligência ou imperícia – ou de abster-se e (e) a ausência de exclusoras da responsabilidade.
>
> Para o caso dos autos, calha que não se pode impor à Administração

Acesso ao Sumário

> um dever positivo plenário de impedir o curso ordinário da natureza, incluso as leis de sua defectividade, como se admissível responsabilizar o Estado por não importa qual falta de saúde de seus súditos. Estar-se-ia diante da utopia da Saúde Perfeita, a que se refere conhecida obra de LUCIEN SFEZ, professor da Universidade de Paris (*La santé parfaite - critique d'une nouvelle utopie*, Paris, ed. Seuil, 1995).
>
> Com efeito, um dos traços das utopias, disse SFEZ, é a compossibilidade de todas as coisas, as contraditórias inclusive, o que implicaria um direito absoluto de saúde correspondente ao dever estatal de evitar-se todas as mortes, sob pena de responsabilidade. Tratar-se-ia, pouco menos do que isso, da utopia do desfazimento do pecado original. Dai a retomada da figura da Ève future.
>
> No mundo real, contudo, entre as excludentes da responsabilidade civil da Administração Pública, estão exatamente o caso fortuito e a força maior, em que a *natura rerum* se impõe aos idealismos" (Apelação nº 9043395-55.2001.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ricardo Dip, j. 10/02/06).

Ao se discutir a responsabilidade de pessoas físicas ou jurídicas por resultados indesejados de tratamentos médicos não se pode perder de vista que a obrigação assumida pelo prestador de serviço é de meio, não de resultado. Cabe ao médico oferecer o melhor tratamento disponível ao paciente, com diligência e em consonância com o conhecimento técnico e científico disponível, mas o sucesso do tratamento depende de fatores que escapam do controle do profissional.

O tema é bem elucidado por YUSSEF SAID CAHALI: "Em resumo: confrontadas todas essas manifestações, ainda que aparentemente conflitantes, permite-se reconhecer que, mesmo sob o pálio da responsabilidade objetiva da regra constitucional, somente deve ser afirmada se configurada a falha ou deficiência na prestação do serviço médico-hospitalar, posto como dever jurídico estatal e identificado como causa do evento danoso reclamado pela vítima ou seus dependentes; a simples lesão incapacitante ou a morte do paciente inserem-se no risco natural do tratamento médico, ainda que prestado por agente do Estado, pois também aqui a recuperação do doente ou lesado não deixa de representar uma obrigação de meio e não de resultado; o que se pode admitir, em sede de responsabilidade civil da entidade estatal, é apenas uma presunção de que o agravamento da moléstia ou o perecimento do paciente tenham tido a sua causa na deficiência, precariedade ou omissão do serviço médico-assistencial prestado pelo hospital, a se permitir a contraprova de uma alegada excludente da causa pretendida, no sentido da demonstração de que o dever jurídico do Estado foi razoavelmente cumprido através da prestação de um serviço adequado e compatível, em outros termos, no sentido de que o evento danoso não encontra a sua causa numa pretensa falta de serviço público; a esta causa excludente de res-

Acesso ao Sumário

ponsabilidade acrescentam-se as excludentes do caso fortuito ou da força maior, do fato inimputável ao próprio paciente ou a terceiros" (3ª edição, pp. 250/251).

No caso *sub judice*, a autora se bate na necessidade, vislumbrada pelos médicos que atenderam sua mãe na Santa Casa de Misericórdia de São Joaquim da Barra, de transferi-la para o hospital de Franca. No entanto, de acordo com o laudo pericial (fls. 276/282), a causa da transferência – uma possível fratura na coluna cervical – foi adequadamente estabilizada pelo colar cervical e "não tem nexo com o falecimento".

O perito foi taxativo ao atestar a correção do tratamento médico, descartando qualquer relação entre o óbito e a queda da própria altura experimentada pela paciente dois dias antes e, por consequência, da prestação de serviços de saúde pelos prepostos dos réus. A propósito, eis como constou do laudo:

> "A falecida sofreu trauma encefálico. A tomografia de entrada (da Santa Casa de São Joaquim) mostrou lesões crônicas, sem relação com o trauma. A única alteração aguda, com nexo com o trauma, foi o hematoma subgaleal (que é o que se chama vulgarmente de "galo"), que não tem importância clínica. A falecida foi encaminhada para Franca para avaliação e conduta da parte cervical. Lá, foi avaliada, e se viu uma perda de força do lado direito. Mas como havia tremores, e a falecida apresentava demência, foi interpretado que não decorria do trauma.
>
> A interpretação é correta. Havia tomografia sem sangramento craniano (a sensibilidade da tomografia para sangramento é altíssima). Valorizar alterações clínicas em pessoa com demência é dificílimo. E a maior prova de a conduta foi correta, é que o hematoma cerebral que matou a falecida foi do lado direito, e a perda de força detectada também foi do lado direito, ou seja, não tem nexo um com o outro (problema motor cerebral repercute no lado contralateral do corpo).
>
> Ou seja, a conduta foi correta.
>
> Não posso afirmar se a falecida sofreu posteriormente nova queda. Ela ficou sozinha por algum tempo, não posso afirmar. Mas o mais provável é que seu sangramento cerebral, que a vitimou, foi espontâneo ou decorreu de novo trauma, posterior, ou ainda sangramento tardio do trauma do dia anterior. Como foi maciço, não houve tempo para ação.
>
> Entendo que o atendimento médico realizado foi adequado, e a gravidade da situação, aliado as condições clínicas prévias (a demência), causaram o falecimento" (fls. 281).

Como esclarecido pela perícia, o atendimento prestado à paciente seguiu os protocolos médicos não tendo sido identificada falha por parte dos prepostos dos réus na prestação dos serviços de saúde. Assim, inexistindo falta ou falha do serviço não há nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o resultado danoso. Logo, não há falar em ilícito civil ou dever de indenizar, daí porque bem decretada a improcedência do pedido inicial.

Acesso ao Sumário

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso confirmando-se a r. sentença apelada, ficando os honorários advocatícios anteriormente fixados majorados para 11% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º, 3º e 11, com a ressalva do art. 98, § 3º, ambos do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009067-96.2020.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada ANA LUIZA FONSECA FORTES FURTADO.

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, por V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 33.303)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e PONTE NETO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

Jeferson MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos morais – Agressão física sofrida por professora – Responsabilidade subjetiva em razão de negligência dos agentes estatais – Coordenadores da escola que condescenderam com postura da aluna – Dever de indenização por danos morais configurado – Valor da condenação diminuído com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade – Sentença de procedência reformada apenas para reduzir o valor da condenação para R$ 20.000,00 – Sentença reformada em parte e Recurso parcialmente provido."

VOTO

ANA LUIZA FONSECA FORTES FURTADO, propôs a presente ação de reparação de danos morais em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, na pessoa de seu representante legal, alegando, em síntese, que é professora, na ocasião ministrando aulas na Escola Pública Estadual Zita de Godoy Camargo, nesta cidade de Rio Claro- SP. Aduziu que no dia 13.09.2018, durante

Acesso ao Sumário

período de aula, após incidente, que foi levado ao conhecimento da direção da escola, a aluna Júlia Ferreira de Souza passou a ofender verbalmente a requerente, com total desrespeito, ameaçando de agressão física. Por isso, foi lavrado boletim de ocorrência e a aluna sofreu suspensão. Ainda assim, nesse período a aluna visitava a escola, apresentando comportamento ameaçador e de deboche, além de fazer comentários com outros alunos de menoscabo da professora. Por tudo isso, bastante abalada, acabou tirando licenças médicas. Retornando no final do ano letivo, auxiliou a coordenação na distribuição dos alunos em salas de aulas para o ano seguinte. Entrementes, para surpresa da requerente, no início das aulas do ano de 2019, desconsiderando o trabalho de distribuição de alunos então realizado, percebeu que Júlia Ferreira de Souza estava na sua sala.

Passados poucos dias do início das aulas, teve outro entrevero com a aluna, com xingamentos e até violência física, dando azo a novo boletim de ocorrência policial, com suas intercorrências, notadamente no aspecto psicológico. Imputou omissão dos coordenadores da escola, os quais, caso tivessem tomado medidas efetivas, poderiam ter evitado todo o dissabor enfrentado pela requerente. Destarte, postulou a condenação do requerido no pagamento de R$ 73.212.72 (setenta e três mil duzentos e doze reais e setenta e dois centavos), a título de compensação por danos morais, acrescendo-se das cominações de estilo.

A r. sentença de fls. 142/148 julgou procedente o pedido, condenando a Fazenda Estadual ao pagamento da quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de compensação pela dor suportada em razão dos fatos aqui tratados, atualizado a partir deste pronunciamento e acrescido de juros legais a contar da citação nestes autos.

Os juros incidentes serão na forma do que dispõe o art. 1º F, da Lei nº 9.494/97, com as alterações engendradas pela Lei nº 11.960/2009, já a correção monetária será com base na Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para os débitos da Fazenda Pública. Diante da sucumbência, arcará o requerido com os honorários da advogada da requerente que fixou, dada a complexidade da demanda e grau de zelo profissional, em 20% (vinte por cento) da condenação emanada deste pronunciamento.

Acesso ao Sumário

Apela a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 151/161). Sustenta que em atenção ao princípio da eventualidade, na hipótese de ser mantida a procedência da pretensão compensatória da apelada, que haja a reforma parcial do decisum para a redução significativa da indenização concedida, sob pena de ofensa à vedação do enriquecimento sem causa (art. 884, CC). Pleiteia, assim, que o seja julgado inteiramente improcedente, ou, que o valor da indenização seja reduzido, fixando-o em patamares razoáveis.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 166/170).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Em se tratando de responsabilidade do Estado, pode este responder objetivamente ou subjetivamente pelos danos causados. A primeira hipótese trata da modalidade risco administrativo, que não exige a comprovação de dolo ou culpa no resultado danoso, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Já, a segunda hipótese corresponde à ideia conhecida entre os franceses como *faute du service*, quando, o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado.

Acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, nos ensina Celso Antonio Bandeira de Melo: *Ocorre a culpa do serviço ou "falta do serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.*

(...)

Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

Assim, para a configuração da falha do serviço, deve haver a demonstração da ocorrência do dano, nexo de causalidade entre este e o comportamento omissivo da Administração, que, conforme entendimento do autor supramencionado, em muitos destes casos, *necessariamente deverá ser admitida a 'presunção de culpa', pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente.*

In casu, infere-se do conjunto probatório acostado aos autos que o apelante de fato foi omisso, por seus agentes, nas providências para se evitar o embate entre a apelada e a aluna Júlia Ferreira de Souza, concorrendo, assim, com agrura e dissabor impingidos diante da situação verificada.

As testemunhas inquiridas foram uníssonas em relatar o comportamento excessivamente agressivo da aluna, com reiteradas ofensas e desrespeitos, além de repetidos entreveros todos provocados pela aluna.

Conclui-se, então, dos fatos expostos, que o comportamento da aluna Júlia Ferreira de Souza jamais poderia ter sido condescendido pelos coordenadores da escola, pois tal omissão fortaleceu os embates em face da professora e os consequentes danos por ela sofridos.

Assim, não há como afastar o nexo de causalidade entre a omissão do ente público e o evento danoso, vez que as provas documentais carreadas aos autos apontam a negligência dos agentes estatais, gerando o dever de indenizar.

Acesso ao Sumário

Contudo, merece reparo a sentença no que tange ao valor dos danos morais, pois se deve considerar que a indenização não constitui reparação, mas sim uma compensação, eis que, a dor, a aflição e o incômodo sofridos não podem ser mensurados. A compensação pode ser razoavelmente estabelecida, até como solução de equidade.

Por outro lado, não há um critério legal para a fixação dos danos morais, motivo pelo qual, entendo que devem ser arbitrados, levando-se em consideração o prejuízo causado, a gravidade do dano e as condições do causador do dano, servindo a condenação como uma punição, para que este seja desestimulado a reiterar a conduta e, ao mesmo tempo, não sirva de enriquecimento ilícito à outra parte, que deve ter proporcionada uma satisfação justa.

Diante destas considerações, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e segundo prudente arbítrio com análise do caso concreto, as condições econômicas das partes, a intensidade da culpa, e ainda, diante da falta de critério legal objetivo, entendo razoável a diminuição da condenação para R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Tal valor se mostra suficiente para a justa reparação e não destoa do padrão usualmente entendido como razoável em casos análogos.

Assim, reformo em parte a sentença para dar parcial provimento ao recurso da Fazenda Estadual.

Ante a interposição do presente recurso, conforme expresso no art. 85, § 1º, do Código de Processo Civil e sua parcial procedência, condeno a apelada ao pagamento, cumulativo, de honorários. Assim, fixo os honorários recursais em 5% do valor da condenação, de acordo com o estabelecido no § 2º do referido artigo do Código de Processo Civil, observada a justiça gratuita.

Ocorrendo isto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005327-63.2015.8.26.0045, da Comarca de Arujá, em que é apelante GENÉSIO SEVERINO DA SILVA, é apelado MUNICÍPIO DE ARUJÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA

TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO ADMINISTRATIVO – PREFEITO DO MUNICÍPIO – FORNECIMENTO DE CARTÃO CORPORATIVO – REJEIÇÃO DAS RESPECTIVAS DESPESAS – DECISÃO ADMINISTRATIVA PROFERIDA PELO E. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – PRETENSÃO AO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. Inicialmente: a) concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita à parte ré, anotando-se o necessário; b) prescrição quinquenal, inocorrente; c) questão preliminar, relacionada à ausência de interesse processual, confunde-se ao mérito da lide e será apreciada juntamente com a matéria de fundo. 2. No mérito, a r. decisão proferida pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo aplicou a sanção cabível, em desfavor da parte ré, mediante a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. 3. As decisões proferidas pelo referido Órgão são passíveis de nulidade, apenas e tão-somente, na hipótese da presença de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. 4. Inexigibilidade do ressarcimento de valores, imposto à parte ré, não demonstrada nos autos. 5. Arbitramento dos honorários advocatícios recursais, em favor da parte vencedora, a título de observação, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/15. 6. Ação de procedimento comum, julgada procedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 7. Sentença recorrida, ratificada. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte ré, desprovido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 297/299, que julgou procedente a ação de procedimento comum, para condenar a parte ré ao pagamento do valor de R$ 13.307,05, a título de ressarcimento ao Erário Público. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10% sobre o montante do crédito.

A parte ré, nas razões recursais, postulou, inicialmente, o seguinte: a) concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita; b) reconhecimento da ocorrência da prescrição trienal; c) reconhecimento da ausência de interesse processual. E, no mérito, sustentou, em resumo, a inversão do resultado inicial da lide.

A D. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se a fls. 354/357, opinando pelo desprovimento do recurso.

O recurso de apelação, tempestivo e dispensado de preparo, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

Anote-se, desde logo, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, em favor da parte ré, ante a comprovação da respectiva hipossuficiência econômica (*fls. 332/336*), com fundamento no artigo 98 do CPC/15.

Na sequência, o recurso de apelação, apresentado pela parte ré, não merece provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau de Jurisdição, que deu a melhor solução ao caso concreto, com observação.

Trata-se de ação de procedimento comum, objetivando o recebimento do valor de R$ 15.459,09, a título de ressarcimento ao Erário Público Municipal.

Inicialmente, a matéria preliminar, arguida pela parte ré, nas razões recursais, relacionada à ocorrência da prescrição da pretensão tendente ao ressarcimento do Erário Público, deve ser rejeitada.

Com efeito. É certo que o C. STF reconheceu, em regime de Repercussão Geral (*Tema nº 666*), a prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública, decorrente de ilícito civil.

Porém, é impossível verificar, na hipótese em exame, o decurso do lapso prescricional, previsto no Decreto nº 20.910/32. Afinal, as contas da parte ré foram rejeitadas pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 14.1.2.014, iniciando-se a fluência do referido prazo.

Aliás, nos termos do artigo 85 da Lei Complementar Estadual nº 709/93: "*as decisões do Tribunal de Contas de que resulte a imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo*". Assim, verificar-se-á o início da contagem do prazo prescricional, somente, após a formação do título executivo.

Acesso ao Sumário

Na sequência, a questão preliminar, arguida pela parte ré, relacionada à ausência de interesse processual, confunde-se ao mérito da lide e será apreciada juntamente com a matéria de fundo.

Superada a matéria preliminar e prejudicial, enfrenta-se o mérito da lide.

No mérito, os elementos de convicção produzidos nos autos autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial.

Pois bem. É dos autos que a autora e o Banco do Brasil S.A., avençaram o fornecimento de cartão corporativo, para a utilização da parte ré, então Prefeito do Município.

De outra parte, sobreveio a aplicação da sanção administrativa cabível, em desfavor da parte ré, pelo E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, mediante a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (*fls. 151/166*).

Ademais, é inquestionável que o E. Tribunal de Contas exerce, preponderantemente, a função primária da revisão de atos administrativos. E, as decisões proferidas pelo referido Órgão são passíveis de nulidade, apenas e tão-somente, na hipótese da presença de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Além disso, os elementos constantes dos autos, notadamente a prova documental (*cópia do respectivo processo administrativo*), são inaptos e insuficientes à demonstração da versão da parte ré, no sentido da inocorrência de prejuízo ao Erário Público, tal como apurado pelo E. Tribunal de Contas.

Mas não é só. O ato administrativo goza da presunção de veracidade, legitimidade e legalidade, que só pode ser elidida por meio de comprovação idônea em sentido contrário. E, conforme a lição do doutrinador Hely Lopes Meirelles, uma das consequências desta presunção: "é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição 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; 37ª Ed.; 2.011; São Paulo; Malheiros; p. 163).

Outrossim, confira-se, por oportuno, a r. sentença proferida na origem, nos seguintes termos:

> "*A pretensão inicial fora articulada com base nas alegações de que os gastos realizados pelo então prefeito municipal não foram compatíveis com a atribuição do cargo, causaram prejuízo ao patrimônio público.*
>
> *Com efeito, sob influxo do princípio do ônus da impugnação especificada (CPC, art. 341), era incumbência do requerido impugnar especificamente as alegações autorais. No caso dos autos, todavia, o requerido se limitou a argumentar pela inexistência dos elementos caracterizados do ato de*

Acesso ao Sumário

improbidade administrativa.

De todo modo, em pleno cotejo com o parecer ministerial, cumpre observar que o requerido não logrou êxito em comprovar, seja no âmbito do Tribunal de Contas, seja no presente feito, a licitude dos gastos realizados com o cartão corporativo. (...)

Na espécie, a prova constante nos autos dá conta de que os gastos realizados pelo então ex-prefeito com o cartão corporativo para si disponibilizado violaram os princípios que regem a Administração Pública (CF, art. 37), não se compatibilizando com as funções do cargo então exercido, de modo que erige como medida de rigor a restituição dos valores aos cofres públicos." (fls. 298/299)

Finalmente, considerando o trabalho adicional do profissional e representante da parte vencedora, é imperioso o arbitramento de honorários advocatícios recursais, a título de observação, no valor correspondente a 1%, sobre o montante da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15. E, aplicar-se-á, quanto ao adimplemento, a regra do artigo 98, § 3º, do CPC/15.

Portanto, a procedência da ação de procedimento comum era mesmo de absoluto rigor, não merecendo nenhuma alteração, mas, com observação, no tocante ao arbitramento dos honorários advocatícios recursais, nos exatos termos da fundamentação.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte ré, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 9000699-88.2002.8.26.0090, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado SEVERO VILLARES PROJETOS E CONSTRUÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.372)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – IPTU do exercício de 2001. 1) Ação proposta antes da alteração da redação do art. 174 do CTN, que previa a interrupção da prescrição somente pela citação do devedor – Comparecimento espontâneo da executada em 2013 – Retroação do marco prescricional – Impossibilidade, em decorrência da inércia da Municipalidade – Inexistência de morosidade que possa se atribuir ao Poder Judiciário – Inaplicabilidade da Súmula 106 do STJ. 2) Sucumbência recursal – Majoração dos honorários para 11% do valor da execução (R$ 4.191,74 em 01/07/2002) – Inteligência do § 11 do Art. 85 do CPC – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal proposta em 2002 pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO em face de SEVERO VILLARES PROJETOS E CONSTRUÇÕES S/A, objetivando a cobrança de IPTU e taxa do exercício de 2001.

Tendo em vista a informação de que houve tentativa de citação negativa em outro processo em junho de 2005, a Municipalidade foi intimada a fornecer elementos para a localização da devedora, permanecendo os autos suspensos, com fundamento no art. 40, § 1º, da Lei n. 6830/80 (fls. 05).

Em 28/08/2013, os autos foram remetidos para o arquivo (fls. 06) e desarquivados em 04/09/2013 (fls. 11), a pedido da executada, que apresentou exceção de pré-executividade em 18/09/2013, alegando a ocorrência a ocorrência da prescrição e pedindo a exclusão das inscrições no CADIN municipal (fls. 12/20).

A Municipalidade apresentou impugnação em maio de 2015 (fls. 41/46), com réplica às fls. 48/49.

A sentença de fls. 56/58, proferida pela MM. Juíza Ana Cecília Marques Faria, acolheu a exceção de pré-executividade, reconhecendo a ocorrência da prescrição e extinguindo a execução fiscal, nos termos do artigo 487, II, do CPC. Condenou a excepta ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da execução, observado o limite de R$ 10.000,00.

Inconformada, a Municipalidade apelou às fls. 70/72, buscando a reforma da sentença. Sustentou a inocorrência da prescrição intercorrente, pois não deu causa à paralisação do processo, devendo ser aplicada a Súmula 106 do STJ.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e isento de preparo, com contrarrazões às fls. 76/84.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Trata-se de execução fiscal para cobrança de IPTU do exercício de 2001, proposta antes da alteração do art. 174 do CTN.

Consoante o C. STJ, "em processo de execução fiscal ajuizado anteriormente à Lei Complementar nº 118/05, é pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação pessoal produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da LEF - Lei nº 6.830/80" (REsp 1.248.609/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 27/09/2011, DJe 13/10/2011).

De sorte que somente a citação do executado tem o condão de interromper a prescrição.

No entanto, para que a interrupção da prescrição retroaja à data da propositura da ação, a citação deve ocorrer dentro de 10 dias, caso assim o juiz tenha determinado e se isso não ocorreu, não é possível a retroação à data da propositura da ação, aplicando-se, destarte, os termos do art. 240, § 2º, do CPC (art. 219, § 2º, do CPC/73).

Nesse sentido, o entendimento do C. STJ em voto da lavra do Ministro Luiz Fux

> "17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC)". (REsp 1120295/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 12/05/2010, DJe 21/05/2010).

No caso em tela, verifica-se que a ação foi ajuizada antes da alteração da redação do art. 174 do CTN, que determinava a interrupção da prescrição pela citação pessoal feita ao devedor.

Após a intimação da exequente acerca da tentativa negativa de citação da executada em outro processo em junho de 2005, os autos ficaram paralisados, tendo sido arquivados em 28/08/2013.

Verifica-se, ainda, que o processo só foi desarquivado a pedido da executada, que compareceu espontaneamente em 22/08/2013 e apresentou exceção de pré-executividade, que foi acolhida pela sentença ora recorrida.

Assim, é certo que a interrupção do prazo prescricional ocorreu somente em 22/08/2013, com o comparecimento espontâneo da executada aos autos, su-

Acesso ao Sumário

prindo a citação.

Em que pese o comparecimento espontâneo da executada ter suprido a citação, não se verifica a possibilidade de retroação da interrupção da prescrição à data da propositura da ação.

Isto porque referido comparecimento ocorreu em 2013, ou seja, mais de 12 anos após a constituição definitiva do tributo cobrado, de sorte que a retroação só seria possível caso a culpa pela demora na citação pudesse ser atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, e não à exequente.

No entanto, não é isso que se verifica no presente caso, pois os autos ficaram sem movimentação adequada por mais de 12 anos após a tentativa frustrada de citação em outro processo, tendo sido arquivados os autos em 2013 sem qualquer manifestação da exequente após o ajuizamento da ação.

Verifica-se, portanto, que a Municipalidade deixou transcorrer *in albis* o prazo estabelecido pelo § 2º do artigo 240 do CPC, acarretando a impossibilidade de admitir-se a retroação do marco interruptivo da prescrição à data de ajuizamento da ação.

Em razão disso, não há como deixar de reconhecer a ocorrência da prescrição, pois ficou evidente que a desídia da Municipalidade em relação à execução foi responsável pelo integral escoamento do prazo, revelando, dessa forma, desinteresse em prosseguir na busca do seu direito.

Como é cediço, a demora na citação não pode, em princípio, resultar em prejuízo da Municipalidade, salvo se comprovada estreme de dúvida a sua inércia, situação que se encontra evidenciada de forma cabal nos autos, pois, apesar de ter ajuizado a execução dentro do prazo legal, a exequente deixou de praticar atos concretos para citação da executada.

Assim, não há como se considerar o teor da Súmula 106 do STJ, que dispõe: "*Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência*".

Por isso, no caso *sub judice*, a sentença deve ser mantida.

Em razão da sucumbência recursal da apelante e tendo em vista o que dispõe o novo Código de Processo Civil, notadamente no § 11 do Art. 85, os honorários advocatícios fixados pelo Juízo *a quo* são majorados para 11% do valor da execução (R$ 4.191,74 em 01/07/2002).

Por fim, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria suscitada, observando-se o entendimento do STJ no sentido de que "tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida" (EDcl no RMS 18205/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

Acesso ao Sumário

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0500220-26.2014.8.26.0397, da Comarca de Nuporanga, em que é apelante MUNICÍPIO DE SALES OLIVEIRA, é apelada MANOEL AFONSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.298)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), EUTÁLIO PORTO e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – IPTU e Taxa de água e esgoto – Exercícios de 2010 e 2012 e 2013 – Município de Sales Oliveira – Impossibilidade de substituição da CDA, quanto ao executado – Julgada extinta a execução fiscal, face a inexigibilidade do crédito fiscal que embasa a CDA, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC/15 – Sujeitos passivos substitutos que não participaram do processo administrativo – Impossibilidade da ação contra eles – Extinção da execução em primeiro grau – Falecimento do executado com data anterior ao ajuizamento, ora equivocado – Hipótese de substituição da CDA para alteração do polo passivo – Inadmissibilidade – Impossibilidade de redirecionamento – Súmula nº 392 do C. STJ e precedentes jurisprudenciais – Sentença mantida – Apelo da municipalidade não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 80, a qual extinguiu esta execução, a teor do *artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil/15*, buscando a municipalidade, nesta sede, pela reforma do julgado, sustentando que, nos termos dos artigos 165 e 174 do seu CTM, "*os contribuintes ou quais-*

quer responsáveis por tributos facilitarão, por todos os meios a seu alcance, o lançamento, a fiscalização e a cobrança dos tributos devidos à Fazenda Municipal", nesse contexto, os responsáveis pelo tributo não atualizaram o cadastro municipal, após o óbito do sujeito passivo, daí a responsabilidade do espólio ou do sucessor a qualquer título no pagamento do débito (fls. 82/83).

Recurso tempestivo, isento de preparo, sem resposta e remetido a este E. Tribunal.

É o relatório, adotado, no mais, o da respeitável sentença.

Trata-se de cobrança de IPTU e Taxa de água e esgoto, dos exercícios de 2010 e 2012 a 2013, tendo sido ajuizada a execução fiscal, em 06/11/2014, constando na *certidão de óbito*, à fl. 71, que o executado faleceu em ocasião bem anterior aos dos exercícios cobrados neste executivo fiscal, ou seja, em 20.08.2001.

Não obstante o *inciso III do artigo 131 do Código Tributário Nacional* determinar a responsabilidade dos tributos devidos pelo "*de cujus*" ao espólio, esta possibilidade tem um óbice, que é a constituição dos débitos até a data da abertura da sucessão.

Importa notar, que é possível o redirecionamento do feito ao espólio, a teor de todos os artigos citados nas razões do apelo, entretanto o busílis da questão é o momento em que isto é possível.

Veja-se que o executado faleceu em 20/08/2001, e, portanto, a execução foi proposta – em 06/11/2014 – equivocadamente, quando já falecido o sujeito passivo, não podendo este passar a responsabilidade dos débitos ao espólio, pois nem mesmo o "*de cujus*" é o contribuinte, tratando-se de ilegitimidade passiva "ad causam".

Em observância da *Lei nº 6.830/80*, admite- se a substituição daquelas CDA's, antes da prolação da sentença em alguns casos; este também é o entendimento da *Súmula nº 392 do Colendo Superior Tribunal de Justiça*, a seguir:

> ***Súmula nº 392 do C. STJ*** - "*A Fazenda Pública pode substituir a certidão da Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal vedada a modificação do sujeito passivo da execução.*"

E, ainda, neste sentido:

> ***C. STJ*** - "*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CDA EXPEDIDA CONTRA PESSOA FALECIDA ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. NULIDADE. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 392/STJ. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. OBRIGAÇÃO DOS SUCESSORES DE INFORMAR SOBRE O ÓBITO DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL E DE REGISTRAR A PARTILHA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILI-*

Acesso ao Sumário

DADE. 1. O redirecionamento contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado pela Fazenda municipal faleceu antes mesmo da constituição do crédito tributário. Precedentes: REsp 1.222.561/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/05/2011; AgRg no REsp 1.218.068/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 08/04/2011; REsp 1.073.494/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/09/2010. 2. Não se pode fazer mera emenda do título executivo, a teor da Súmula 392/STJ, que dita: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução". Matéria já analisada inclusive sob a sistemática do art. 543-C do CPC (REsp 1.045.472/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18/12/2009). 3. O argumento sobre a obrigação dos sucessores de informar o Fisco acerca do falecimento do proprietário do imóvel, bem como de registrar a partilha, configura indevida inovação recursal, porquanto trazido a lume somente nas razões do presente recurso. 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido." (AgRg 2013/0099280-2 – DJe 10.09.2013 – Ministro Relator BENEDITO GONÇALVES).

Ademais, a ausência de atualização do cadastro imobiliário, perante o órgão competente da municipalidade, não tem o condão de inviabilizar o reconhecimento da ilegitimidade de parte ou de outras questões de ordem processual.

Portanto, não se admite aqui, a substituição do devedor da CDA pelo espólio do "*de cujus*", tampouco pela possuidora atual do imóvel, pois tratam-se de sujeitos passivos, que não participaram da constituição do crédito nem do processo administrativo do lançamento.

Destarte, a extinção desta execução fiscal era, sim, medida imperiosa e fica agora ratificada.

Por tais motivos, nega-se provimento ao apelo da municipalidade, e assim, mantendo-se a v. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007780-91.2020.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ROSANGELA MARIA DOS SANTOS PRIMO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.744)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO POSSESSÓRIA – Bem público – Posse inexistente – Mera detenção – Bens públicos são insuscetíveis de apossamento, o que fulmina de antemão os seus consequentes reflexos jurídicos, como a pretensão de ressarcimento, pelo erário, por benfeitorias (mesmo as edificadas com presumida boa fé), e a possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião; no máximo, reconhece-se sua detenção, mas sempre a título precário, por conta e risco do respectivo detentor – Reflexos da imprescritibilidade aquisitiva – Precedentes jurisprudenciais – Apelação não provida, com determinação.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Rosangela Maria dos Santos Primo contra r. sentença do digno Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José dos Campos (fls. 195/200), que julgou procedente ação ajuizada pela Prefeitura Municipal de São José dos Campos, visando a reintegração de posse de imóvel público situado nessa urbe, à Rua Jairo Veneziani nº 324, Loteamento Residencial São Francisco, Bairro Putim.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) preservação do direito constitucional de moradia; b) inexistência de invasão ou esbulho; c) utilização do imóvel como moradia há mais de 16 anos; d) indenização pelas benfeitorias (fls 206/213).

Apelo respondido (fls 219/222).

A douta Procuradoria de Justiça informou seu desinteresse no feito (fls 232).

É o relatório.

1- Parto da premissa de que os bens públicos são insuscetíveis de apos-

Acesso ao Sumário

samento – o que fulmina de antemão os seus consequentes reflexos jurídicos, como a pretensão de ressarcimento, pelo erário, por benfeitorias (mesmo as edificadas com presumida boa fé), e a possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião[1]. No máximo, reconhece-se sua detenção, mas sempre a título precaríssimo, por conta e risco do respectivo detentor. E neste ponto não há margem para dúvidas.

Matéria sumulada pelo superior Tribunal de Justiça no verbete nº 619: *A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias* (Corte Especial, j. 24/10/2018, DJe 30/10/2018).

Também do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – MERA DETENÇÃO – INVIABILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – PRECEDENTES. 1- Nos termos da jurisprudência desta Corte, a ocupação de bem público configura ato de mera detenção decorrente da tolerância ou permissão do Poder Público, o que inviabiliza a proteção possessória contra o ente estatal. 2- Agravo regimental não provido (AgRg no REsp nº 1129480/GO, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21/06/2012).

Têm-se neste Tribunal Bandeirante:

APELAÇÃO CÍVEL – ADMINISTRATIVO E CIVIL – Ação de reintegração de posse proposta pelo Município de Jacareí – Sentença de procedência que decreta a reintegração – Recursos pelos requeridos – Desprovimento de rigor. 1- Extinção da cautelar que se impunha ante a não regularização processual no tempo designado – Inteligência do art. 13 do CPC. 2- Não viceja a preliminar de nulidade da r. sentença, na medida em que lícito ao Magistrado proceder ao julgamento desde logo da lide, sendo suficiente a prova colacionada pelas partes, bem como por envolver matéria essencialmente de direito, sem necessidade de nova dilação probatória. Inteligência do art. 330, I, do CPC, aliás, sequer pleiteada a produção de provas no momento oportuno. 3- Também não é nula a r. sentença na medida em que o magistrado sentenciante expôs sua motivação e fundamentação, que redundaram no julgamento de procedência da ação, apreciando todas as argumentações essenciais do autor e dos requeridos – Sentença sucinta não se confunde com sentença omissa, única hipótese que acarretaria sua nulidade. 4- Não realização de audiência de conciliação – Nulidade – Inocorrência – Despicienda sua realização diante do contexto processual e da evidência de sua impertinência – Precedente do C. STJ. 5- No mérito, impunha-se o decreto de reintegração de posse do imóvel, dado se tratar de bem público insuscetível de posse ou aquisição de propriedade pelo particular e, portan-

Acesso ao Sumário

1 Constituição Federal - artigos 183, § 3º, sobre imóveis urbanos, e 191, parágrafo único, sobre imóveis rurais.

to, mera detenção precária. 6- Descabimento de indenização pelas supostas benfeitorias porquanto ilegal a ocupação – Precedente do C. STJ. 7- Ônus de sucumbência adequadamente arbitrados. 8- Sentença mantida nos termos do art. 252 do RITJSP – Preliminares rejeitadas e recurso de apelação desprovido (Apelação Cível nº 0030392-11.2009.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Sidney Romano dos Reis, j. 17/09/2012).

AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO – A ocupação de bem público não acarreta posse, mas mera detenção do bem – Incabível a proteção possessória pleiteada – Ação julgada extinta, sem apreciação do mérito – Decisão mantida – Recurso não provido (Apelação Cível nº 0040702-43.2011.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Vera Angrisani, j. 02/10/2012).

REIVINDICATÓRIA – Bem público – Ocupação por particular – Sentença que reconheceu a propriedade ao município e determinou a restituição da posse, mas ressalvou o direito do réu à retenção por benfeitoria – Ausência de justo título – Mera detenção, que não dá direito à indenização – Reconvenção julgada improcedente – Recurso provido (Apelação Cível nº 0161445-52.2008.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Carvalho Viana, j. 19/09/2012).

DIREITO ADMINISTRATIVO E CIVIL – INEXISTÊNCIA DE DIREITO A INDENIZAÇÃO PELAS ACESSÕES E DE RETENÇÃO PELAS BENFEITORIAS EM BEM PÚBLICO IRREGULARMENTE OCUPADO. Quando irregularmente ocupado o bem público, não há que se falar em direito de retenção pelas benfeitorias realizadas, tampouco em direito a indenização pelas acessões, ainda que as benfeitorias tenham sido realizadas de boa-fé. Isso porque nesta hipótese não há posse, mas mera detenção, de natureza precária. Dessa forma, configurada a ocupação indevida do bem público, resta afastado o direito de retenção por benfeitorias e o pleito indenizatório à luz da alegada boa-fé. Precedentes citados: AgRg no AREsp 456.758-SP, Segunda Turma, DJe 29/4/2014; e REsp 850.970-DF, Primeira Turma, DJe 11/3/2011 (AgRg no REsp nº 1.470.182-RN, relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 04/11/2014).

2- Não se desconhece o impacto pessoal, social e econômico que se abate sobre adquirentes de lotes irregulares, caso venham a ser removidos da posse dos respectivos imóveis (e é mesmo de se questionar se o comando político do Município assumirá a impopularidade de executar a reintegração forçada). Mas tampouco se pode convalidar a usurpação incivilizada das áreas públicas, sua favelização, não raro fruto de grilagem, nem o descuido desses cidadãos – embora gente simples – na contratação dos lotes sem a devida análise documental.

De fato, tais pessoas compram muitas vezes cientes do risco, dele fazem pouco caso. Jogam com o poder do fato consumado. Acreditam que (como o câncer, só com "os outros"), nada lhes acontecerá.

Acesso ao Sumário

Esse comportamento não resolve o déficit de moradias. Pior, agrava a degradação do ambiente urbano.

Resta-lhes a prerrogativa cívica da pressão pública sobre os mandatários locais. Os mesmos que negligenciam a vigilância contra a disseminação de loteamentos clandestinos. E, em última hipótese, pedido de ressarcimento dirigido aos alienantes.

Ante o exposto, nego provimento à apelação. Determino, contudo, a suspensão temporária dos efeitos desta ordem de reintegração nos termos da Lei 14.216/2021, com sua vigência prorrogada pelo Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001101-52.2020.8.26.0035, da Comarca de Águas de Lindóia, em que é apelante RAFAEL DE SOUZA PINTO, é apelado CÂMARA MUNICIPAL DE LINDÓIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.994)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Cassação – Vereador – Decisão tomada pela Casa Legislativa – Caso em que é evidente a aplicação da imunidade parlamentar, pois as palavras foram proferidas em sessão da Câmara – Vereador que manifestou sua opinião contra o referido projeto, defendendo os interesses de seu eleitor – Caso em que a petição inicial não era apta para dar início o processo político-administrativo – Nulidade da petição, de todo o processo e do decreto legislativo que determinou sua cassação – Nulidade dos atos e do decreto – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por Rafael de Souza Pinto contra a Câmara

Municipal de Lindóia. Diz a inicial que o autor era vereador do município e que a requerida cassou seu mandato por quebra de decoro parlamentar. Sustentou a irregularidade do ato, pois viola a sua prerrogativa de imunidade parlamentar. Requereu a declaração de nulidade do Decreto Legislativo nº 05/2019, bem como o restabelecimento de seus direitos políticos e o deferimento de sua candidatura, perante a Justiça Eleitoral.

Manifestação do Ministério Público, a fls. 319.

A decisão de fls. 324 deferiu a tutela provisória pretendida, determinando a suspensão dos efeitos do Decreto Legislativo que instrumentalizou a cassação do mandato do autor.

Citada, a ré contestou (fls. 364), pedindo a improcedência do pedido. Alegou o princípio da separação de poderes, a quebra de decoro, a impossibilidade de o Judiciário adentrar no "mérito legislativo", a relatividade dos direitos fundamentais e abuso do direito e a segurança jurídica. Mencionou o impeachment da presidente Dilma e decisões do Supremo, defendeu a necessidade de manutenção da decisão para impedir que o requerente participe das eleições e para proteger o cidadão, a necessidade de comunicação de eventual mudança de posicionamento ao juízo eleitoral, os limites do vereador e o princípio da justiça.

Réplica a fls. 577.

Manifestação do Ministério Público, a fls. 585, pela procedência da demanda.

Agravo apresentado pela Câmara, improvido (fls. 591).

A ação foi julgada improcedente (fls. 598) pela Juíza Tonia Yuka Koroku.

Insatisfeito, apela o autor, repetindo os argumentos trazidos na inicial.

Recurso tempestivo e contrariado, a fls. 628.

É o relatório.

Como já observado a fls. 596:

"*Em princípio, não pode o Poder Judiciário se imiscuir em questão regimental do Poder legislativo Municipal, o que claramente está delineado nos presentes autos. Trata-se de controvérsia a ser dirimida pelo Judiciário, se o vereador, no exercício da sua função, abusou do direito, ou trabalhou de acordo com a sua imunidade parlamentar*".

Assim, com todo respeito ao entendimento da ilustre e culta Juíza oficiante, há de se analisar, no caso presente, se o autor vereador estava acobertado pela imunidade parlamentar, prevista no art. 29 VIII da Constituição Federal, caso em que, evidentemente, não poderia ser cassado.

Isso porque impera, em nosso direito pátrio, a inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

Acesso ao Sumário

Ainda, não se pode olvidar que, embora os procedimentos que tratam da responsabilidade político-administrativa devam correr nas Casas Legislativas e possam culminar na cassação dos vereadores, pois são temas *interna corporis*, eles estão sujeitos ao adequado controle jurisdicional.

Isso porque cabe ao Poder Judiciário apreciar se foram respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Embora o Poder Legislativo tenha discricionaridade do ato decisório, para que esse ato exista e seja considerado válido, devem ser respeitados os princípios acima mencionados, ao longo de todo o procedimento, não podendo, evidentemente, a imunidade parlamentar ser violada, para evitar que sejam praticados abusos, com suporto obstáculo na separação de poderes e prejuízo evidente da vontade popular declarada legitimamente nas eleições.

A imunidade parlamentar existe para que os interesses dos eleitores sejam defendidos pelos seus representantes legislativos, que foram eleitos para explicitar seus pontos de vista, suas opiniões.

Isso esclarecido, para que a cassação seja válida, necessário que o processo tenha sido válido, inclusive a peça inicial, da qual todos os atos subsequentes decorrem, como defesa, instrução, julgamento e decisão.

Não é o que se verifica no caso em apreço.

Diferentemente do entendimento que prevaleceu na Câmara de Vereadores, não se vislumbra qualquer ato, palavra ou expressão que possa caracterizar a suposta violação do decoro parlamentar, nos trechos transcritos a fls. 33/34. Nem se verifica qualquer ato injurioso contra a denunciante.

Segundo a peça inicial, de fls. 29/33:

"Fatos a serem imputados:

Na data de 18/01/2018, o nobre vereador denunciado, em meio a discussão do projeto da Câmara Municipal de Lindóia, foi extremamente desrespeitoso com a população que ali estava presente, bem como com os vereadores que faziam parte de referida sessão.

Isto porque após um debate entre a mesa da Câmara Municipal e o próprio denunciado, este falou em alto e bom som as seguintes palavras dirigidas à denunciante:

'...Sr. Presidente, esse projeto, Sr. Presidente, foi trazido por uma ex-primeira dama corrupta que participou da corrupção e que o senhor acobertou, e o senhor acobertou...'...

Além de outras ofensas que chocaram a todos os cidadãos que ali estavam presentes testemunhando as ofensas e a quebra de decoro parlamentar por parte do denunciado".

Acesso ao Sumário

No caso, não se observa quebra de decoro parlamentar, mas indignação do vereador, externada durante a sessão da Câmara de Vereadores, realizada naquela Casa Legislativa, que fez uso da palavra para expor a sua opinião (e de seus eleitores) em relação à postura da Casa e dos colegas, em relação a um projeto que ali tramitava.

No caso, ainda que houvesse algum abuso ou ato injurioso, não há dúvida de que, na hipótese, estaria o vereador protegido pela imunidade constitucional, pois seu discurso está ligado totalmente à sua atividade como parlamentar, emitindo sua opinião acerca de projeto apresentado pelos colegas, não se tratando de palavras lançadas a esmo, sem relação com suas atividades, como tenta fazer crer a Câmara de Vereadores.

Como bem observou o Ministério Público, ao se manifestar, a fls. 585, o processo político-administrativa não conta com peça inicial apta, pois o vereador estava acobertado pela imunidade parlamentar, sendo nulos todos os atos praticados, inclusive o decreto legislativo dele decorrente.

Não se trata de invadir o mérito do ato da Câmara de Vereadores, pois, se todo o processo político-administrativo é nulo, não há como a Casa Legislativa deliberar sobre o tema, havendo necessidade do controle da legalidade do ato.

Para que tenha início um processo político-administrativo de tamanha seriedade, que visa a expulsar do cargo eletivo um vereador, necessário que haja uma peça inicial apta e que todo o processo seja limitado a ela, com vistas a evitar abusos por parte da Câmara de Vereadores.

Entendimento diverso levaria à admissão de toda a sorte de abuso dos procedimentos político-administrativos, bastando a simples observância do quórum para a violação dos princípios democrático e republicano e para ferir a vontade do eleitor.

Nem se compare a presente demanda ao impeachment de Dilma, em que não houve qualquer enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal, de questão relacionada à imunidade parlamentar de vereador.

No caso, não existindo ato indecoroso ou injurioso, ou, estando ele acobertado pela imunidade parlamentar do vereador, não há dúvida de que a cassação é ilegal e o controle judicial é viável e necessário para se resguardar o princípio democrático.

Assim, acolhe-se o pedido inicial, para se declarar nulo o Decreto legislativo nº 05/2019, que culminou com a cassação do mandato do apelante.

Dessarte dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0034323-57.2001.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelado ENCO ZOLCSAK EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

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 33.092)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – Taxas e preços públicos referentes ao fornecimento, coleta e manutenção de redes de água e esgoto – **Sentença que decretou a nulidade das CDAs e extinguiu a ação – Cabimento – Títulos executivos que não apontam nenhuma fundamentação legal em relação à dívida cobrada, não preenchendo os requisitos previstos no art. 202 do CTN e no art. 2º da Lei nº 6.830/80 – Vícios diretamente relacionados aos requisitos essenciais da CDA, não incidindo a regra do art. 2º, § 8º, da LEF – Sentença mantida – Recurso desprovido.**

VOTO

Vistos.

A PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, nos autos da ação de execução fiscal (proc. n. 0034323-57.2001.8.26.0564, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Bernardo do Campo), que move contra ENCO ZOLCSAK EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA., apresenta recurso de apelação (fls. 82 a 88) contra a r. sentença de fls. 73 a 78, que extinguiu a execução em virtude da nulidade das CDAs, relativas a taxas e preços públicos referentes ao fornecimento, coleta e manutenção de redes de água e esgoto. Requer a apelante a anulação do *decisum*, por falha procedimental (ausência de contraditório), bem como a sua reforma, possibilitando-se a emenda

Acesso ao Sumário

dos títulos executivos e o prosseguimento do feito.

Subiram os autos a esta Corte, sem a apresentação de contrarrazões (fl. 91).

É o relatório.

Malgrado a combatividade da digna Procuradoria Municipal, entende-se que o recurso *não merece prosperar*.

Senão, vejamos.

De proêmio, insta afirmar-se que seria inócua qualquer manifestação prévia da exequente a respeito da efetivada decretação de ofício da nulidade dos títulos executivos, não havendo prejuízo que justifique a pretendida anulação processual (Princípio do Contraditório Útil - Enunciado 03 da ENFAM).

Assim, *afastada* a alegação preliminar, ante a ausência da apontada falha procedimental, verifica-se que, efetivamente, as CDAs são nulas.

Isto, pois os títulos executivos em questão não apontam nenhuma fundamentação legal em relação à dívida cobrada.

Assim, na esteira do entendimento desta Colenda Câmara, **o exame das CDAs revela que estas não atendem o previsto nos parágrafos 5º e 6º do art. 2º da Lei nº 6.830/80.**

A conclusão inevitável a que se chega é a de que tal vício de fundamentação macula e deslegitima a cobrança do referido tributo.

Na lição de LEANDRO PAULSEN, "é imperativo que conste do Termo de Inscrição e, posteriormente, da CDA, a indicação do dispositivo legal que fundamenta o débito. Não basta a indicação genérica a tal ou qual lei. Exige- se a indicação do dispositivo específico, do artigo em que resta estabelecida a obrigação" (*in Direito Tributário*: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência; 14ª edição; Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado; 2012; p. 1.250).

No mesmo sentido, o escólio de ALIOMAR BALEEIRO:

"Do rigor formal da inscrição como ato jurídico administrativo, decorre logicamente a severidade do art. 203 do C.T.N., cominando a sanção de nulidade, para ela e para a certidão dela, se forem omitidas ou estiverem erradas as indicações essenciais arroladas no art. 202. (...) O art. 203 é peremptório: omissa ou errada a inscrição, fatalmente ocorrerá a nulidade, salvo se sanada for até a sentença de primeira instância" (*in Direito Tributário Brasileiro*; 11ª edição; Ed. Forense; p. 1012).

Sobre o assunto, como já afirmado, esta Colenda Câmara já sedimentou seu posicionamento:

"Tributário. ITU (exercícios de 2006 e 2007). Execução fiscal. Embargos rejeitados liminarmente. Pretensão à integral reforma. Constatação de que as

Acesso ao Sumário

certidões de dívida ativa (CDA) que embasam a execução fiscal não preenchem requisitos previstos no Código Tributário Nacional e na Lei de Execução Fiscal, por não terem indicado o específico fundamento legal da exação, dentre outros vícios insanáveis. Inexorável extinção, de ofício, do processo executivo (artigo 267, inciso IV, e § 3º, do Código de Processo Civil). Consequente extinção dos embargos, em face da perda de objeto ou falta superveniente de interesse processual (artigo 267, inciso VI, do mesmo diploma legal). Recurso prejudicado" (grifamos) (Apelação nº 0004361-51.2011.8.26.0624, Relator Desembargador Mourão Neto, j. 07.11.2013).

"Embargos à execução fiscal. IPTU. Nulidade da CDA. Ausência de informação quanto ao fundamento legal da dívida. Prejuízo de defesa caracterizado. Possibilidade de reconhecimento de ofício. Extingue-se o processo, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, IV do CPC, prejudicado o recurso" (Apelação nº 0001312-58.2008.8.26.0219, Relatora Desembargadora Beatriz Braga, j. 26.09.2013).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução Fiscal. Extinção do feito diante da prescrição do crédito tributário cobrado. Não conhecimento da apelação interposta por se tratar de ação de valor irrisório. Pretensão à reforma da decisão agravada. Admissibilidade. Inteligência do artigo 34, da LEF. Violação da garantia de acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CF). Cabimento da apelação. Ocorrência, contudo, de nulidade da CDA em decorrência do não preenchimento de requisitos legais. Omissão da origem, natureza e fundamento legal específico da multa aplicada. Inteligência do art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei nº 6.830/1980. Reconhecimento, de ofício, da nulidade com manutenção da extinção da execução, mas por outro fundamento, conforme disposto no art. 267, IV c/c § 3.º, do CPC. Agravo prejudicado" (Agravo de Instrumento nº 0105665-54.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Roberto Martins de Souza, j. 25.07.2013).

Outrossim, como bem ressaltou o ínclito Desembargador MOURÃO NETO, no julgamento da Apelação nº 0047345-17.2003.8.26.0564, em 11.04.2013:

Acesso ao Sumário

"E tanto maior e exigente deve ser a perfeita adequação do documento ao desenho legal quando se trata de certidão da dívida ativa, porque, diferentemente dos demais títulos extrajudiciais, é o único que é haurido unilateralmente pelo credor, isto é, sem o aceite do devedor, tudo em nome da presunção muito relativa de legitimidade dos atos administrativos.

"Ora, se aos Municípios e respectivas autarquias é dado formar o título executivo unilateralmente, o mínimo que se deve exigir é que dele façam constar os requisitos e exigências legais, mesmo porque o princípio da taxatividade (só é título executivo o que a lei federal estabelece como tal, inclusive, como visto,

com observância de todos os requisitos legais) não se compadece com soluções que variam conforme o grau de liberalidade e complacência do julgador".

Destarte, imperioso o reconhecimento de nulidade das certidões (não se trata de mero erro formal ou material, não incidindo a regra do art. 2º, § 8º, da Lei n.º 6.830/80, bem como a da Súmula 392 do STJ), motivo pelo qual *mantém-se* a r. sentença, nos termos expostos.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003144-35.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MUNICÍPIO DE SANTOS, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SANTA CLARA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.700)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Ação demolitória – Obra realizada em condomínio sem prévia licença do Poder Público municipal – Obra, no entanto, que foi executada de acordo com as normas editalícias e boa técnica – Demolição – Inadmissibilidade – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

I – Trata-se de ação proposta pela Municipalidade de Santos para que o edifício situado à Avenida Conselheiro Nébias, nº 842, promovesse a retificação da obra de cobertura do poço de ventilação, uma vez que erigida em desacordo com o projeto inicial apresentado.

Após a apresentação de contestação pelo condomínio-réu, o Juízo "*a quo*" julgou procedente a ação (fls. 38/40), seguindo-se, no entanto, com a anulação da sentença por esta C. 4ª Câmara de Direito Público, vez que reconhecido cerceamento de defesa (fls. 53/55).

Acesso ao Sumário

Após a reabertura da fase instrutória, o Juízo de origem prolatou nova sentença, julgando, desta feita, improcedente a demanda (fls. 128/130).

Inconformada, recorre a Municipalidade-autora sustentando, em síntese, a irregularidade da construção promovida pelo condomínio-réu, sem a devida licença municipal, sendo, portanto, de rigor a sua demolição, nos termos da legislação local (fls. 134/138).

Recurso regularmente processado, tendo o réu deixado de apresentar contrarrazões.

É o relatório.

II – O recurso, "*data venia*", não comporta acolhimento.

Discute-se nesta demanda, a bem da verdade, sobre demolição de obra clandestina (construção de cobertura no recuo frontal do condomínio/réu), porque realizada sem prévia licença do Poder Público municipal.

É certo, em linha de princípio, que a construção clandestina, assim considerada a obra realizada sem prévia licença, configura, em tese, ilícito administrativo, fazendo presumir um dano potencial à Administração e, no caso específico dos autos, também aos condôminos do edifício.

Porém, cuidando-se de medida drástica a demolição de obra apenas pela falta de prévio licenciamento, impõe-se prudência na sua aplicação, visto que, segundo Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra Direito de Construir, 4ª edição, Saraiva, pág. 175: "*Como proceder, se as obras embora clandestinas estiverem de acordo com as normas urbanísticas e estruturais da construção, ou admitirem essa adaptação?*". E complementa, em seguida: *"Em tais casos não devem ser demolidas, mas regularizadas perante a Prefeitura, com a apresentação do projeto e documentos legalmente exigíveis, recolhimento das taxas e multas cabíveis, para a oportuna expedição do alvará de conservação, como têm admitido os Tribunais. Isto porque a licença para construir não se confunde com a construção em si mesma: esta é um direito do proprietário; aquela é um instrumento preventivo de controle da edificação. Desde que a construção esteja em conformidade com o direito, a Administração não tem o poder de destruí-la pela simples ausência do controle prévio, já superado pela regularidade da obra. O que remanesce com a Prefeitura é a faculdade de exigir a regularização formal da documentação, para a expedição a posteriori do alvará que deveria ser a priori, e mais o pagamento de taxas e multas regulamentares*".

Acesso ao Sumário

No caso em exame, se é certo que a obra em questão foi realizada sem prévia licença do Poder Público municipal (fato, aliás, incontroverso), não menos certo é, por outro lado, ter sido executada de acordo com as normas editalícias e boa técnica, em nada comprometendo a segurança, habitabilidade e salubridade dos moradores ou de terceiros, conforme, inclusive, atesta o laudo técnico de fl. 75 (único colacionado aos autos), tanto que o único impedimento para a sua regularização reside no fato de não ter o condomínio/réu obtido a anuência de

todos os condôminos, ou seja, ao que tudo indica, por irregularidades na Ata da Assembleia condominial que aprovou o pedido de legalização da obra.

Assim sendo, na espécie, sem cabimento decretar-se a demolição de obra pela simples ausência de prévio licenciamento, comprovado nos autos, outrossim, sua regularidade com as normas editalícias e execução com boa técnica, representando melhoria ao edifício, dependendo sua regularização, prevista em lei, não de aspectos técnicos da edificação, mas, sim, de questões outras que ultrapassam os limites do próprio controle administrativo.

Em outras palavras, a sanção de demolição, no caso em exame, deixaria de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para o exercício do Poder de Polícia administrativa, impondo-se, assim, a improcedência da ação.

Neste sentido, como bem ressaltado pelo MM. Juízo "a quo": *"(...) verifico se tratar de cobertura construída há mais de 17 (dezessete) anos, havendo parecer de arquiteto no sentido de ausência de perigo em sua manutenção, conforme fl. 75, o que evidencia a falta de razoabilidade no pleito demolitório. Considero, também, o pequeno vulto da obra, levada a cabo apenas para impedir as consequências da ação da chuva (...). Dessa forma, a pretensão autoral não pode se embasar tão somente no art. 14 da Lei Complementar Municipal n. 84/93. Nessa linha, e sem referendar a legalidade da construção empreendida pelo réu, à guisa de autorização do ente municipal, tenho que a demolição da obra discutida ocasionará transtorno e perda desproporcional ao demandado, sem que o justifique o interesse público, analisado em concreto. Não se afasta, por certo, eventual responsabilidade ulterior do acionado, ou mesmo a imposição de medidas outras pela Administração, tópicos estes que não são objeto de análise nos presentes autos. O que afirmo é que a demolição da construção não se afigura providência adequada na hipótese versada (...)*".

Em suma, a r. sentença de primeiro grau deve ser mantida, tal como lançada.

Em virtude da sucumbência recursal, impõe-se a majoração da verba honorária devida ao patrono da parte autora em 2% do valor arbitrado pelo juízo de origem, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento ao recurso, de modo a manter a r. sentença de primeiro grau, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001795-60.2014.8.26.0128, da Comarca de Cardoso, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelan-

Acesso ao Sumário

tes HELDER RUI GASPARA, JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA, MARGARETH MANOEL PEREIRA, MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES e MARCO ANTONIO CASTREQUINI BORGES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE. RECURSOS DOS CORRÉUS NÃO PROVIDOS. V.U.," de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.111)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA. DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO. Exaustivamente comprovada nos autos a prática de manobras em contratos de licitação com vistas ao direcionamento a uma das empresas pertencentes à família do então Prefeito Municipal. Responsabilização dos membros da Comissão de Licitação. Condenação dos corréus que tiveram participação ativa nas fraudes. Superfaturamento flagrante dos itens do contrato justificam a condenação dos membros da Comissão Licitante, na medida em que deixaram de adotar medidas acautelatórias da regularidade da contratação. Sentença reformada em parte.

RECURSO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE. RECURSOS DOS CORRÉUS NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, HELDER RUI GASPAR, JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA, MARGARETH MANOEL PEREIRA, MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES e MARCO ANTONIO CASTREQUINI BORGES em face da r. sentença *a quo*, proferida nos autos da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO , que julgou procedente em parte o pedido inicial, nos seguintes

termos: *(i) JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos na inicial em relação a MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES, JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, ROSEMEIRE MATIOLI DA SILVA, HELDER RUI GASPAR, MARGARETH MANOEL PEREIRA, EMPRESA EVANDRO DE SOUZA CARVALHO, EMPRESA IRACEMA CASTREQUINI BORGES MÓVEIS, EMPRESA FRANCISCO CUSTÓDIO BORGES MÓVEIS LTDA. E MARCO ANTÔNIO CASTREQUINI BORGES para o fim reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e aplicar-lhe as seguintes penas: a) ressarcimento solidário do dano no valor de R$ 5.120,11, devidamente atualizado a contar do pagamento pela Tabela Prática do TJ/SP e com juros de 1% desde a citação quanto aos requeridos Márcio Hamilton Castrequini Borges, Rosemeire Matioli da Silva, Margareth Manoel Pereira, Helder Rui Gaspar e João Gueli de Oliveira; b) suspensão dos direitos políticos por cinco anos quanto a Márcio Hamilton Castrequini Borges e por três anos quanto a Marco Antônio Castrequini Borges; c) pagamento de multa civil no importe de R$ 5.120,11 e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos quanto a Márcio Hamilton Castrequini Borges quanto à conduta prevista no art. 10 da Lei 8.429/92; d) perda da função pública eventualmente ocupada por Márcio Hamilton Castrequini Borges por ocasião do trânsito em julgado da presente; e) multa civil no importe individual correspondente a três vezes o valor da remuneração do Prefeito em relação a Márcio Hamilton Castrequini Borges e Marco Antônio Castrequini Borges, quanto às condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/92; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos quanto às empresas Evandro de Souza Carvalho, Iracema Castrequini Borges Móveis e Francisco Custódio Borges Móveis Ltda.; (ii) JULGO IMPROCEDENTES os pedidos deduzidos na inicial em relação a EDSON PEREIRA DOS SANTOS, EDUARDO ANTÔNIO FELISBINO DE SOUZA e PASSOS & ZANINI LTDA. e MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA*."[1]

Opostos embargos declaratórios por MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES, foram rejeitados[2].

O MINISTÉRIO PÚBLICO apela buscando a procedência de todos os pedidos formulados na inicial, para o fim de ser reconhecido o prejuízo ao erário decorrente das aquisições ilícitas de todos os procedimentos licitatórios *sub judice*, a responsabilização dos servidores pelos atos ímprobos, inclusive EDSON PEREIRA DOS SANTOS e EDUARDO ANTÔNIO FELISBINO DE SOUZA, bem como dos requeridos PASSOS & ZANINI LTDA. e MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA, declarando-se nulos todos os contratos administrativos.[3]

1 Fls. 4069-4082, de lavra da MM. Juíza Dra. HELEN KOMATSU, da Vara Única da Comarca de Cardoso, cujo relatório se adota.

2 Fl. 4139.

3 Fls. 4090-4104.

O corréu HELDER RUI GASPAR pugna, inicialmente, pela concessão dos benefícios da gratuidade judiciária. Quanto ao mérito, apela discorrendo acerca da competência da comissão julgadora de licitação, que está vinculada aos ditames do edital, e que não engloba a elaboração da minuta do contrato e a homologação da proposta vencedora. Sustenta que sua conduta não feriu os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, e se deu em consonância com o critério de julgamento previsto no edital do certame nº 047/2012, qual seja, menor preço global. Por fim, alega a ausência de comprovação de dolo na sua conduta, pugnando pela reforma da sentença, para o fim de ser julgado improcedente o pedido com relação a ele.[4]

Os corréus JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA e MARGARETH MANOEL PEREIRA apelam pleiteando, preliminarmente, a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária. Com relação ao mérito, alegam, em suma, que a r. sentença não descreve a participação subjetiva dos apelantes em detrimento do Município, em violação ao quanto disposto no artigo 10 da Lei nº 8.429/92. Sustentam que a r. sentença não aponta conduta dolosa dos apelantes, nem tampouco a aferição de eventual benefício pessoal ou vantagem ilícita, deixando de apontar concretamente qual o prejuízo sofrido pelo erário. Buscam a reforma do *decisum* para que sejam julgados improcedentes os pedidos com relação a eles.[5]

Apela o corréu MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES arguindo preliminarmente cerceamento de defesa, na medida em que a r. sentença deixou de fazer o enquadramento da conduta do coapelante aos dispositivos legais supostamente infringidos, artigos 10 e 11 da LIA, sem esclarecer qual inciso, dificultando o exercício da ampla defesa do apelante. Busca a declaração de nulidade da sentença. No tocante ao mérito, debate acerca da divisão das licitações, delimitação dos objetos, do uso da marca, da participação do grupo familiar no processo de dispensa da Licitação nº 12/2010, nega o superfaturamento de valores e a ocorrência de prejuízos ao erário. Por fim, impugna a imputação de ato de improbidade administrativa, pleiteando a reforma da sentença para o fim de serem julgados improcedentes os pedidos deduzidos contra ele, ou, subsidiariamente, excluídas as sanções de perda da função pública e perda dos direitos políticos, em atenção ao princípio da razoabilidade.[6]

O corréu MARCO ANTONIO CASTREQUINI BORGES, por sua vez, apela repisando a tese defensiva. Sustenta não ter dado causa a danos ao erário por superfaturamento, sendo incabível sua condenação com base no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, dada a ausência de comprovação do elemento subjetivo.[7]

Sobrevieram contrarrazões do autor, deixando os réus de apresentar res-

Acesso ao Sumário

4 Fls. 4108-4122.
5 Fls. 4142-4154.
6 Fls. 4156-4217.
7 Fls. 4225-4254.

posta aos demais recursos de apelação, em que pese intimados.[8]

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo não provimento dos recursos de apelação dos réus e parcial provimento ao recurso de apelação do autor.[9]

É o relatório.

Preliminarmente, concedo o benefício da gratuidade judiciária pleiteado pelos corréus, ora apelantes, HELDER RUI GASPAR, JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA e MARGARETH MANOEL PEREIRA.

Ressalte-se que a gratuidade processual deve ser concedida a todas as pessoas físicas que afirmem sua condição de pobreza para arcar com as custas do processo, salvo eventual prova em sentido contrário. O § 3º do artigo 99 do Código de Processo Civil dispõe que "*presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*".

O dispositivo em comento trouxe nova redação ao revogado artigo 4º da Lei 1.060/50, que, por sua vez, tratava da presunção relativa de pobreza mediante simples declaração da parte interessada, sem, contudo, fazer distinção alguma em relação às pessoas naturais e pessoas jurídicas.

Noutros dizeres, considerando que a lei atribui foro de veracidade à declaração de hipossuficiência econômica, quando formulada por pessoa natural e que, por outro lado, compete, eventualmente, à parte contrária demonstrar que o beneficiado possui condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo da própria subsistência e de sua família, concedo a gratuidade judiciária pleiteada.

Ainda em sede preliminar, afasto a tese de cerceamento de defesa, arguida pelo corréu MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES, pela suposta ausência de enquadramento da sua conduta aos dispositivos legais atinentes à Lei nº 8429/92.

Ao contrário do que pretende o apelante, a falta de apontamento de qual dos incisos correlatos aos artigos 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa se deu sua condenação não implica em cerceamento de defesa. A uma porque o réu se defende dos fatos, todos eles descritos de forma minuciosa e comprovados no curso de 22 volumes de documentos e provas e dos seis anos de trâmite processual.

E depois, porque os artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa definem as condutas ímprobas, cada qual com seu objeto de proteção específico, e trazem em seu *caput* a fórmula geral das condutas que se busca inibir, não sendo necessário o enquadramento específico em um dos incisos,

8 Fls. 4260-4282 e 4283.
9 Fls. 4289-4297.

sob pena de se exigir a elaboração de uma lei capaz de prever todas as possíveis condutas ímprobas a serem praticadas por agentes públicos.

Conforme leciona WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, para cada modalidade de ato de improbidade administrativa, *a lei arrola exemplificativamente certas situações ou condutas (reveladas pela expressão e notadamente), pois caput dos arts. 9º, 10 e 11* já definem no que consistem essas espécies ou modalidades. Assim sendo, mesmo imprevisto ato em qualquer das hipóteses do rol desses dispositivos, constituirá improbidade administrativa se se acomodar à definição de enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público e atentado aos princípios da Administração Pública (e esta última é residual em relação às *primeiras)"*.[10]

Diante do acima exposto, fica afastada a arguição de nulidade da r. sentença em razão de cerceamento de defesa, na medida em que a falta de indicação do inciso atinente à conduta não extrai do ato sua natureza ímproba.

Vencida essa questão, passo à análise do mérito.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou a presente ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa em face de MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES, JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA, EDSON PEREIRA DOS SANTOS, HELDER RUI GASPAR, MARGARETH MANOEL PEREIRA, EDUARDO ANTONIO FELISBINO DE SOUZA, EMPRESA EVANDRO DE SOUZA CARVALHO, EMPRESA IRACEMA CASTREQUINI BORGES MÓVEIS, PASSOS & ZANINI LTDA., EMPRESA FRANCISCO CUSTÓDIO BORGES MÓVEIS LTDA., MARCO ANTONIO CASTREQUINI BORGES e MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA, buscando a condenação dos réus às sanções previstas na Lei nº 8.429/92, e a nulidade das licitações convite n.º 09/2009, 30/2010 e 47/2012 e respectivos contratos, bem como do contrato decorrente do procedimento de dispensa de licitação nº 12/2010, firmados com o Município de Mira Estrela, sob o fundamento de direcionamento da licitação e superfaturamento de valores.

Acesso ao Sumário

Apela o autor pugnando pela reforma da r. sentença, para o fim de serem julgados totalmente procedentes os pedidos iniciais, condenando-se inclusive os servidores municipais EDSON PEREIRA DOS SANTOS e EDUARDO ANTONIO FELISBINO DE SOUZA, na medida em que indubitável o conhecimento acerca das fraudes inquinadas nos quatro procedimentos licitatórios *sub judice*.

Sustenta que em todos os casos houve claro direcionamento dos contratos para beneficiar a família do então Prefeito Municipal, MARCIO HAMILTON CASTREQUINI BORGES, não se tratando de mera presunção, vez que se cuida de cidade pequena, em que todas as testemunhas confirmaram saber que a em-

10 WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, *Probidade administrativa*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 207.

presa Calixto pertencia à família do Prefeito, e que Evandro de Souza Carvalho era mero empregado da loja. Defende, assim, que os integrantes da Comissão de Licitação tinham pleno conhecimento do direcionamento das licitações.

No tocante à responsabilidade dos membros da Comissão de Licitação, assiste-lhe parcial razão, senão vejamos.

A r. sentença *a quo* afastou a responsabilidade dos membros da Comissão de Licitação e do Secretário Municipal Administrativo nos Convites nº 9/2009 e 30/2010, bem como no procedimento de dispensa de licitação nº 12/2010. Todavia, em que pese a r. sentença ter entendido pela ausência de evidências acerca da participação ativa dos servidores nas fraudes *sub judice*, é possível extrair das provas produzidas nos autos a ativa participação dos corréus ROSIMEIRE e JOÃO GUELI .

O procedimento de licitação Convite nº 09/2009 teve por objeto a aquisição de equipamentos e materiais de escritório, tendo sido vencedora a corré IRACEMA CASTREQUINI BORGES MÓVEIS LTDA., no valor de seis mil cento e trinta e nove reais. Atuaram na Comissão de Licitação os corréus ROSEMEIRE, EDSON, EDUARDO Secretário Municipal JOÃO GUELI.

Restou comprovada nos autos a frustração do procedimento licitatório, mediante o direcionamento da licitação à empresa vencedora, pessoa jurídica pertencente à genitora do então Prefeito de Mira Estrela, MARCIO HAMILTON, e administrada por seu irmão MARCO ANTONIO CASTREQUINI BORGES.

Segundo consta dos autos, em teoria, participaram da concorrência as empresas Iracema Castrequini Borges Móveis Ltda., A. I. Nogueira - Ltda. e Walcar Móveis Eletrodomésticos Ltda., contudo, os representantes legais das duas últimas empresas não reconheceram as assinaturas apostas nas propostas, bem como desconheciam eventual participação das respectivas empresas no procedimento licitatório do Município de Mira Estrela.

Conforme se depreende dos autos, a corré ROSEMEIRE, na qualidade de Presidente da Comissão de Licitação, certificou a entrega dos Convites "*pessoalmente às firmas convidadas* "[11], em contrapartida a prova testemunhal produzida demonstrou não ser verdadeiro o teor da r. certidão.

O procedimento de dispensa de licitação nº 12/2010 teve por objeto a aquisição de equipamento de informática e materiais de escritório, tendo sido vencedor o corréu EVANDRO DE SOUZA CARVALHO - ME, no valor de seis mil, duzentos e setenta e dois reais.

Neste procedimento de dispensa de licitação apurou-se, em primeiro lugar, a tentativa de aquisição num único processo de materiais de naturezas distintas, restringindo novamente a possibilidade de concorrência. Não obstante

11 Fl. 47.

isso, não fora feita a descrição devida dos equipamentos que se buscava orçamento, além de constar indicação de marca de *notebook* , sem justificativa. Por fim, comprovou-se que as três empresas orçadas pertencem, na verdade, à família Castrequini.

Novamente a servidora Rosemeire foi responsável pelo procedimento administrativo de dispensa, não se admitindo a exclusão da sua responsabilidade.

O procedimento de licitação Convite nº 30/2010 teve por objeto a aquisição de equipamentos de distintas naturezas, como móveis de escritório, cozinha, biblioteca e eletrodomésticos, tendo sido vencedor, mais uma vez, a corré EVANDRO DE SOUZA CARVALHO - ME, no valor de doze mil, oitocentos e quinze reais. Atuaram na Comissão de Licitação os corréus ROSEMEIRE, EDUARDO, MARGARETH e o Secretário Municipal JOÃO GUELI.

Neste procedimento ficou novamente caracterizado o direcionamento do contrato, em razão da natureza tão distinta dos itens que compuseram um mesmo pedido de compra, como aparelho de ar-condicionado, estante de biblioteca, bebedouro de coluna dentre outros, restringindo em demasia a competitividade. Sem prejuízo, os itens não foram devidamente especificados, de forma a impedir a efetiva participação de outras empresas no processo licitatório, além da exigência de marca de alguns itens sem a devida justificativa.

Os depoimentos prestados nos autos confirmaram que Evandro de Souza Carvalho e Francisco Custódio Borges eram meros funcionários de empresa pertencente à família Castrequini, tendo sido abertas pessoas jurídicas em seus nomes, que se tratava de meras filiais da Loja Calixto.

Inegável a participação ativa da corré ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA nas fraudes perpetuadas. A corré atuou em todos os procedimentos licitatórios debatidos no presente feito, não se podendo admitir a alegação de desconhecimento acerca do direcionamento das contratações.

Igualmente demonstrada a participação do Secretário Municipal Administrativo JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, que atuou nos Procedimentos dos Convites n.º 09/2009, 30/2009 e 47/2012. Segundo consta dos autos, os processos de compra eram por ele iniciados, sem, contudo, serem adotadas as diligências necessárias à garantia da licitude das contratações.

Na esteira do quanto defende o ora apelante, efetivamente carecem os autos de provas de que o corréu, enquanto responsável pelo pedido de reserva de disponibilidade orçamentária, tenha realizado ou solicitado orçamento prévio de preços no comércio antes de serem iniciados os procedimentos licitatórios Convites nº 09/2009, 30/2009 e 47/2012.

Não obstante isso, a prova testemunhal evidenciou que o corréu era bastante ativo na Administração do Município, sendo a pessoa que todos procuravam quando precisavam de algo na Prefeitura, com "*poder de mando e autori-*

dade"[12].

Válido ressaltar que em contratações suspeitas, como na hipótese dos autos em que as empresas pertenciam à família do então Prefeito, mister se fazia aos servidores atuantes e com poder de decisão maior acuidade e precaução na análise e aprovação de documentos nos procedimentos licitatórios, em especial do "*Secretário do Prefeito*"[13].

Mesmo que assim não fosse, cumpre ressaltar que, nos termos do artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 8.666/93, a Comissão de Licitação é responsável por receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes, dentre eles, os documentos relativos à habilitação e propostas.

Segundo ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, "*Se sujeito, por negligência, manifesta sua concordância com ato viciado, torna-se responsável pelas consequências. Se, porém, adotou as precauções necessárias vício era imperceptível não obstante diligência empregada, não há responsabilidade pessoal. Sempre que membro da comissão discordar da conduta dos seus pares, deverá manifestar sua posição. Isso servirá para impedir responsabilização solidária do discordante. (...) lei determina que discordância conste da ata*".[14]

Sem prejuízo, tem-se que as condutas *sub judice* amoldam-se perfeitamente à figura típica do ato de improbidade administrativa prevista no inciso VIII, do artigo 10 da Lei nº 8.429/92[15], na medida em que frustraram a finalidade do processo licitatório, consistente na obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, observados os princípios constitucionais atinentes.

Com relação à ausência de demonstração de prejuízo ao erário, cumpre ressaltar que as figuras tipificadas no artigo 10 da Lei nº 8.429/92[16] já trazem em seu bojo a presunção de prejuízo, sendo prescindível sua comprovação, na medida em que a lesividade decorre da ilegalidade.

Por todo o acima exposto, não há espaço para afastar a responsabilidade da Presidente da Comissão e do Secretário Municipal Administrativo, que tinham atuação efetiva nas contratações e poder de mando na Prefeitura.

O mesmo raciocínio não se aplica aos demais membros da comissão,

12 Fl. 3692vº.

13 Fl. 3692vº.

14 MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Lei 8.666/1993*, 17ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, Pág. 1.067.

15 *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
(...)
VIII frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente (redação vigente quando dos fatos).

16 *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*

quais sejam, os corréus EDSON e EDUARDO, na medida em que não lhe foram atribuídas condutas pessoais que tenham corroborado com o direcionamento da contratação, ainda, que seja improvável que não tivessem conhecimento das manobras realizadas no procedimento licitatório.

No tocante à corré MARGARETH sua conduta será doravante avaliada, quando da análise do Convite nº 47/12, onde ficou comprovado o superfaturamento de valores.

Tendo em vista a reforma da r. sentença no tocante à responsabilidade dos corréus JOÃO GUELI e ROSEMEIRE , necessária a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Considerando que a atuação dos corréus se deu no exercício de função pública, bem como a ausência de comprovação de dano nos contratos ora discutidos, aplicáveis as sanções de perda de eventual função pública que exerçam quando do trânsito em julgado do *decisum* e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos.

Passo agora à análise do procedimento de licitação Convite nº 47/2012, que embasou a condenação dos membros da Comissão de Licitação, por entender a r. sentença que, *havendo superfaturamento, competia* à *comissão de licitação ao menos verificação dos preços indicados*.

Referida concorrência teve por objeto a aquisição de equipamentos de distintas naturezas, como móveis, equipamentos de informática, eletrodomésticos e equipamentos hospitalares, tendo sido vencedora a corré PASSOS & ZANINI LTDA. EPP, no valor de sessenta mil reais. Atuaram na Comissão de Licitação os corréus ROSEMEIRE, HELDER, MARGARETH e o Secretário Municipal JOÃO GUELI.

A r. sentença encontra-se devidamente fundamentada, analisou detidamente as provas carreadas aos autos e não merece reformar no tocante à condenação dos corréus com relação ao procedimento nº 47/2012.

Além de todos os demais indícios de direcionamento da licitação, como o pedido de reserva do valor exato de R$ 60.000,00 pelo Secretário Administrativo, valor este constante da proposta vencedora, ou a inclusão de itens de naturezas tão diferenciadas, a prova mais latente se refere à aquisição de aparelho de ar-condicionado por R$ 1.600,00, quando no mesmo mês foi realizada a aquisição de aparelho de mesma potência, por pregão, no importe unitário de R$ 908,00.

Aqui, ao contrário do que alegam os apelantes HELDER RUI GASPAR, JOÃO GUELI DE OLIVEIRA, ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA e MARGARETH MANOEL PEREIRA a responsabilidade dos membros da Comissão Licitante e do Secretário Administrativo encontra-se devidamente comprovada.

Não podem prevalecer as teses recursais lançadas com relação aos limites

de atuação dos membros da Comissão Licitante. Ora, se os servidores municipais responsáveis pela análise da regularidade da documentação e avaliação das propostas não têm competência para apontar indícios de irregularidade, tão claras, quem o teria?

A mera inclusão de ferro de passar e cama hospitalar (dentre outros itens igualmente diversos) no mesmo procedimento licitatório já seria indicativo suficiente de direcionamento da contratação. E não obstante isso, ficou devidamente comprovado o superfaturamento do contrato.

Com relação à falta de comprovação de que os membros da Comissão Licitante tenham se beneficiado do superfaturamento, razão novamente não lhes assiste.

A Lei de Improbidade Administrativa dividiu as condutas, consideradas ímprobas, em 3 grandes grupos de proteção, sendo aqueles que importam em enriquecimento ilícito, aqueles de causam prejuízo ao erário e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Assim, a prática de ato que importe em prejuízo ao erário, como a frustração do procedimento licitatório, ou ainda, permitir a aquisição de produto por preço superior ao de mercado, não exige a comprovação de enriquecimento ilícito do agente. A comunhão dessas duas situações autoriza a condenação do agente por figuras distintas de ato de improbidade, bem como a imposição das sanções respectivas.

Os apelantes foram condenados solidariamente à reparação do dano apurado. A solidariedade decorre da Lei de Licitações, o prejuízo ao erário ficou devidamente comprovado pelo superfaturamento do contrato, e a pena aplicada decorre de previsão legal (artigo 12, II, da Lei de Improbidade Administrativa).

Assim, não merecem prosperar os apelos de HELDER e MARGARETH, enquanto membros da Comissão Licitante de contratação comprovadamente superfaturada, devendo ser mantida a r. sentença tal como lançada, pelos seus próprios fundamentos.

Igualmente sem razão os apelos dos corréus ROSEMEIRE e JOÃO GUELI por todas as razões acima expostas, ficando assim mantida a condenação de todos os servidores envolvidos no preferido processo licitatório.

Razão não assiste ao MINISTÉRIO PÚBLICO no que tange ao pedido de decretação de nulidade dos contratos, devendo ser mantida a r. sentença apelada, pois *embora reconhecida a ilegalidade dos contratos referidos, verifica-se que estes produziram efeitos (...), restando apenas a análise dos fatos sob o prisma da improbidade administrativa.*[17]

Cuida-se de contratos para aquisição de bens móveis há mais de 10 (dez) anos, não repercutindo efeito prático na declaração de nulidade dos contratos.

17 Fl. 4074.

Por fim, no tocante à condenação da empresa PASSOS E ZANINI e do MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA, em que pese o autor postular a reforma da sentença para o fim de julgar totalmente procedentes os pedidos iniciais, não impugnou especificamente as razões de decidir da r. sentença *a quo*, razão pela qual não deve ser conhecida.[18]

Passo, por fim, à análise dos recursos de apelação dos irmãos MÁRCIO e MARCO ANTONIO CASTREQUINI.

Os apelos não merecem prosperar, devendo ser mantida a r. sentença *a quo* por seus próprios fundamentos.

O envolvimento dos irmãos MARCIO e MARCO ANTONIO restou devidamente comprovado nos autos, não tendo eles apresentados fundamentos que justifiquem a reforma da r. sentença.

Conforme se extrai da fundamentação acima exarada, consta dos autos elementos probatórios suficientes a evidenciar o direcionamento de contratação nos procedimentos licitatórios nº 09/2009, 12/2010 e 30/2010 para uma das empresas da família Castrequini.

Aqui, faço alusão às razões de decidir apostas na r. sentença, conforme autoriza o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça:

"*Outrossim, Iracema Castrequini Borges, ouvida perante o Ministério Público, informou que, apesar de constar como titular da pessoa jurídica "Iracema Castrequini Borges Móveis ME", esta é administrada por seu filho Marco Antônio Castrequini Borges. Quanto a Evandro de Souza Carvalho, informou que este trabalha em sua loja na cidade de Mira Estrela, sendo certo que a família possuiu outros comércios localizados em Orindiúva, Cardoso e Paulo de Faria, dentre outros, todos conhecidos por Calixto Móveis, e que o estabelecimento de Mira Estrela pertence aos três filhos. Disse também que a loja de Paulo de Faria se encontra em nome de Evandro de Souza Carvalho, por ser pessoa de muita confiança da família. Afirmou que Francisco Custódio Borges administra uma loja Calixto Móveis na cidade de Orindiúva, que é de propriedade da família, apesar de constar no nome deste (fls. 2409/2410).*

Evandro de Souza Carvalho foi ouvido na mesma data, informando ser funcionário da família Castrequini, para quem trabalha desde seus 14 anos de idade, sendo atualmente gerente da Calixto Móveis em Mira Estela. Confirmou que a loja de Paulo de Faria nos anos de 2009 e 2010 de fato estavam em seu nome e lá trabalhava, apesar de pertencer de fato à família Castrequini, mas era administrado por Marco Antônio, e que realizou tal manobra a pedido deste, sob a justificativa de uma melhor divisão dos estabelecimentos. No que diz respeito à loja de Mira Estrela, disse que em 2014 esta era administrada por Márcio e que na época em que este era Prefeito o estabelecimento era gerenciado pelo irmão do mesmo de nome Marco Antônio. Esclareceu que quando a empresa de Paulo de Faria participava das licitações em Mira Estrela, as propostas eram levadas pelos funcionários da loja até a Prefeitura. Disse ainda

Acesso ao Sumário

18 Artigos 932, inciso III, e 1.010, inciso III, ambos do Código de Processo Civil.

conhecer Francisco Custódio Borges, que também é funcionários das lojas Calixto há muitos anos (fls. 2411/2412).

Francisco Custódio Borges, ouvido em 26/03/2014, disse que reside em Riolândia, trabalhando na loja Calixto Móveis há quinze anos, sendo gerente do referido estabelecimento. Afirmou que não se recorda se já teve empresas cadastradas em seu nome, acreditando que o proprietário da Calixto Móveis seja Marco Antônio Castrequini Borges. Reconheceu como sua a assinatura constante do orçamento para a aquisição de materiais e equipamentos com recursos do Fundeb, apesar de nunca ter tido qualquer relação com a pessoa jurídica lá indicada na cidade de Orindiúva (fls. 2428/2429).

Segundo a testemunha Kelly Cristina de Souza Castrequini, Evandro trabalha fazendo entregas junto à Calixto Móveis.

Dessa forma, verifica-se que efetivamente houve a abertura de duas pessoas jurídicas de maneira fraudulenta em nome de funcionários da Calixto Móveis e que, formalmente, as empresas pertenciam e eram administradas pelos familiares do então Prefeito Márcio Hamilton Castrequini Borges, a demonstrar que efetivamente houve burla às *normas atinentes ao convite.*

Assim, patente a responsabilidade do Prefeito, que não tinha como se furtar ao conhecimento dos negócios da família, observando-se que, somente à época em que estava à frente do Poder Executivo Municipal, os estabelecimentos eram administrados por seu irmão, conforme depoimento do funcionário ouvido, não podendo se socorrer da ausência de vedação indicada no art. 9º da Lei 8666/93, em razão do favorecimento direto ora indicado.

Nos mesmos termos, os familiares do Prefeito, quais sejam, Iracema Castrequini Borges e Marco Antônio Castrequini Borges, bem como os funcionários Francisco Custodio Borges e Evandro de Souza Carvalho participaram da empreita, de modo que devem ser responsabilizados pelo ato de improbidade administrativa violadora dos princípios da administração público no que tange à moralidade, legalidade e impessoalidade previsto no art. 11 da Lei 8.249/92."[19]

Em que pesem as extensas razões recursais de MARCIO e MARCO ANTONIO CASTREQUINI , tem-se que eles se limitam a repisar as alegações já formuladas e discutidas nos autos, de forma genérica, sem o condão de desconstituir as razões de decidir da r. sentença.

Sustentam que: a falta de definição precisa dos objetos não trouxe prejuízos à competitividade do certame; a escolha de marca, como elemento acessório, não é vedada pelo ordenamento jurídico; não houve impugnação das empresas que participaram da concorrência; a Lei de Licitações não veda expressamente a contratação de empresa de parentes das autoridades pública, colocando apenas ressalvas. Discorrem acerca das características e requisitos dos atos de improbidade.

Contudo, deixam de impugnar especificamente os fatos concretos trazi-

19 Fls. 4075-4076.

Acesso ao Sumário

dos aos autos. Nada falam sobre a falsidade da assinatura de empresa convidada a concorrer no procedimento nº 10/2009, ou ainda sobre a abertura de empresas em nome dos funcionários Evandro e de Francisco Custódio.

Sustentam a não proibição de contratação com empresas de parentes de autoridades públicas, mas não esclarecem a razão de terem sido contratadas empresas "laranjas". Segundo se comprovou nos autos as empresas pertenciam ao então Prefeito, e eram administradas pelo seu irmão, em flagrante violação ao artigo 9º da Lei nº 8.666/93.

A condenação dos corréus, ora apelantes, não merece reforma devendo ser mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Assim, o recurso de apelação do autor merece parcial provimento, para o fim de condenar os corréus JOÃO GUELI DE OLIVEIRA e ROSIMEIRE MATIOLI DA SILVA pela prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, aplicando-lhes as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos.

No mais, fica mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Pelos motivos expendidos, pelo meu voto, proponho aos meus ilustres pares que se dê parcial provimento ao recurso de apelação do autor e se negue provimento aos recursos dos réus, nos termos da fundamentação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002957-65.2019.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO DA SERRA, é apelado REALMIX TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA. ME.

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 34.517)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Execução de serviços de locação de veículo tipo ambulância. Incontroversa a prestação do serviço. Pagamento devido. Mora devidamente reconhecida. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

O Município de São Lourenço da Serra, inconformado com a r. sentença que julgou procedente a ação (fls. 48/50), interpôs recurso de apelação.

Alega ser atribuído ao prestador de serviço o dever de protocolizar a nota fiscal para processar o pagamento. Afirma que somente com a apresentação inicia-se o devido processo administrativo para o empenho e o pagamento do serviço. Assevera que a obrigação está condicionada ao cumprimento da obrigação de apresentação das notas fiscais. Invoca o art. 332 do Código Civil. Conclui que o Município não se encontra em mora, senão após a apresentação das notas fiscais. Ressalta que cabe ao autor o ônus da prova. Pontua que, apesar de ser incontroversa a prestação do serviço ou a cobrança administrativa, não há prova do cumprimento da obrigação. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 56/60).

Sem as contrarrazões (fls. 70), subiram os autos.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por Realmix Transportes e Serviços Ltda. Me, em face do Município de São Lourenço da Serra, objetivando o pagamento de R$ 46.196,66, referente à locação de veículos, tipo ambulância, conforme Contrato nº 34/2014, Termo de Aditamento nº 03, acrescidos de juros e correção monetária (fls. 1/5).

Alega o requerido que somente está obrigado a pagar o serviço, após a apresentação das notas fiscais pelo credor.

Sem razão, contudo.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que o Município não nega a prestação dos serviços, não havendo controvérsia em relação ao crédito cobrado.

A petição inicial veio acompanhada do Termo de Aditamento e das notas fiscais nºs 120, 121, 122, 123, 126 e 128, bem como do requerimento de pagamento na esfera administrativa.

Realizada prestação do serviço por parte da autora, legítima a cobrança, decorrente de contrato celebrado entre as partes e que já possuía prévia dotação orçamentária para pagamento, pois realizado após o regular procedimento licitatório.

Como é cediço, a liquidação de despesa é procedimento que antecede o

Acesso ao Sumário

pagamento. De acordo com o artigo 63, *caput*, da Lei 4320/64, "a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito", sendo que a liquidação por fornecimento ou serviços prestados se dá com base no contrato, ajuste ou acordo, na nota de empenho e nos comprovantes de entrega de material ou da prestação efetiva do serviço (§ 2º, do referido artigo).

Assim, considerando a incontroversa prestação efetiva do serviço, o pagamento é de fato devido, com acréscimo dos consectários legais, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Por fim, para fins de fixação de honorários recursais, nos termos do art. 85, §11 do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários anteriormente arbitrados para 11% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação, para manter a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016712-26.2017.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada JOSIANE SOUZA DE ARAÚJO.

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 24.312)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente sem voto), LEONEL COSTA e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2022.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO.

LICENÇA SAÚDE. Reconhecimento do direito à licença saúde. Prevalência do meio de prova pericial produzido em juízo. Laudo pericial que, corroborando o atestado médico produzido nos autos pela requerente, informa a incapacidade laborativa no período em que a parte autora reivindica o afastamento. A

prova técnica obtida sob o domínio do contraditório e da ampla defesa comprova a incapacidade laborativa naquele período. A atribuição de competência ao DPME para verificação da capacidade laborativa, por força do que estabelece o artigo 191 do Estatuto dos Servidores (Lei nº 10.261/68), diz respeito aos meios de prova na esfera administrativa, sem que se possa cogitar que a norma confira ao órgão do Estado competência absoluta para determinar se o servidor tinha, ou não, condições de comparecer ao posto de trabalho. A demonstração de que a servidora não podia trabalhar no período em que reivindica o afastamento desconstitui o motivo do ato administrativo e, por isso, torna ilícita a recusa da Administração de anotar o regular afastamento. Os meios de prova reúnem aptidão para formar convencimento seguro acerca do quadro de incapacidade laborativa. Relevância da informação técnica prestada pelo IMESC. Precedente. Procedência do pedido mediato.
NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO inconformada com a respeitável sentença de fls. 176/179, que julgou procedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação, aduzindo, em síntese: (i) a ausência de constatação, pelos médicos peritos, de patologias que impedissem a autora de desempenhar suas funções readaptadas, desempenhadas a partir de 21.8.2015; (ii) a condição de hipertensão e a indicação de repouso não tem o condão de suprimir a capacidade laborativa; (iii) a concessão da licença médica depende de parecer favorável do DPME; (ii) a possibilidade de efetuar desconto dos valores por dias não trabalhados.

Com contrarrazões (fl. 200/204), o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

A autora é agente de segurança penitenciária e ajuizou ação para exercer o controle dos atos da Administração que lhe indeferiram requerimento de licença saúde no período compreendido entre 9.2 a 22.2.2017. A causa de pedir anuncia quadro de hipertensão arterial no trimestre de gestão. Afirma o indeferimento do pedido de licença saúde apenas no período mencionado, que é precisamente o objeto da controvérsia. Pretende a regularização da frequência e restituição dos valores descontados e o enquadramento do período como licença para tratamen-

Acesso ao Sumário

to de saúde.

O juízo "*a quo*" julgou procedente o pedido mediato.

A motivação empregada para o julgamento considera a proposição de fato complexo e, com isso, a produção do meio de prova pericial, sob o crivo do contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, a investigação técnica realizada pelo IMESC concluiu que a autora efetivamente não tinha condições de comparecer ao posto de trabalho durante o período especificado na exordial.

A perícia atribui consistência para o relatório médico apresentado pela autora, que revela o quadro patológico de pré-eclâmpsia, no qual é indicado repouso e alteração nos hábitos alimentares, sob pena de promoção de graves riscos ao concepto e à gestante (fls. 162/165).

Além disso, a prova documental que instrui os autos denota que o período de afastamento em questão é um lapso temporal diminuto, em meio a outros períodos de afastamento regularmente deferidos (fls. 64/67). Essa circunstância denota persistência do quadro de saúde, abalado pelo diagnostico de hipertensão.

A despeito da presunção de legitimidade que paira sobre os atos da Administração, é perfeitamente possível ao administrado trazer a juízo discussão quanto à adstrição do ato concessivo das licenças aos comandos normativos.

Dito isso, e diante da controvérsia estabelecida, a produção de prova pericial oficial possibilitou ao magistrado formar seu convencimento sobre quais os períodos devem ser considerados como de licença saúde para fins de reconhecer o cabimento da anulação dos atos que negaram o direito perseguido.

Relevante observar que a atribuição de competência ao Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo (DPME) para verificação da capacidade laborativa, por força do que estabelece o artigo 191, do Estatuto dos Servidores (Lei nº 10.261/68) e o artigo 5º, III, do Decreto Estadual 29.180/88, diz respeito aos meios de prova na esfera administrativa, sem que se possa cogitar que a norma confira ao órgão do Estado competência absoluta para determinar se o servidor tinha, ou não, condições de comparecer ao posto de trabalho. Faz-se mister observar que o Decreto retro citado possui uma exceção no artigo 7º, § 2º, 1ª, sobre a questão de decisão final nos casos de licença médica. Certamente o controle jurisdicional não está vinculado ao posicionado adotado pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo (DPME).

Acesso ao Sumário

Importante registar que a requerida tanto na contestação quanto na apelação não faz referência a incapacidade laborativa da autora, nem questiona a conclusão do laudo, limitando-se a alegar que a competência para decidir sobre a capacidade laborativa da servidora é, exclusivamente, do DPME.

A conclusão da perícia (fls. 98164) informa a incapacidade da autora para trabalhar no período e, com isso, confirma o relatório médico. O laudo reúne

aptidão e potencial para formar convencimento sobre o fato controvertido.

A matéria relativa à competência para indicação da incapacidade do servidor não representa novidade na Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça:

"*APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Pretensão ao reconhecimento de direito à licença-saúde indeferida pela Administração. Licença médica indeferida pelo DPME. Perícia médica judicial, realizada pelo IMESC, órgão público do Estado de São Paulo, que concluiu pela incapacidade para o trabalho no período em questão. Laudo produzido sob o crivo do contraditório e subscrito por agente público, capacitado e especialista na área que interessa ao caso em comento. Recursos parcialmente providos para aplicação da Lei 11.960/09 também quanto à atualização monetária*" **(TJSP; Apelação 1041673-69.2015.8.26.0053; Relator: Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 14/06/2017).**

"*APELAÇÃO – Servidora pública estadual – Professora – Licença-saúde – Indeferimento pelo DPME (Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo) – Pretendida a nulidade da decisão administrativa – Cabimento – Perícia médica realizada pelo IMESC que atesta que a patologia da servidora a prejudicava no exercício de suas atividades, incapacitando-a para o trabalho – Período de afastamento que deve ser considerando como licença-saúde – Sentença mantida – Recurso desprovido*" **(TJSP; Apelação 1014004-07.2016.8.26.0053; Relator: Danilo Panizza; 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/12/2017).**

Por tudo o que se vê, de rigor a procedência integral do pedido mediato, com o direcionamento dos encargos de sucumbência à apelante.

Em razão da sucumbência recursal, majoro a verba honorária para 15% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005089-61.2010.8.26.0484, da Comarca de Promissão, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SUPERMERCADO TOPA TUDO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.718)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2022.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – Ação ajuizada em novembro/2010 – Citação da empresa executada efetivada em fevereiro/2011 e dos sócios em fevereiro/2012 – Não localização de bens penhoráveis – Prescrição quinquenal intercorrente reconhecida de ofício em fevereiro/2020 – Sucessivos pedidos de suspensão do feito realizados pela exequente com base no art. 40, da Lei nº 6.830/80 que não tem o condão de interromper a prescrição – Entendimento pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Temas Repetitivos 566, 567, 568 e 569 – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 95/96, que extinguiu execução fiscal movida pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de Supermercado Topa Tudo Ltda., reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente, sem condenação a sucumbência.

Apela a FESP sustentando que o instituto da prescrição intercorrente apenas se verifica quando ocorre inércia do exequente pelo prazo de 05 (cinco anos), ou seja, se o feito ficar paralisado durante referido lapso temporal, sem nenhuma manifestação da parte interessada, o que não ocorreu no presente caso. Insiste que, desde o ajuizamento da demanda não se manteve inerte, tendo envidado esforços para o recebimento do crédito, requerendo a penhora de ativos financeiros da empresa devedora e dos sócios, a consulta ao sistema Infojud na tentativa de encontrar bens passíveis de penhora, além dos pedidos de suspensão do feito, nos termos do art. 40, da LEF. Pede provimento ao recurso para que seja afastado o reconhecimento da prescrição e determinado o prosseguimento da execução fiscal (fls. 100/104).

Recurso tempestivo, com dispensa de preparo; contrarrazões apresentadas às fls. 108/112.

É o relatório.

A Fazenda do Estado de São Paulo moveu execução fiscal em face de Supermercado Topa Tuto Ltda. em novembro/2010 (fls. 02), referente a débito

Acesso ao Sumário

de ICMS exigido pelo AIIM nº 3121962-7 e consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa – CDA nº 1.006.577.126 (fls. 03/06).

A empresa devedora foi citada em 22/02/2011 e não foram encontrados bens passíveis de penhora. Foi igualmente constatado pelo oficial de justiça que "*a executada se encontra com suas atividades paralisadas nesta cidade*" (certidão de fls. 09 verso).

Diante disso, a FESP pleiteou a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda (fls. 11/16), o que foi deferido pelo juízo (fls. 26), tendo a sua citação se efetivado em 06/02/2012 (certidão de fls. 34 verso).

A exequente então requereu a penhora *online* de ativos financeiros dos sócios (fls. 36), o que foi deferido pelo magistrado, no entanto a diligência restou infrutífera (fls. 43/46).

A FESP então pleiteou a suspensão do feito em 2016, nos termos do art. 40, da Lei nº 6.830/80, renovando igual pretensão em 2017 (fls. 82 e 87), o que foi deferido pelo juízo a fls. 83 e 88. Decorrido o prazo da suspensão, foi intimada a dar andamento ao feito (fls. 90). Em janeiro/2020 manifestou-se pela "*realização de pesquisa de bens em nome do(s) executado(s) pelo sistema ARISP e RENAJUD. Não sendo localizados dinheiro, bens móveis e imóveis, requer a suspensão do feito por 180 dias*" (fls. 92).

O magistrado entendeu por bem reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente, julgando extinta a execução fiscal, com fundamento no art. 924, V, do CPC, o que ensejou a interposição do recurso ora em análise.

A despeito dos argumentos apresentados nas razões recursais e conforme bem ponderado pelo juízo de primeiro grau, "*a presente execução fiscal foi ajuizada em novembro de 2010, os executados citados em 2012 e desde então, inobstante as diversas tentativas, não foram localizados bens penhoráveis.*

Destaco, ainda, serem absolutamente irrelevantes os inúmeros pedidos de suspensão formulados e deferidos, conforme decidido no REsp 1.340.553-RS. Na mesma linha do recurso especial acima mencionado, o prazo de 1 ano de suspensão começa a correr na primeira tentativa frustrada de localização de bens penhoráveis, independentemente de qualquer pronunciamento judicial.

Além disso, findo o prazo de suspensão, tem início o curso da prescrição intercorrente, a qual somente é interrompida com a efetiva constrição patrimonial, o que não ocorreu no presente caso. (...)".

Tal entendimento encontra amparo na jurisprudência pacificada do Colendo STJ, no julgamento dos Temas Repetitivos de número 566, 567, 568 e 569, confira-se:

"*O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não*

Acesso ao Sumário

localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução" (tema nº 566).

"Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável." (temas números 567/569).

"A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens." (tema nº 568).

Desse modo, tendo o prazo de suspensão do processo se iniciado com a ciência da FESP a respeito da inexistência de bens penhoráveis e a prescrição intercorrente sido deflagrada após o decurso de referido prazo, sem que os novos pedidos de suspensão do feito ou de penhora de ativos financeiros tivessem o condão de interromper o lapso prescricional, não há como deixar de reconhecer que a pretensão executória da ora apelante estava mesmo prescrita.

Por conseguinte, a r. sentença de fls. 95/96, que extinguiu a execução fiscal, com fundamento no art. 924, V, do CPC, deve ser mantida.

Para efeito de prequestionamento anoto que não houve violação ou negativa de vigência a qualquer dispositivo de Lei ou da Constituição Federal, especialmente às normas invocadas pela apelante em suas razões recursais, destacada a desnecessidade de indicação explícita aos artigos mencionados (nesse sentido: RSTJ 15/233, 30/341, 64/183).

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do apelo da FESP.

Apelações/Remessas Necessárias

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1008008-52.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada/apelante DALILA VIEIRA MARTINS.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 1.460)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2021.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: IPVA. Pessoa com deficiência. Isenção. Alteração introduzida pela Lei Estadual nº 17.293/2020 que limitou o benefício fiscal a veículo, de propriedade de pessoa com deficiência física severa ou profunda, especificamente adaptado e customizado para sua situação individual. Art. 13, III, da Lei Estadual n.º 13.296/08, na redação dada pela Lei Estadual nº 17.293/20, declarado inconstitucional em parte, sem redução de texto, pelo Órgão Especial nas Arguições de Inconstitucionalidade n. 0012425-30.2021.8.26.0000, 0012427-97.2021.8.26.0000 e 0025896-16.2021.8.26.0000. Novos critérios para concessão da isenção aplicáveis a partir do exercício de 2022. Observância da anterioridade anual e nonagesimal. Isenção relativa ao exercício de 2021 que deve ser assegurada à impetrante. Pretensão à isenção do imposto também para os exercícios seguintes. Inadmissibilidade. Inexistência de afronta ao princípio constitucional da isonomia. Precedentes. Sentença que concedeu em parte a ordem. Recursos oficial e voluntários não providos.

VOTO

Mandado de segurança impetrado por pessoa com deficiência – monoparesia do MSE, secundário à sequela de mastectomia e linfadenectomia axilar (CID - 10 C-50.9) – que pleiteia a isenção de IPVA incidente sobre a propriedade do veículo HONDA/WR-V EX CVT, ano 2020, placa DYV4E41, RENAVAM 01224281583, para os exercícios de 2021 e seguintes. A r. sentença concedeu em parte a ordem para assegurar à impetrante a isenção do imposto correspondente ao exercício de 2021 (fls. 115/116).

Além do reexame necessário, as partes apelaram.

O Estado de São Paulo afirma que "*para os fatos geradores de IPVA posteriores ao advento da nova lei, os contribuintes condutores portadores de deficiência física somente estarão isentos de IPVA caso a necessidade especial*

Acesso ao Sumário

da qual são acometidos demande adaptações estruturais individualizadas no automóvel", e que isso não foi comprovado nos autos. Sustenta que as novas regras não implicam ofensa ao princípio da isonomia, mas objetivam coibir abuso de direito. Aduz que a isenção de IPVA para pessoas com deficiência não é concedida por prazo certo, mas para cada exercício, desde que preenchidos os requisitos legais. Por isso, não há violação a direito adquirido. Alega, com base nos arts. 111, II e 176 do CTN, que o Poder Judiciário não pode estender a norma isentiva para situações não previstas em lei. Afirma que a anterioridade ordinária foi observada, pois a Lei Estadual nº 17.293/2020 projeta seus efeitos para o exercício de 2021. Acrescenta que a anterioridade nonagesimal também foi respeitada, uma vez que não houve revogação de benefício fiscal, mas mudança de critérios para a concessão da isenção. Sublinha que a isenção permanece, com mudança dos requisitos legais. Argumenta que se o princípio da anterioridade nonagesimal não se aplica sequer à fixação da base de cálculo do IPVA, com maior razão não se aplica também à mudança dos critérios de isenção. Pede o provimento do recurso para que a segurança seja denegada.

A impetrante alega que não houve notificação ou concessão de prazo para recadastramento antes de ser lançado o crédito tributário e que, no Sistema de Veículos (SIVEI), permanece a informação de isenção do IPVA deferida. Argumenta que o desenquadramento ocorreu sem que houvesse análise técnica pericial. Sustenta que a alteração promovida pela Lei Estadual nº 17.293/2020 ofende o princípio da isonomia. Afirma que a isenção tributária deve ser concedida a todos os portadores de deficiência física, independentemente da necessidade de adaptação ou customização do veículo. Pede o provimento do recurso para que a segurança seja integralmente concedida.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 216/221).

Recursos tempestivos e respondidos.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Embora no passado tenha adotado a orientação no sentido de que a alteração introduzida pela Lei Estadual nº 17.293/2020 não ofende os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal, alterei meu entendimento, diante do decidido nas Arguições de Inconstitucionalidade n.º 0012425-30.2021.8.26.0000, 0012427-97.2021.8.26.0000 e 0025896-16.2021.8.26.0000, em que o Órgão Especial declarou inconstitucional em parte, sem redução de texto, o art. 13, III, da Lei Estadual n.º 13.296/08, na redação dada pela Lei Estadual nº 17.293/20.

Transcrevo trecho da referida decisão:

> "Verifica-se do confronto das redações atual e anterior do inciso III do artigo 13 da lei em análise que o benefício fiscal consistente na

isenção do IPVA, antes concedido a toda pessoa com deficiência física, visual ou mental severa ou profunda ou autista, passou a ser garantido apenas às pessoas com deficiência física (excluídas as deficiências visual e mental e o autismo, portanto) severa ou profunda que permita a condução de veículo adaptado e customizado para sua situação individual.

A legislação em comento, portanto, reduziu o alcance da isenção.

Não se trata de simples alteração de critérios para concessão de benefício fiscal, como consta do sítio eletrônico da Fazenda do Estado na página em que possibilita o recadastramento de antigos beneficiários da isenção (endereço eletrônico constante no texto original).

A lei em análise, na realidade, revogou parcialmente a isenção, ao excluir de seu âmbito de aplicação pessoas com deficiência que não se enquadrarem na nova descrição legal e que não necessitarem utilizar veículo adaptado ou customizado.

Ressalte-se, nesse ponto, que inexiste direito adquirido à isenção tributária. É certo que o IPVA é imposto que se renova a cada ano, a cada ocorrência do fato gerador, consistente na propriedade do veículo na data fixada pela legislação.

Desse modo, pode mesmo o Poder Público extinguir benefícios fiscais a qualquer momento, de modo que uma pessoa que se beneficiava de uma isenção passe a ser devedora de tributo, tendo em vista as alterações legislativas.

[...]

Todavia, essas alterações legislativas e regulamentares devem observar o regramento constitucional, o que não se verifica, na hipótese.

Com efeito, o imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores IPVA deve mesmo observar tanto o princípio da anterioridade anual quanto o da anterioridade nonagesimal.

Dessa forma, o IPVA criado ou majorado somente pode ser cobrado no exercício seguinte e após 90 dias da data de publicação da lei que o criou ou majorou.

[...]

A lei impugnada viola tanto o princípio da anterioridade anual quanto o da anterioridade nonagesimal.

De fato, a Lei n. 17.293 entrou em vigor em 15 de outubro de 2020, data de sua publicação, conforme determina seu artigo 69.

Assim, a revogação da isenção com relação às pessoas com deficiência que passaram a não ser abrangidas pelo benefício passou a valer imediatamente.

A observância imediata da nova legislação implica revogação imediata do benefício quanto às pessoas com deficiência que estivessem, na ocasião, na iminência de adquirir veículo novo não adaptado ou cus-

Acesso ao Sumário

> tomizado que deixou de dar azo ao benefício tributário, nos termos da nova redação da lei. Sendo assim, houve, com relação a esses, violação ao princípio da anterioridade anual.
>
> Ademais, a fim de se observar a anterioridade nonagesimal, a cobrança somente poderia ocorrer no ano de 2022, pois, contados os 90 dias da anterioridade nonagesimal a partir da publicação da lei revogadora, o prazo ultrapassa a data do fato gerador aplicável à hipótese, que, no caso de propriedade de veículos usados, ocorre no dia 1º de janeiro de cada ano.
>
> [...]
>
> Destarte, tendo-se em vista tão-somente a ofensa ao artigo 150, inciso III, b e c, da Constituição Federal, é o caso de se declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 13, inciso III, da lei impugnada, a fim de que sua aplicação observe os princípios da anterioridade anual e **nonagesimal**." (g.n.)

Não procede a alegação do Estado de São Paulo de que houve alteração apenas dos requisitos legais para a concessão da isenção. O Órgão Especial reconheceu a inconstitucionalidade em parte, sem redução de texto, do art. 13, III, da Lei Estadual n.º 13.296/08, na redação dada pela Lei Estadual nº 17.293/20, justamente por considerar que a inovação legislativa revogou benefício fiscal e, por consequência, gerou aumento de imposto, razão pela qual deve respeitar os princípios constitucionais da anterioridade anual e nonagesimal. Corolário disso é que a alteração legislativa somente pode atingir os fatos geradores ocorridos a partir do exercício de 2022, como corretamente reconheceu a sentença.

Por outro lado, não tem razão a impetrante quando alega que a nova lei ofende o princípio da isonomia. A finalidade da benesse fiscal é tornar o transporte individual mais acessível àqueles que, por sua condição particular de saúde, têm a mobilidade reduzida. A restrição da isenção àqueles que por sua deficiência tem de arcar com o alto custo da adaptação dos veículos automotores, objetiva, justamente, atender ao princípio da isonomia, tendo em vista que veículos automáticos e/ou com direção hidráulica são comercializados no mercado a todos, indistintamente. Não há fundamento, portanto, para a concessão da ordem em relação aos exercícios posteriores a 2021.

Acesso ao Sumário

Cumpre consignar que não há ilegalidade na conduta da Administração ao não notificar a impetrante para o recadastramento do veículo. Incumbe a ela, se assim entender cabível, pleitear junto ao órgão competente a manutenção da isenção tributária. A Administração não está obrigada a realizar análise técnica pericial, pois, cabe ao possível beneficiário demonstrar que atende aos novos requisitos legais para a manutenção da isenção. E, como a própria impetrante admite, o veículo de sua propriedade não é adaptado às necessidades relativas à sua deficiência. Por fim, não há nada que indique a existência de erro no Sistema de Veículos (SIVEC). A impetrante não trouxe nenhum documento

nesse sentido e, ainda que assim fosse, eventual erro no sistema não garantiria, por si só, a pretendida a isenção.

Vale mencionar os precedentes desta Corte que adotaram o mesmo entendimento: Ap 1003507-98.2021.8.26.0071, 2ª C., Rel. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, j. 22.09.2021, v.u.; Ap 1001595-23.2021.8.26.0053, 3ª C., Rel. PAOLA LORENA, j. 22.09.2021, v.u.; Ap 1003492-85.2021.8.26.0506, 5ª C., Rel. FERMINO MAGNANI FILHO, j. 20.09.2021, v.u.; Ap 1004688-02.2021.8.26.0309, 5ª C., Rel. HELOÍSA MARTINS MIMESSI, j. 20.09.2021, v.u.; Ap 1000338-40.2021.8.26.0383, 13ª C., Rel. DJALMA LOFRANO FILHO, j. 21.09.2021, v.u.

Pelo meu voto, nego provimento aos recursos oficial e voluntários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1056909-90.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante/Apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelada/apelante MARIA ARILDA PIMENTEL DE JESUS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento aos recursos e mantiveram a sentença em sede do reexame necessário, com observações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.475)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CYRO BONILHA (Presidente) e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – LESÕES NO MEMBRO INFERIOR ESQUERDO – LIAME OCUPACIONAL E PREJUÍZO FUNCIONAL RECONHECIDOS – INDENIZABILIDADE. "Reconhecido tecnicamente que as lesões que acometem o membro inferior esquerdo da autora guardam liame com a atividade profissional desempenhada e efetivamente restringem a sua capacidade de trabalho de modo parcial e permanente, de rigor a concessão do auxílio-acidente a

Acesso ao Sumário

ser pago a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença pago administrativamente. Os valores em atraso serão corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora. A renda mensal a ser implantada será reajustada pelos índices de manutenção".

Recursos desprovidos; sentença mantida em sede do reexame necessário com observações.

VOTO

Maria Arilda Pimentel de Jesus move a presente ação contra o INSS objetivando, em síntese, a concessão de benefício acidentário sob o argumento de que teve reduzida a capacidade de trabalho em decorrência de lesão no membro inferior esquerdo (pé) desencadeada em razão das agressivas condições de trabalho, às quais se sujeitou no desempenho de sua atividade profissional de passadeira de roupas na empresa New Auditorim Indústria e Comércio de Vestuário Ltda. Postula, também, a conversão dos auxílios-doença previdenciários, percebidos administrativamente, nos homônimos acidentários e eventuais diferentes mediante revisão da base de cálculo correspondente.

Realizou-se perícia médica com vistoria no ambiente laboral (laudos nas páginas 50/53, com complementação nas páginas 91/92, e 191/194).

Sobreveio a r. sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar o INSS a converter os auxílios-doença previdenciários, pagos à autora (NB 31/600.533.267-1 e NB 31/609.464.486-0), em seu homônimos acidentários, bem como a lhe pagar auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício com início a partir do dia seguinte ao da última alta médica (01/06/2016, página 71), ressalvada a eventual adequação do termo inicial ao parâmetro que advier em sede do Tema 862 pelo Superior Tribunal de Justiça e observadas a prescrição quinquenal e a vedação à cumulação com aposentadoria, mais abono anual, além de honorários advocatícios a serem fixados quando da liquidação do julgado, conforme a regra do artigo 85, § 4º, II, do Código de Processo Civil. Consignou-se que os valores em atraso serão corrigidos e acrescidos de juros de mora nos moldes especificados. Determinou o Juízo a remessa dos autos a esta Instância para o reexame necessário (páginas 222/228).

Inconformadas, apelam ambas as partes.

O INSS objetivando, em resumo: a) modificação do termo inicial do benefício para a data da juntada do laudo médico-pericial nos autos ou, senão, o sobrestamento do feito até o efetivo trânsito em julgado do Tema 862 pelo Superior Tribunal de Justiça; b) incidência da Súmula 111 do Superior Tribunal Justiça para efeito de apuração da base de cálculo dos honorários advocatícios (páginas 232/237).

Acesso ao Sumário

A autora ofereceu resposta e, adesivamente, pretende a modificação do termo inicial do benefício para a partir da cessação do primeiro auxílio-doença (páginas 241/247).

O INSS não apresentou resposta (certidão na página 252).

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Considerados os recursos voluntários e o reexame necessário, passo a decidir.

Objetivou a autora na presente ação a concessão de benefício acidentário sob o argumento de que teve reduzida a sua capacidade de trabalho em decorrência de lesão no membro inferior esquerdo (pé) de origem ocupacional.

Submetida à perícia médica, apurou o laudo produzido, de modo claro, ser ela portadora de lesões no membro inferior esquerdo, caracterizadas por rarefação óssea e artrose, assegurando o *Expert* que tais alterações implicam marcha claudicante, edema e limitação dos movimentos de flexo extensão do pé esquerdo, acarretando, consequentemente, prejuízo à capacidade profissional de forma parcial e permanente na medida em que obstam o exercício da atividade habitual (passadeira de roupa com uso de pedal), sem, porém, impedir que exerça outra função de menor nível de complexidade funcional, como já o vinha fazendo (inteiro teor do laudo nas páginas 50/53 com complementação nas páginas 91/91 e 191/194).

O liame ocupacional das lesões no membro inferior esquerdo restou configurado no caso vertente pelos dados obtidos na vistoria do ambiente laboral, onde pôde a perícia constatar a presença de fatores contributivos para o agravamento da afecção de origem degenerativa diagnosticada, apontando o *Expert* que a atividade de passadeira exigia hipersolicitação do pé esquerdo oriundo dos movimentos de repetição por acionamento de pedal, contribuindo para o agravamento da moléstia, configurando assim o liame na modalidade da concausa (páginas 190/194).

Nesse contexto, face à segura conclusão médica não impugnada por nenhuma outra prova técnica ao longo do feito, outro não poderia ser o desfecho da demanda senão a concessão do auxílio-acidente, bem como a conversão em acidentários dos auxílios-doença previdenciários pagos em razão da mesma causa, como decidido pelo julgado singular.

Mantido o termo inicial no dia seguinte ao da cessação do último auxílio-doença, quando então se deu a constatação efetiva da consolidação da lesão, na forma do entendimento aqui perfilhado e em consonância com a orientação já firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede do Tema 862, **apenas com a ressalva de que a data correta é 01/06/2015 (página 71),** e não 01/06/2016 como por equívoco constou da r. sentença.

O auxílio-acidente terá como base de cálculo o mesmo salário-de- bene-

Acesso ao Sumário

fício que norteou o pagamento do auxílio-doença que o precedeu (R$1.277,71, página 69).

A evolução da renda mensal inicial do benefício se dará ao longo do tempo pelos índices de manutenção, observada a proporcionalidade no primeiro reajuste.

A definição dos honorários advocatícios, seja em relação ao percentual seja quanto a base de cálculo a se considerar, restou postergada para a liquidação (ver página 228), de sorte que descabido aqui pronunciamento a respeito.

Por fim, os valores em atraso serão corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora nos moldes já especificados pela r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos e, em sede do reexame necessário, mantenho a r. sentença em seus termos com as observações supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1044993-36.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO DE AUTOMÓVEIS E MASSIFICADOS S.A. e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO, GABRIELA CAROLINY SILVA BUENO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.135)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Sentença que obrigou seguradora a regularizar o registro de veículo furtado, a ela transferido mediante indenização, bem como à reparação dos danos morais resultantes da imputação à segurada das infrações de trânsito, multas e encargos posteriores à alienação. Falta

de interesse recursal no afastamento de multa cominatória diante do cumprimento da ordem antes que se caracterizasse a mora. Alegação de culpa exclusiva da segurada não demonstrada. Valor da indenização, de R$ 5.000,00, adequado às circunstâncias do caso. Recurso conhecido em parte; não provido na conhecida.

VOTO

Ação julgada procedente em parte pela sentença de f. 335/48, cujo relatório adoto, de modo a declarar a inexigibilidade dos débitos de IPVA, DPVAT, multas e licenciamento em face da autora, cancelando-se os protestos das respectivas CDAs, posteriormente à transferência do veículo a Sul América Seguro de Automóveis e Massificados S.A., condenada a efetuar a regularização do domínio em registro, sob pena de multa diária, e ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de danos morais.

Apela a seguradora, colimando afastamento da multa cominatória e da condenação à reparação dos danos morais, pois teria cumprido espontaneamente a obrigação imposta, uma vez fornecida a documentação necessária pela apelada, do quanto deduz a inutilidade de qualquer medida coercitiva, a par da inexistência do nexo causal ensejador da responsabilidade aquiliana. Pede, subsidiariamente, redução da indenização (f. 390/4).

Contrarrazões a f. 405/11.

É o relatório.

1. Não há interesse recursal em discutir a multa cominatória prevista, pois a apelante, a f. 373/5, demonstrou cumprimento tempestivo do comando judicial, de modo que não se caracterizou a mora autorizante da efetiva aplicação das *astreintes*. Não há, em suma, prejuízo recursal a ser reparado.

A propósito, asseverou José Carlos Barbosa Moreira que *a noção de interesse no processo, repousa sempre, ao nosso ver, no binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse de recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem*[1].

2. Cuida-se de ação por meio da qual se busca afastar a responsabilidade por débitos relativos ao veículo indicado na inicial, após sua alienação à seguradora, em consequência do pagamento de indenização contratada em razão da

1 Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, página 298, 13ª edição, Forense, 2006.

Acesso ao Sumário

ocorrência do risco assumido - furto. São imputados, ademais, à conduta omissiva da empresa a ocorrência de danos morais.

Segundo a apelante, o atraso na regularização do veículo teria sido provocado pela apelada, que não lhe forneceu a documentação necessária à diligência, cabendo a ela, exclusivamente, a culpa retardamento.

A alegação, entretanto, não deixa o plano retórico, pois nada se apresentou a demonstrá-la, e a prova existente nos autos atesta o contrário.

Deveras, o documento de transferência foi assinado pela apelada em 14 de março de 2011 (f. 40), e no dia 19 de abril seguinte compareceu preposto da apelante junto à autoridade policial, portando a documentação do veículo que fora localizado, de modo a liberá-lo (f. 42).

Ademais, uma vez proferida a sentença, a determinação foi prontamente cumprida, e não há registro de que até então dependesse de ato que coubesse à apelada.

Assim, ao que tudo indica a responsabilização da antiga proprietária foi mesmo fruto da desídia da seguradora, no sentido de levar a registro a transferência de domínio, providência que incumbe ao adquirente, no prazo de 30 dias, a teor do disposto no art. 123, § 1º, da Lei nº 9.503 de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

A suposta falta de comprovação da quitação do IPVA de exercícios anteriores – cuja dedução sobre a indenização paga à segurada é expressamente autorizada –, não é justificativa razoável para o descumprimento da obrigação legal concernente ao registro.

Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULOS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C. C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Seguradora que indenizou a segurada pelo roubo do veículo, mas não transferiu a propriedade dele para o seu nome. Superveniência de cobranças indevidas de IPVA. Transferência que incumbia à seguradora, a teor dos atos normativos lançados pelos órgãos de trânsito de São Paulo e Minas Gerais. Dano moral configurado, ante a repercussão negativa dos fatos na esfera anímica da autora. Ausência de inconformismo quanto ao quantum indenizatório. Impossibilidade de expedição de ofício ao DETRAN/MG, eis que o judiciário não pode substituir a parte nas diligências que lhe são exigíveis. Recurso desprovido[2];
>
> APELAÇÃO – IPVA – AÇÃO DECLARATÓRIA c.c. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEÍCULO FURTADO – Pleito pela retirada do nome do autor junto ao registro do veículo VW/Gol placa AYM3984, bem como a sustação do protesto ocorrido por lançamento indevido de IPVA – Furto do veículo – Seguradora que não procedeu à transferência da titularidade do bem móvel – Sentença de procedência. RESPONSABILIDADE

Acesso ao Sumário

2 AC 1001858-98.2019.8.26.0320, rel. Des. Dimas Rubens Fonseca, j. 2.9.19.

CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – A responsabilidade civil do Estado, que decorre de mandamento constitucional, é objetiva, dependendo sua configuração da demonstração do dano e do nexo de causalidade entre o ato e o dano – Caso concreto em que a comunicação de furto do veículo foi efetivada, sendo, portanto, indevidos os débitos fiscais – O dano moral decorrente da inscrição indevida do nome do contribuinte e consequente protesto da CDA tem característica de ser *in re ipsa*, devendo o ente público responder por ele – Situação em que se demonstrou a conduta da Administração e da seguradora, o nexo causal e o dano – Dever de indenizar configurado, que deve ser mantido – Valor fixado pela r. sentença em montante razoável e proporcional às características do caso. Sentença de procedência mantida. Recurso não provido[3];

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Fazenda Pública – Danos morais – Cobrança indevida de IPVA – Realização de protesto – Dívida de IPVA referente veículo furtado – Inexigibilidade do débito – Comunicação dos fatos à Fazenda, que ainda assim lançou indevidamente o IPVA de ano posterior à comunicação Indenização devida – Valor indenizatório reduzido para R$ 10.000,00, mais adequado e proporcional ao dano sofrido – Recurso da Fazenda do Estado parcialmente provido – INDENIZAÇÃO – Alegação de que a seguradora não providenciou a transferência da propriedade do veículo, deixando-o em nome do autor, o que lhe causou danos materiais e morais – Possibilidade – Artigo 126 do Código de Trânsito Brasileiro – Recurso do autor provido – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Pretensão de contagem dos juros moratórios da data da expedição do precatório – Inadmissibilidade – Termo inicial dos juros que deve ser a data da citação válida – Inteligência do art. 240 do CPC – Cálculo dos encargos que deve seguir os ditames do STF a respeito do Tema 810, de repercussão geral – Recurso da Fazenda do Estado não provido neste ponto[4].

Consideradas as circunstâncias do caso, não há excesso no valor da indenização, fixada em moderados R$ 5.000,00. É consentânea frente à situação e atende sua dupla função, terapêutico-compensatória, igualmente atendendo aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Examinando as peculiaridades do caso, a gravidade do fato e a extensão do dano, o valor fixado remunera adequadamente o dano sofrido pela autora sem que isso resulte em enriquecimento indevido.

3. Conheço em parte do recurso, ao qual nego provimento na conhecida.

Elevo a honorária em dois pontos percentuais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Custas pela vencida.

Acesso ao Sumário

3 AC 1032688-09.2018.8.26.0053, rel. Des. Leonel Costa, j. 3.4.19.

4 AC 0020235-72.2013.8.26.0053, rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. 4.12.17.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1046781-40.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AGUINALDO APARECIDO DE JESUS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, 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 ao recurso do trabalhador e parcial acolhimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.293)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), ALBERTO GENTIL e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2022.

RICARDO GRACCHO, Relator

Ementa: Restabelecimento de aposentadoria por invalidez – Trabalhador – Benefício concedido judicialmente e cessado administrativamente pela autarquia – Impossibilidade – Coisa julgada – Recurso provido.

VOTO

Acrescente-se ao relatório da sentença, que a ação de restabelecimento/concessão de benefício acidentário ajuizada por Aguinaldo Aparecido de Jesus foi julgada procedente para concessão do auxílio-acidente (fls. 304/310).

Recorre de ofício o Juízo da 1ª Vara de Acidentes do Trabalho da Comarca de São Paulo.

Por sua vez, o trabalhador apela arguindo, preliminarmente, violação da coisa julgada. No mérito, sustenta a presença dos requisitos para o restabelecimento da aposentadoria por invalidez acidentária (fls. 315/320).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Na inicial o trabalhador informa a realização de revisão administrativa do benefício de aposentadoria por invalidez concedido judicialmente e sua cessação indevida invocando a ocorrência de ilicitude do ato praticado pelo INSS. Revela, ainda, a manutenção de sua incapacidade laborativa e pede a condenação da autarquia ao restabelecimento da aposentadoria ou a concessão de auxílio-acidente.

Após a realização da perícia médica oficial (fls. 183/186), a sentença re-

Acesso ao Sumário

conheceu o direito à concessão do auxílio- acidente.

Vejamos.

Inobstante o § 4º do artigo 43 da Lei nº 8.213/91 incluído pela Lei nº 13.457/2017, discipline que:

"*O segurado aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente, observado o disposto no art. 101 desta Lei*", tal situação não autoriza a cessação administrativa do benefício, sendo indispensável a propositura de ação judicial, nos termos do artigo 505, inciso I do CPC ("*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença*").

Nesse contexto, considerando que o INSS não ingressou com a ação competente para cessar a aposentadoria concedida judicialmente, suspendendo o benefício administrativamente, de rigor o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez acidentária, a partir do dia seguinte à sua cessação indevida.

Sobre o tema:

"*ACIDENTE DO TRABALHO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA – Restabelecimento – Traumatismo crânio encefálico – Benefício que foi concedido judicialmente (fls. 28/30 e 31/36 - autos nº 0005271-57.2010.8.26.0125) – Cessação administrativa do benefício – Ajuizamento da presente ação visando ao restabelecimento da aposentadoria, com termo inicial em 11.02.2010 (fls. 36) – Perícia médica judicial não reconheceu incapacidade – Sentença de improcedência – Recurso do autor – Preliminar – Cerceamento de defesa e coisa julgada em razão da aposentadoria ter sido concedida judicialmente – Mérito – Fundamento de reforma calcado na persistência da incapacidade, passível de restabelecimento do benefício de aposentadoria – Tese da coisa julgada comporta acolhimento – É entendimento consolidado que uma vez concedido judicialmente benefício previdenciário ou acidentário, é necessário ingresso de nova ação judicial para a sua revisão pela autarquia – Princípio do paralelismo das formas – Efeitos da coisa julgada – Improcedência do pedido afastada – Restabelecimento da aposentadoria por invalidez em razão da impossibilidade de o INSS cessar administrativamente benefício concedido por decisão judicial transitada em julgado – Tutela recursal concedida de ofício*" **(TJSP, 17ª Câm. de Dir. Público, Apel. 1000276-66.2019.8.26.0125, Rel. Des. Marco Pelegrini, j. 8.9.2021).**

"*ACIDENTE DO TRABALHO. Cancelamento administrativo de aposentadoria por invalidez concedida judicialmente. Inadmissibilidade Necessidade*

Acesso ao Sumário

da propositura de ação para tal fim. Precedentes desta C. Câmara e do STJ. Sentença mantida. Recurso improvido" **(TJSP, 17ª Câm. de Dir. Público, Apel. 1069405-83.2019.8.26.0053, Rel. Des. Alberto Gentil, j. 31.8.2021).**

"*RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA. Benefício concedido judicialmente. Cessação administrativa. Patologia no punho esquerdo. LER/DORT. Entendimento consolidado de que, concedido judicialmente benefício previdenciário ou acidentário, é necessário ingresso de nova ação judicial para a sua revisão. Princípio do paralelismo das formas. Coisa julgada. Restabelecimento devido*" **(TJSP, 17ª Câm. de Dir. Público, Apel. 1007192-56.2020.8.26.0554, Rel. Des. Carlos Monnerat, j. 2.7.2021).**

O benefício integral da aposentadoria é devido a partir do dia seguinte de sua cessação.

Os valores recebidos no período a título de mensalidade de recuperação serão devidamente compensados na fase de liquidação.

Anote-se, ainda, que encerrado o processo, as condições de manutenção da aposentadoria por invalidez acidentária reger-se-ão pela Lei nº 8.213/91.

Quanto aos honorários advocatícios, na época de sua fixação, observar-se-á o que vier a ser decidido no Tema nº 1105 do STJ.

No que se refere à correção monetária, ajusta- se que não obstante a tese fixada no STJ (Tema nº 905:

"*Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009)*"), sobre a mesma lei o STF, no julgamento do RE. 870.947 (Tema nº 810), fixou as seguintes teses: *1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazen-*

Acesso ao Sumário

da Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Logo, temos que quanto aos juros moratórios o entendimento é uníssono no julgamento de ambos os temas, porém no que se refere à correção monetária, enquanto o STJ adotou a aplicação do INPC a partir da vigência da Lei nº 11.430/2006 (que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91), o STF determinou a partir da edição da Lei nº 11.960/09 a aplicação do IPCA-E.

Neste ponto, ressalte-se que esta Turma Julgadora adota o índice de correção monetária que ficou deliberado pelo Supremo Tribunal Federal a partir da vigência da Lei nº 11.960/09.

Demais questões relativas aos índices de correção e juros de mora serão dirimidas, em sendo o caso, na fase de liquidação.

Anote-se que o abono anual, os juros moratórios, o momento para a fixação dos honorários advocatícios, as custas e as despesas processuais foram devidamente contemplados na sentença.

Por fim, considerando o reconhecimento da indevida cessação da aposentadoria por invalidez acidentária (B92) perfeitamente possível o seu imediato restabelecimento, o qual fica ora determinado.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso interposto por Aguinaldo Aparecido de Jesus e parcial acolhimento ao reexame necessário, nos termos acima definidos.

Atendendo a recomendação da Corregedoria Geral da Justiça, veiculada pelo Comunicado nº 912/2007 e visando contribuir para o cumprimento mais célere do julgado, passa a integrar o presente o seguinte tópico-síntese:

1. Nº do Processo	1046781-40.2019.8.26.0053
2. Nome do Segurado	Aguinaldo Aparecido de Jesus
3. Benefício concedido	Restabelecimento de Aposentadoria por invalidez acidentária (B92)
4. DIB	3.5.2018
5. R.M.I.	A ser apurado em liquidação

Acesso ao Sumário

Considerando a excepcionalidade das circunstâncias de trabalho geradas em razão da pandemia decorrente do novo coronavirus, e o atual volume de trabalho da Unidade de Processamento de feitos da 17ª Câmara de Direito Público, cópia do presente servirá como ofício ao INSS.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1062185-05.2017.8.26.0053/50002, da Comarca de São Paulo, em que é embargante SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA., é embargado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM OS EMBARGOS, MAS SEM EFEITO MODIFICATIVO. V.U. DECLARA VOTO O DES. J. M. RIBEIRO DE PAULA", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.559)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES, SOUZA NERY, OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 18 de novembro de 2021.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Multa imposta por PROCON. Anulação ou redução. Razões de inconformismo que exorbitam o âmbito de cabimento dos embargos de declaração. Acréscimo de considerações. Embargos acolhidos, mas sem efeito modificativo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Embargos de declaração de acórdão assim ementado:

***APELAÇÃO**. Multa imposta por PROCON. Anulação ou redução. Reclamações de nove consumidores quanto ao funcionamento dos aparelhos eletrônicos que adquiriram, produzidos por SAMSUNG. Infração ao artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Oportunidade de conhecimento e defesa com respeito a cada reclamação individual e, também, no processo administra-*

tivo que as englobou. O fabricante é que deve conhecer os seus produtos e determinar as causas do mal funcionamento, mediante laudo dos seus técnicos, não somente da sua rede terceirizada de assistência técnica, que deveria ser orientada a encaminhar à apreciação direta do fabricante os casos que entendesse não cobertos pela garantia, para efeito de eventual reparação ou substituição, com ou sem custo para o consumidor. Quem adquire um produto no mercado, em especial os de maior valor, não deve ser submetido a verdadeiro suplício para a solução de problemas de mal funcionamento. Ato administrativo motivado no padrão de conduta da empresa para com os seus consumidores. Cálculo da multa que obedeceu aos critérios de uniformização de tratamento para graduação entre o mínimo de duzentas UFIR e o máximo legal de três milhões de UFIR. Reincidência em infração administrativa que não precisa ser específica, considerando o objetivo de resguardar o consumidor de quaisquer práticas que lhe seja danosa. Falta de providência imediata para reparar ou minimizar danos. Proporcionalidade atendida. Aumento da multa que decorreu de ajuste na estimativa de receita da empresa, para ajustá-la ao critério legal baseado no porte econômico, sem impugnação da empresa à sua correção. Recurso provido para rejeitar a pretensão de anulação ou de redução da multa administrativa, com fixação de honorários advocatícios, por apreciação equitativa em razão do elevadíssimo valor da causa, de quase quatro milhões de reais, com aplicação do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, por critério de simetria e em consonância com os princípios da razoabilidade, do artigo 8º, e de vedação ao enriquecimento sem causa, dos artigos 884 a 886 do Código Civil, em cinquenta mil reais, mais em atenção ao grau de responsabilidade profissional que decorre do alto valor envolvido.

Pretensão de pronunciamento sobre insuficiência de motivação da decisão administrativa, alteração dos motivos determinantes do ato administrativo, violação às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa por falta do exame de causa de pedir, razões para afastar a agravante da reincidência, falta de demonstração matemática sobre desconsideração do requisito da vantagem auferida, atendimento dado aos consumidores antes da lavratura do auto de infração, esclarecimento sobre dever do fabricante de examinar diretamente os produtos e sobre violação ao princípio da proporcionalidade. Apresentou parecer de jurista.

A parte embargada se manifestou.

É o relatório

Foi considerado que o fabricante deveria ter examinado diretamente os produtos que foram objeto de reclamação dos consumidores, para determinar as causas dos defeitos, em vez de apenas se fiar em apreciação da sua rede terceirizada de assistência técnica, ante a possibilidade de menor interesse desta na reparação de aparelhos por conta da garantia do fabricante, seja por potencial resistência deste para reconhecer a garantia, seja pelos limites de valor dessa cobertura.

Acesso ao Sumário

Considerada como suficiente a motivação do ato administrativo no padrão de conduta da empresa para com os seus consumidores, não infirmada a presunção de legitimidade, legalidade e veracidade a partir de formalidades que não lhe comprometem a substância e a validade, tampouco as garantias do contraditório e ampla defesa.

Foi apontada a íntegra de cada tentativa de solução de reclamação individual no processo administrativo, expondo os fatos que ensejaram a aplicação da multa, também indicados de forma resumida pelo acórdão, não sendo necessário repetir o que já havia sido apurado em cada caso.

Cada reclamação identifica o problema de cada produto e a solução que a empresa propôs, quando o fez, sem necessidade de repetir.

As reclamações individuais foram apreciadas em seu tempo, dentro de cada procedimento, e indicadas como exemplos de padrão de conduta da empresa.

O atendimento prestado aos consumidores antes da lavratura do auto de infração que não redime o fabricante dos transtornos causados aos seus consumidores com o mal funcionamento dos aparelhos que adquiriram e as tentativas frustradas de solução até a reclamação ao órgão de defesa.

Sobre a agravante da reincidência, PROCON informou que, ao tempo da consideração do PA 0084/2010 para aplicação da multa aqui questionada, ainda não havia ocorrido impugnação judicial; que já houve trânsito em julgado do processo que questionou o PA 0084/2010, registro 030909-12.2013.8.26.0053, e que havia outra penalidade aplicada, também agravante, questionada no processo judicial 0011555-35.2012.8.26.0053, igualmente com trânsito em julgado, não impugnados pela autora, e que permitem a incidência da majorante.

Explicou PROCON que se houvesse vantagem auferida a multa teria sido maior.

Como não auferiu nenhuma vantagem, não foi contemplada no dimensionamento da multa, tendo, no entanto, apresentado padrão de conduta potencialmente danosa ao mercado de consumo como um todo, a justificar o dimensionamento da penalidade sem se restringir aos consumidores que apresentaram as reclamações, de modo que o valor, segundo o porte econômico da empresa e sua significativa participação no mercado de consumo, não contrasta com o princípio da proporcionalidade.

Razões do inconformismo que vão além das hipóteses legais de cabimento dos embargos de declaração.

Para tais acréscimos, são acolhidos os embargos, mas sem efeito modificativo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 33.260)

No julgamento da Apelação saí vencido (declaração de voto, fls. 914/918).

Tal como declarei no julgamento da apelação, meu voto dava provimento, em parte, ao recurso para restabelecer o AIIM nº 4462-D-9, com redução do valor da multa para o menor valor histórico, e fixava honorários advocatícios nos termos do §§ 3º e 5º, do artigo 85, do CPC.

Ressalvado meu posicionamento no julgamento da apelação, no mais, acompanho o eminente Relator pelo acolhimento dos declaratórios, para fins de aclaramento, sem alteração do resultado.

RIBEIRO DE PAULA, Desembargador, Quinto Juiz (vencido)

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1045198-49.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Mantiveram sentença em reexame necessário, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.375)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2022.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Reexame necessário – Mandado de segurança – ITBI – Sentença que concedeu a segurança para determinar que a cobrança se dê com base no valor da arrematação judicial – Hasta pública – Modo originário de aquisição da propriedade – Fato gerador que se dá com o registro do imóvel no cartório de imóveis – Inteligência do art. 35, do CTN e art. 1.245, do

Acesso ao Sumário

CC – (ARE) 1294969, com repercussão geral (Tema 1124), j. 11/12/2020, Rel. Min. Luiz Fux – Sentença é de ser mantida com observação quanto à atualização monetária da base de cálculo até a data do registro imobiliário com base na Tabela Prática deste TJSP – Sentença mantida, com observação – Reexame necessário desprovido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário da r. sentença de págs.100/108, que concedeu a segurança em *mandamus* impetrado por (...) Ltda. apontando como autoridade coatora o Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias do Município de São Paulo para determinar que o ITBI seja calculado sobre o valor da arrematação judicial do bem descrito na inicial, entendendo plenamente válida a correção por não representar acréscimo ao valor, senão sua atualização, sem condenação em honorários de advogado. Eventuais custas e despesas processuais à cargo do impetrado.

O Ministério Público de primeiro deixou de oferecer parecer por não versar a questão sobre direitos indisponíveis (págs.97/99).

As partes não apresentaram inconformismo e os autos foram enviados ao reexame necessário, cabível na hipótese (art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009).

É o relatório.

O recurso oficial não merece guarida.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por (...) Ltda. objetivando afastar o ato coator impugnado e determinar o recolhimento do ITBI sobre o valor de arrematação em leilão judicial do imóvel descrito na inicial, sem acréscimo de multa ou juros.

Relata a impetrante, em síntese, haver arrematado, em sede de execução, imóvel pelo valor de R$ 250.000,00, constante da Ata de Arrematação (págs. 10/13), mas foi surpreendida com o Valor Venal de Referência para cálculo de ITBI em R$ 123.328,00 ao emitir guia de recolhimento no portal eletrônico da Prefeitura de São Paulo. Argumenta que o cálculo realizado é abusivo, pois a legislação determina que o ITBI deve ser calculado com base no valor de venda, não no valor venal de referência e que, no caso em tela, tal valor seria o da arrematação, seguindo a jurisprudência. Pede a concessão do 'mandamus' para determinar o recolhimento do tributo sobre o valor de arrematação, sem acréscimo de multa ou juros. A liminar foi concedida (págs.75/76).

A r. sentença foi favorável à impetrante devendo ser mantida em reexame necessário.

Com efeito, "*O art. 38 do Código Tributário Nacional estabelece que a*

Acesso ao Sumário

base de cálculo do ITBI é *"o valor venal dos bens ou direitos transmitidos". Para Kiyoshi Harada, valor venal é "aquele preço que seria alcançado em uma operação de compra e venda à vista, em condições normais do mercado imobiliário, admitindo-se a diferença de até 10% para mais ou para menos*" **(ITBI: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 144).**

A base de cálculo do ITBI não depende de simples ato do Poder Executivo, sem observar critérios previamente definidos na lei e, o que é pior, com subversão do art. 148 do Código Tributário Nacional. Cabe assinalar que as alterações promovidas pela Lei municipal nº 11.154/91, pelas Leis nºs 14.125/2006 e 14.256/2006 não estabeleceram critérios objetivos para a fixação do valor venal do imóvel, mas sim atribuíram a providência a ato do Executivo e anterior ao negócio jurídico imobiliário.

Na hipótese, a arrematação representa modo de aquisição originária do bem alienado, quer a arrematação se dê judicialmente ou extrajudicialmente, considerando-se como base de cálculo do ITBI aquele alcançado em leilão e não o valor venal do imóvel para fins de IPTU ou o valor de referência estipulado pelo Município.

A jurisprudência do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça, em se tratando de leilão extrajudicial, é no sentido de que o preço da arrematação reflete o valor venal do imóvel e, portanto, deve ser adotado como base de cálculo do ITBI, *'in verbis'*:

> **"*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ITBI. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA ARREMATAÇÃO. FATO GERADOR. REGISTRO DA TRANSMISSÃO DO BEM IMÓVEL. SÚMULA 83/STJ. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. A irresignação não merece conhecimento. 2. O entendimento aplicado pela Corte paulista está de acordo com o do STJ, o qual afirma que, nas hipóteses de alienação judicial do imóvel, seu valor venal corresponde àquele pelo qual foi arrematado em hasta pública, inclusive para fins de cálculo do ITBI. 3. Ademais, em virtude da similaridade do leilão extrajudicial com a arrematação judicial, aplica-se, mutatis mutandis, o entendimento pacífico na Primeira Seção do STJ de que aquele corresponde a esta. 4. Ademais, o fato gerador do imposto de transmissão é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico. Incide, portanto, a regra da Súmula 83/STJ. 5. Recurso Especial não conhecido.*"** (REsp 1803169/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ªT, julgado em 23/04/2019, DJe 29/05/2019) - grifei;

> **"*Mandado de Segurança. ITBI. Base de cálculo. Aspecto temporal do fato gerador do tributo. Imóvel adquirido em leilão público extrajudicial promovido pela Caixa Econômica Federal. Sentença que concedeu a ordem pleiteada nos autos do Mandado de Segurança,*

a fim de determinar que o impetrante possa recolher o ITBI sobre o valor de arrematação. Pretensão à reforma. Acolhimento em parte. Fato gerador do ITBI que só ocorre com a transferência efetiva da propriedade ou do domínio útil, mediante o registro competente. Artigo 1.245 do Código Civil. Impossibilidade de cobrança de acréscimos moratórios (juros e multa). Possibilidade, contudo, de atualização monetária do valor da aquisição (base de cálculo), desde a realização do público leilão, até a data do registro imobiliário, pela Tabela Prática do TJSP, de forma a se preservar o valor real da base de cálculo. Precedentes. Base de cálculo. Valor da arrematação e não o valor venal de referência. Normas locais que conferem ao Executivo a estimativa prévia do valor venal. Ofensa ao princípio da legalidade e inobservância do art. 148 do CTN. Inconstitucionalidade dos artigos 7º-A e 7º-B da Lei Municipal n.º 11.154/1991, que permitem a estimativa prévia e unilateral do valor e invertem a ordem do artigo 148 do CTN, reconhecida pelo Órgão Especial do TJSP na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0056693-19.2014.8.26.0000. Valor de mercado para o caso concreto que é aquele obtido na hasta pública. Precedentes. Caso concreto em que o cálculo e recolhimento do ITBI devem ter como base o valor pelo qual arrematado o imóvel, com observação quanto à incidência de correção monetária. Recursos oficial e voluntário providos em parte." (TJSP; Apelação Cível 1049907-35.2018.8.26.0053; Relator: Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/ Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/01/2020; Data de Registro: 17/01/2020);

"***MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Município de São Paulo – Imóvel arrematado em hasta pública – Validade da incidência de ITBI sobre o valor da alienação do imóvel em leilão – Tributo que só poderá ser cobrado a partir do registro do título do imóvel no Cartório de Imóveis e não da arrematação – Entendimento pacífico do E. STJ – Violação de direito líquido e certo demonstrada – Segurança bem concedida – Sentença mantida – Recurso oficial, único interposto, improvido..." (...) Pois, a base de cálculo do ITBI neste caso, em que a aquisição é decorrência de arrematação em hasta pública, é o valor da própria arrematação do bem, sendo - o valor de mercado - utilizado, para aquisições de relação negocial entre as partes, como a compra e venda de um imóvel, este entendimento está firmado no E. Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado transcrito, na parte que interessa: (...) 4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI." (REsp 863.893/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma). Precedentes. Súmula 83/***

Acesso ao Sumário

***STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no Ag 1391821/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 01/07/2011).*"** (Reexame Necessário nº 1049164-54.2020.8.26.0053, Rel. Des. Silva Russo, 15ª Câmara de Direito Público, j. 08.04.2021).

Acrescento julgado de minha relatoria: **"*Reexame necessário – Mandado de segurança – Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis Inter Vivos - ITBI – Arrematação extrajudicial – Sentença que concedeu parcialmente a segurança para determinar que a cobrança se dê com base no valor da arrematação ou no valor venal para fins de IPTU, o que for maior, afastado o valor de referência estipulado pelo Município – Valor da base de cálculo, entretanto, que no caso de arrematação, quer judicial ou extrajudicial deve prevalecer – Precedentes do C. STJ e deste C. Tribunal de Justiça – Modo originário de aquisição da propriedade – Fato gerador que se dá com o registro do imóvel no cartório de imóveis – Inteligência do art. 35, do CTN e 1.245, do CC – Atualização monetária do valor da base de cálculo devida – Sentença reformada em parte em sede de reexame necessário, com observação e recurso do Município desprovido.*"** (Reexame Necessário nº 1070888-51.2019.8.26.0053, 18ª Câmara de Direito Público, j. 03.02.2020).

Assim, o valor a ser utilizado como base de cálculo do ITBI em casos de leilão extrajudicial é o valor da arrematação, não podendo ser eleito o valor venal para fins de IPTU como requer o Município.

Quanto ao momento da ocorrência do fato gerador do ITBI é a transferência da propriedade imobiliária que se dá com o registro do respectivo título perante o Registro de Imóveis, consoante artigo 35, do Código Tributário Nacional e nos termos do artigo 1.245 do CC.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou sua jurisprudência dominante de que o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) **só é devido a partir da transferência da propriedade imobiliária, efetivada mediante o registro em cartório**. A questão foi analisada no Recurso Extraordinário com Agravo **(ARE 1294969), com repercussão geral (Tema 1124)**, j. 11/12/2020, Rel. Min. Luiz Fux fixando a tese nos seguintes termos:

"*O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro*".

Dessa forma, conforme o princípio da legalidade tributária estrita, não se admite a incidência do tributo sobre bens que não tenham sido transmitidos. De modo que ilegal a cobrança de multa e juros antes do registro imobiliário, seno inaplicável o art. 12, da Lei nº 11.154/91.

Ressalte-se, porém, que a atualização monetária da base de cálculo é devida, porque não é encargo moratório e não modifica valor real devido, impon-

Acesso ao Sumário

do, apenas, a atualização do valor da transação até a data do registro imobiliário, pela Tabela Prática do TJSP, exatamente para que se mantenha o valor real, de modo a evitar o enriquecimento sem causa daquele que tem a obrigação de pagar, em detrimento daquele que tem o direito de receber. (***Nesse sentido: Ap. em Mandado de Segurança n. 1005836-51.2014.8.26.0161, rel. Des. Ricardo Chimenti, j. J. 29/01/2015***).

Ante o exposto, **em reexame necessário mantém-se a r. sentença**, com observação quanto à necessidade de atualização do valor da arrematação até a data do registro imobiliário, com base na Tabela Prática deste TJSP. Custas em reembolso. Sem fixação de honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei n.º 12.016/2009 e das Súmulas 512-STF e 105- STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1025942-56.2020.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido XDENT EQUIPAMENTOS ODONTOLOGICOS LTDA.

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 25.656)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente) e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de Segurança – Autuação decorrente da fabricação e comercialização de produto cujo registro foi cancelado pela ANVISA – Pretensão de anulação do ato administrativo – Possibilidade – Cancelamento do registro do equipamento revogado em processo administrativo – Ausente motivação do auto de infração – Sentença concessiva da segurança mantida por seus próprios fundamentos – Art. 252 RITJSP – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por XDENT EQUIPAMENTOS ODONTOLOGICOS LTDA. contra ato do Secretário Municipal de Saúde de Ribeirão Preto, objetivando a declaração de nulidade do Auto de Infração Sanitária nº 17316 e do Auto de Imposição de Penalidade nº 10689, lavrados pela Secretaria da Saúde Municipal em razão da fabricação e comercialização de produto cujo registro foi cancelado.

A sentença de fls. 199/201 concedeu a segurança para declarar a nulidade das autuações perpetradas pelo Poder Municipal. Custas e honorários advocatícios, na forma da lei.

Considere-se a sentença submetida a reexame necessário, nos termos do artigo 14, parágrafo 1º da Lei Federal nº 12.016/2009.

Parecer da Procuradoria de Justiça, pelo desprovimento do Reexame Necessário (fls. 216/217).

É o relatório.

O Reexame Necessário não deve ser provido.

Extrai-se da inicial que, em 06.08.2020, a Impetrante, empresa do ramo de fabricação, importação, armazenagem, expedição e distribuição de produtos para saúde, foi autuada por fabricar e comercializar "APARELHO DE RAIO X ODONTOLÓGICO XDENT", cujo registro foi cancelado pela ANVISA em 23.09.2019, sendo-lhe imposta a penalidade de suspensão de fabricação e venda do bem (Auto de Infração Sanitária nº 17316 e Auto de Imposição de Penalidade nº 10689).

Afirma que o ato administrativo, além de colocar em risco a continuidade das atividades econômicas da empresa, tendo em vista que o produto é um dos quatros que a empresa comercializa, deixou de observar a suspensão do cancelamento do registro do equipamento em processo administrativo. Por esta razão, impetrou a presente ação mandamental pretendendo a anulação da infração e da penalidade, bem como eventuais efeitos decorrentes.

O juiz sentenciante, acertadamente, concedeu a segurança para anular os Auto de Infração Sanitária nº 17316 e Auto de Imposição de Penalidade nº 10689, com fundamento na revogação da decisão administrativa que cancelou o registro do equipamento fabricado e comercializado pela Impetrante.

Deve ser a sentença mantida por seus próprios fundamentos, ora ratificados em sede recursal, por mostrar-se suficientemente motivada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Ressalta-se que isto não configura omissão ou ofensa ao dever de fundamentação, conforme a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no AREsp 295.963/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado

Acesso ao Sumário

em 04/08/2015, DJe 12/08/2015).

Adotam-se, portanto, os fundamentos expostos na sentença e abaixo transcritos:

"Vistos.

Xdent Equipamentos Odontologicos Ltda. impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Sandro Scarpelini, secretário municipal de saúde, autoridade vinculada ao Município de Ribeirão Preto.

Visa a impetrante ordem que restabeleça o livre exercício de suas atividades, afetadas pela sanção imposta no Auto de imposição de Penalidade nº 10689, lavrado em razão da fabricação e venda do Aparelho de raio X odontológico "Xdente" com registro cancelado pela Anvisa, objeto do Auto de Infração Sanitária nº 17316. Alega que a vedação de fabricação e venda do referido aparelho é sanção ilegal porque, além de vulnerar a atividade econômica da empresa, viola o direito de defesa e contraditório prévio garantidos nas Leis nºs 10.083/1998 e 9.784/99, em consonância com a Constituição Federal. Também aduz que os efeitos do cancelamento sumário do registro sanitário do equipamento em questão (Resolução-RE nº 2.645/2019) foram sustados por atribuição de efeito suspensivo ao recurso administrativo, o qual ainda está pendente de resolução, inclusive por força da prorrogação de 90 dias dada pela ANVISA por meio do Despacho 111 de 31/07/2020 e a coisa julgada no mandado de segurança nº 1038280-76.2019.4.01.3400.

Foi deferida a liminar (fls. 139/140).

A autoridade coatora prestou informações e juntou documentos novos (fls. 147/159 e 163/168).

A fls. 178/181 a impetrante noticia a revogação do ato que cancelava o registro sanitário do aparelho raio X odontológico e trouxe documentação (fls. 182/192).

O Município foi intimado (fls. 197/198), mas não se manifestou.

É o relatório.

DECIDO.

A impetrante busca a concessão de segurança para suspender os efeitos do AIM nº 10.689 que determinou que deixe de fabricar e vender o equipamento Raio X Odontológico.

Em resumo, aduz que o ato coator é ilegal, padece de motivação, não obedece o devido processo legal (o prazo de 10 dias para defesa previsto na Lei Estadual nº 10.083/1998), desrespeita a coisa julgada (processo nº 1038280-76.2019.4.01.3400), não observa que o cancelamento do registro está suspenso e, ainda, que a autuação se deu após um ano do suposto cancelamento pela Anvisa.

Os Autos de Infração e de Imposição de Penalidade estão devidamente motivados, conforme depreende-se de fls. 49/50, já que a autuação se deu por "fabricar e comercializar produto para saúde, Aparelho de Raio X odontológico XDENT com registro cancelado pela ANVISA em 23.09.2019" e, ainda, consta

Acesso ao Sumário

os dispositivos legais que teria infringido coma conduta autuada.

Dele também consta o prazo de 10 dias para apresentação de defesa na forma da Lei Estadual nº 10.083/1998.

E o fato de terem sido lavrados um ano após o cancelamento do registro não afasta a legitimidade do ato atacado, pois, uma vez cancelado o registro, o órgão fiscalizador pode a qualquer momento autuar aquele que estiver praticando condutas em desacordo com as aprovações pelo órgão competente, no caso a Anvisa.

Também não se sustenta a tese de afronta à coisa julgada, já que, em se tratando de julgamento sem resolução de mérito proferido no mandado de segurança nº 1038280-76.2019.4.01.3400, ausente o efeito material de proibição de rediscussão da questão.

Contudo, tem razão a impetrante quanto à impossibilidade de imposição de penalidade enquanto pendente o processo administrativo interposto pela impetrante junto à Anvisa, ao qual foi concedido efeito suspensivo (fls. 105). E isso foi o que motivou o deferimento da medida liminar.

Depois disso, já no curso deste *writ*, foi julgado o referido processo administrativo de nº 25351.922877/2020-56 pela Diretoria Colegiada da Anvisa, dando-se provimento "para revogação Aresto nº 1.367, de 5 de junho de 2020, publicado em 08/06/2020 que cancelou o registro do equipamento aparelho de raio x odontológico XDENT". A autenticidade do documento de fls. 174/186 foi confirmada no respectivo site.

Conclui-se, portanto, que tanto Auto de Infração Sanitária nº 17316 quanto o Auto de Imposição de Penalidade nº 10689 perderam a motivação e não devem subsistir.

Assim, ainda que por causa superveniente ao ajuizamento, deve-se julgar procedente a ação, com base no art. 488 do CPC, que privilegia o julgamento do mérito Posto isso, CONCEDO A SEGURANÇA, extinguindo o feito com base no art. 487, I, do CPC, para declarar nulos o Auto de Infração Sanitária nº 17316 e o Auto de Imposição de Penalidade nº 10689, lavrados pela Secretaria da Saúde Municipal, e todos os efeitos deles decorrentes.

Sem honorários advocatícios ante o que dispõe a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Arcará a autoridade coatora com as custas processuais.

Oficie-se à autoridade impetrada e à pessoa jurídica a que está vinculada, comunicando o teor da presente decisão em obediência ao art. 13 da Lei nº 12.016/2009. Servirá cópia digitalizada da presente como ofício.

Como a pessoa jurídica interessada não se manifestou nos autos até o momento, encaminhe-se o ofício via carta com A.R.

Diante do que dispõe o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09, independente da apresentação de recurso voluntário, remetam-se os autos à Superior Instância para o reexame necessário.

Int."

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, a manutenção da sentença.

Diante do exposto, NEGA-SE provimento ao Reexame Necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIRITO CRIMINAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2301294-82.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante V. F. D. DA S., é agravado M. DA V. R. L. DE V. D. E F. C. M. - F. R. V - S. M. P.

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 presente agravo de instrumento, sem prejuízo de novo pedido na hipótese de ocorrerem fatos novos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.396)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Lei "Maria da Penha" – Pedido de imposição de medidas protetivas de urgência – IMPOSSIBILIDADE – Recurso adequado – Ausência de previsão legal acerca do recurso cabível contra as decisões de concessão ou indeferimento de medidas protetivas de urgência – Aplicação do princípio da fungibilidade recursal – Recurso conhecido – Inexistência de elementos que comprovem o risco iminente e atual à vítima – Notícias de que a agravante deixou a residência comum e de que foi decretado o divórcio do casal – Prescindibilidade das medidas protetivas de urgência – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

V.F.D.S. interpôs o presente agravo de instrumento, através da Defensora Pública Caroline Ferreira da Cunha, com pedido de liminar, em face de H.A.S., em razão de decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Região Leste 2 – Foro Regional de São

Acesso ao Sumário

Miguel Paulista, que indeferiu o pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da vítima.

Informa a agravante que o relacionamento entre as partes sempre foi conturbado e desde a descoberta de um caso extraconjugal do agravado, a agravante vem sofrendo inúmeros episódios de agressão física e psicológica.

Esclarece que tais episódios ocorrem de forma clandestina, na privacidade doméstica, e não lavrou nenhum boletim de ocorrência, "*pois não quer que os filhos tenham a real dimensão dos fatos*".

Afirma que tais fatos fizeram com que a vítima procurasse a Defensoria Pública para solicitar medidas protetivas de urgência, com base na Lei Maria da Penha. Contudo, o Juízo "a quo" indeferiu o pleito sem manifestar-se sobre a possibilidade de designação de audiência de justificação e sob o argumento de que não houve comprovação dos pressupostos legais, posto que não verificada a presença do "*fumus commissi delicti*" e do "*fumus boni iuris*".

Anexa "*prints*" e áudios de uma conversa com o agravado a fim de demonstrar o modo como a agravante é tratada por ele, destacando que em um dos áudios o "*Agravado fala que a requerente está se achando a Dona da razão e, em seguida, a ofende com o termo 'filha da puta'*".

Assevera que a vítima não dispõe de mais provas, justamente porque a violência ocorre cotidianamente dentro de sua própria casa. Além disso, o agravado tem acesso ao celular da vítima e procura não deixar rastros da violência, apagando as mensagens que envia para ela.

Destaca o valor da palavra da vítima nos casos que envolvem violência doméstica e familiar, que muitas vezes ocorrem nos lares e sem a presença de qualquer outra pessoa além da vítima e seu algoz.

Pondera que a situação de risco é questão subjetiva, não podendo o Estado negar a prestação jurisdicional que irá colocar a mulher a salvo de qualquer violação aos seus direitos.

Defende a reforma da decisão agravada, a fim se garantir a integridade física da vítima através das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11340/06, cabíveis diante da natureza de tutela inibitória, ou a designação de audiência de justificação, nos termos do artigo 13 da Lei 11340/06 c.c. artigo 300, § 2º, do Código de Processo Civil, para aferição do risco no caso concreto.

Pleiteia, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela. No mérito, pretende a reforma da decisão de primeiro grau, com a concessão das medidas protetivas de urgência consistentes na proibição de contato, aproximação do agravado em relação a agravante, proibição de frequentar os mesmos lugares e afastamento do lar.

A medida liminar foi indeferida em sede de Plantão Judiciário, pelo Exmo. Desembargador Roberto Grassi Neto (fls. 47/51).

Acesso ao Sumário

Foram prestadas informações pelo Juízo "a quo" no sentido de que o agravado não foi intimado para oferecimento de contrarrazões, uma vez que não foi localizado nos endereços constantes nos autos (fls. 66/78).

Não houve manifestação quanto a oposição ao julgamento virtual.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso como apelação, em se tratando a decisão guerreada de terminativa. Preliminarmente, requereu a conversão do julgamento em diligência para que seja o agravado intimado para oferecimento de contrarrazões. No mérito, manifestou-se pelo provimento parcial do agravo para determinar a realização da audiência de justificação (fls. 87/91).

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, não verifico inadequação/impropriedade do recurso interposto pela parte.

Isto porque, a despeito da discussão referente à natureza jurídica das medidas protetivas de urgência (se possuem caráter civil ou penal) e do adequado meio processual de impugnação contra as decisões de concessão ou indeferimento, motivada pela falta de previsão legal acerca do recurso cabível, em respeito ao princípio da fungibilidade dos recursos, é possível admitir a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que defere/indefere medidas protetivas, diante de sua natureza interlocutória (artigo 1015 do NCPC), a fim de que o jurisdicionado não seja prejudicado.

Desta forma, **conheço do presente agravo**.

Quanto ao pedido para conversão do julgamento em diligência, observo que as tentativas de intimação do agravado para oferecer resposta restaram frustradas, mesmo diante de informação de que ele reside no endereço constante nos autos (fls. 66/70 e 74/78), por isso **rejeito a preliminar.**

No mérito.

Consta dos autos que o relacionamento conjugal entre as partes sempre foi conturbado, havendo ameaças, e após a descoberta de um caso extraconjugal do agravado, a agravante passou a sofrer agressões físicas e psicológicas.

Em que pese a agravante afirmar que não há testemunhas, pois tais episódios ocorrem apenas quando estão sozinhos, tampouco teria registrado a ocorrência de tais fatos, por medo e porque não desejava que os filhos ficassem sabendo da real situação, um dos áudios trazido aos autos, gravado em 18/12/2020, evidencia a forma ofensiva com que o agravado se dirige a vítima: "*tá se achando dona da razão, filha da puta*", "*fica moscando*", "*fica levando uma comigo que você vai ver*", "*só estou guardando você*", "*cada dia pior*" (link de fls. 08).

Tal evento, à época, poderia ter ensejado a designação de audiência de

Acesso ao Sumário

justificação.

Porém, atualmente verifica-se uma mudança no cenário descrito pela agravante. Segundo pesquisa obtida através do Portal e-SAJ, deste Tribunal, depreende-se que após a interposição do presente agravo de instrumento, foi decretado o divórcio do casal (processo nº 1017961-24.2020.0005 – sentença proferida em 04/11/2021), sendo certo que a ofendida deixou o imóvel onde residia com o agravado em fevereiro de 2021, tendo sido determinada a partilha do mesmo entre as partes.

Não se pode negar que, como bem salientado pela i. Procuradora de Justiça, "*...o fato de ter a agravante saído do imóvel em que residiam não afasta a eventual necessidade de medidas protetivas que impeçam o agravado de dela se aproximar ou com ela ter contato (como requerido às fls. 28)*".

Contudo, embora a concessão das medidas protetivas esteja condicionada, tão somente, à existência de violência doméstica ou familiar contra a mulher, atual ou iminente, cuja aplicação, devido à urgência, pode se dar mesmo sem oitiva do suposto agressor, nos termos do artigo 19, § 1º, da Lei Maria da Penha, deve-se ter em mente que as medidas protetivas possuem caráter excepcional e foram pleiteadas em processo de natureza cautelar, portanto, estão vinculadas a sua imprescindibilidade.

Assim, não obstante a importância da palavra da vítima e a descrição de circunstâncias a caracterizar atos de violência coibidos pela Lei Maria da Penha, os fatos foram noticiados em novembro de 2020 e, desde então, não há registro ou notícias de novas agressões ou ameaças que comprovem a necessidade e a urgência para o deferimento das medidas protetivas pretendidas.

Ademais, já foi requisitada a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos noticiados (fls. 41).

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO ao presente agravo de instrumento**, sem prejuízo de novo pedido na hipótese de ocorrerem fatos novos.

Acesso ao Sumário

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0013558-29.2021.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado TIAGO CAMPOS GUILHERME.

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 presente agravo para cassar a decisão recorrida, determinando-se que, antes que outra seja proferida, o sentenciado TIAGO CAMPOS GUILHERME seja submetido ao exame criminológico. Comunique-se, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.874)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO CARDOSO e TOLOZA NETO.

São Paulo, 13 de dezembro de 2021.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – ROUBO QUALIFICADO – SENTENCIADO QUE COMETEU FALTAS GRAVES QUANDO BENEFICIADO COM REGIME MAIS BRANDO – EXISTÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO AO MÉRITO SUBJETIVO – REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – NECESSIDADE: Nos casos em que o sentenciado, após ser beneficiado com regime mais brando, volta a praticar faltas graves, o exame criminológico torna-se indispensável para averiguação do grau de sua periculosidade e da aptidão ao convívio social, já que permite uma melhor análise das circunstâncias pessoais, da possível probabilidade de cometimento de novos delitos e do risco que sua reintegração traria à sociedade.

Acesso ao Sumário

VOTO

O representante do MINISTÉRIO PÚBLICO interpõe o presente Agravo em Execução objetivando a reforma da r. decisão MM. Juízo do DEECRIM – 5ª RAJ, Comarca de Presidente Prudente (fls. 45/46), que deferiu o pedido de progressão ao regime semiaberto formulado em favor do sentenciado TIAGO CAMPOS GUILHERME.

Sustenta o Órgão Ministerial que o reeducando, reincidente, além da longa pena a cumprir e de ostentar condenação por roubo qualificado, tem em seu histórico o cometimento de faltas disciplinares, com conturbado histórico carcerário. Desta forma, malgrado o atual atestado de bom comportamento e do

cumprimento do lapso temporal, afirma ser necessária a realização do exame criminológico para a verificação do preenchimento do requisito subjetivo, pugnando, assim, a cassação da decisão guerreada (fls. 01/12).

Ofertada a contraminuta (fls. 27/30), a decisão agravada foi mantida (fls. 31) e a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo provimento do agravo (fls. 51/57).

É O RELATÓRIO.

O agravado cumpre pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão por ter sido condenado pela prática de roubo qualificado com TCP - Término de Cumprimento de Pena – previsto para o final do ano de 2029 (fls. 38/43).

Em que pese ostentar bom comportamento carcerário (fls. 37), em janeiro de 2021 cometeu uma falta média e em fevereiro de 2019 uma falta grave. Não retornou de saída temporária no ano de 2012, sendo recapturado em 2013 e, posto em liberdade em 2017, voltou a delinquir (fls. 38/43).

Este quadro torna duvidoso o cumprimento do requisito subjetivo.

Tais fatos revelam que quando colocado em liberdade com menor vigilância voltou a praticar falta disciplinar grave, o que indica ostentar o reeducando personalidade avessa ao cumprimento do ordenamento jurídico, havendo sérias dúvidas sobre o mérito subjetivo que pode mais facilmente ser aferido após a submissão ao exame criminológico, o qual possibilitará maior certeza sobre as efetivas condições de reinserção social do sentenciado.

É importante frisar que o pedido de realização de exame criminológico busca nada mais que uma avaliação realizada por equipe multidisciplinar composta por psicólogo, psiquiatra, assistente social e outros profissionais que, em conjunto com o diretor da unidade prisional, avaliam a personalidade do reeducando, sua periculosidade, eventual arrependimento e a possibilidade de reincidência. Afere-se, assim, a presença de mérito para progressão a regime mais brando, no qual terá que demonstrar responsabilidade e capacidade suficientes à sua readaptação.

Acesso ao Sumário

Embora a redação do art. 112 da LEP, dada pela Lei 10.792/03, não traga mais a imprescindibilidade do parecer da Comissão Técnica de Classificação, limitando-se à ostentação de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento, não afastou a possibilidade de submissão ao exame criminológico sempre que o juiz entendê-lo necessário, tornando-o, apenas, facultativo e restrito a hipóteses em que, dentro do poder discricionário do magistrado e de seu prudente arbítrio, entenda necessário para fornecer subsídios à sua decisão.

Esta avaliação, sem dúvida, é importante ferramenta para aferição, pelo juízo das execuções, da probabilidade de retorno gradual do sentenciado ao con-

vívio social, mormente em caso de crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ainda que o juiz não esteja vinculado ao resultado do exame criminológico, o parecer da equipe multidisciplinar traz importantes subsídios para sua decisão, já que, sendo desfavorável, traz sérios receios à concessão do benefício pretendido.

Ademais, nos termos da Súmula no. 439 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada*".

Há de ter maior cautela o julgador por ocasião da apreciação de benefícios executórios, e isso em defesa dos cidadãos de bem e da manutenção da ordem pública.

Diante do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao presente agravo para cassar a decisão recorrida, determinando- se que, antes que outra seja proferida, o sentenciado TIAGO CAMPOS GUILHERME seja submetido ao exame criminológico.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0013156-33.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MAYCON RAFAEL DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.841)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 13 de janeiro de 2022.

IVANA DAVID, Relatora

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DA CITAÇÃO REALIZADA POR CARTA SOB O ARGUMENTO DE QUE CONSIDERADA A NATUREZA PENAL DA MULTA, A CITAÇÃO DEVERIA SER

Acesso ao Sumário

PESSOAL – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS À DÍVIDA DE VALOR – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 51, DO CÓDIGO PENAL – CITAÇÃO VIA POSTAL EXPRESSA NO ARTIGO 8º, I, DA LEI Nº 6.830/80 E NORMAS DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA – FINALIDADE DA INTIMAÇÃO DEVIDAMENTE ALCANÇADA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo em execução interposto contra a decisão de fls. 32/33, mantida à fl. 61, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. André Luiz da Silva da Cunha que reputou como regular a citação de MAYCON RAFAEL DA SILVA realizada nos autos n. 1019653-80.2020.8.26.0224.

Inconformado, o agravante argumenta que a multa passou a ter consequências penais e políticas, não consistindo em mera cobrança tributária, a exigir a citação pessoal do ofendido. Aduz que à Defensoria não caberia informar novo endereço, consistindo em tarefa do credor, além de prova diabólica considerada a impossibilidade de provar a ciência do sentenciado. Postula a reforma da decisão, determinando-se a citação pessoal do executado (fls. 01/06).

Contrariado o recurso (fls. 47/60), manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento (fls. 74/76), vindo os autos conclusos a esta relatora em 13 de outubro de 2021.

É o relatório.

A decisão não merece reparos.

MAYCON foi condenado por incurso no artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 14 dias-multa (v. fl. 11).

Assim, transitada em julgado a condenação, o valor da multa foi calculado e atualizado (R$ 410,67), quedando-se inerte o executado quanto ao seu pagamento integral, advindo, então, a propositura pelo Ministério Público de ação de execução de pena de multa (fls. 07/10).

O Juízo *a quo* determinou a intimação do executado por carta com AR-digital para cumprimento voluntário da obrigação (fl. 15).

Com a devolução do AR assinado por Debora da Silva (fl. 17), o Ministério Público requereu o protesto do título, a inscrição do nome nos órgãos de proteção ao crédito e penhora de bens (fl. 21), momento em que a Defesa se insurgiu, requerendo a citação pessoal do executado (fl. 26).

Acesso ao Sumário

No entanto, o MM. Juiz de 1º grau indeferiu o pedido defensivo, sob o fundamento de que a execução da pena de multa segue o rito procedimental da Lei nº 6.830/80, sendo possível a citação por meio de carta. Na mesma decisão determinou o bloqueio de ativos financeiros e a pesquisa de bens pelos sistemas InfoJud e Renajud (fls. 32/33).

Contra esta decisão se insurge a Defesa.

Sem razão, todavia.

Certo que, com o advento da Lei nº 9.268/1996, que alterou a redação do artigo 51 do Código Penal, **a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor, sendo aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública**.

Certo que a Lei nº 13.964/2019 deu nova redação ao artigo 51 do Código Penal, esclarecendo que a multa deve ser executada perante o Juízo da Execução Penal, a reafirmar a natureza punitiva da multa, tratando-se, ainda, de pena, especialmente porque continua prevista no preceito secundário de cada tipo criminal.

No entanto, foi mantida a disposição de que seriam aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, valendo trazer o dispositivo à colação:

> *"Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, **a multa será executada perante o juiz da execução penal** e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição."*

Assim, nos termos do artigo 8º, II, da Lei nº 6.830/80, que trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, aplicável no presente caso nos termos do artigo 51 do Código Penal, a citação postal pode ser realizada com a entrega da carta no endereço informado nos autos parte executada, não se exigindo recebimento pessoal.

Ora, o dispositivo expressamente dispõe que:

> *"Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:*
>
> *I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;*
>
> *II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal"*

Vale ressaltar que a carta foi recebida sem qualquer interferência, sendo entregue no endereço indicado nos autos e assinado por pessoa de sua família,

Acesso ao Sumário

não havendo se falar em desconhecimento da execução.

Desta feita, a intimação atingiu sua finalidade, garantindo ao sentenciado ciência da execução ajuizada, com a possibilidade de oferecimento de defesa, se o desejasse, observada no mais a nomeação da Defensoria Pública.

Assim, não havendo qualquer prejuízo, não há que se falar em nulidade do ato.

Nesse sentido o entendimento deste e. Tribunal de Justiça: Agravo de Execução Penal nº 0016528-87.2021.8.26.0224, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Diniz Fernando, j. em 28/12/2021; Agravo de Execução Penal nº 0015664-49.2021.8.26.0224, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Cláudia Fonseca Fanucchi, j. em 25/11/2021; Agravo de Execução Penal nº 0013483-75.2021.8.26.0224, 11ª Câmara Criminal, Rel. Des. Tetsuzo Namba, j. em 10/12/2021.

Portanto, inexistindo qualquer ilegalidade no ato do MM. Juiz de 1º grau, a decisão de 1º grau deve ser mantida nos seus exatos termos.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0016780-90.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante JOHNNY PEREIRA DE SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso interposto por Johnny Pereira de Souza para o fim de se anular a citação por carta do agravante, determinando-se seja ela procedida segundo os artigos 351 e seguintes do Código de Processo Penal, conforme o caso, V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.434)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e PAULO ROSSI.

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo em execução. Multa penal. Execução civil. Citação inicial. Cuidando-se de ato solene de comunicação processual penal, a citação inicial do devedor para a ação de execução civil da pena de multa,

ajuizada pelo Ministério Público perante o Juízo da execução penal e determinada no caput do artigo 164 da Lei 7.210/1984, deve seguir o procedimento específico e do devido processo penal estatuído nos artigos 351 e seguintes do Código de Processo Penal, não podendo ser substituída pela citação por carta, posto modo simples abreviado, que se aplica com maior informalidade às ações genéricas de execução fiscal, sob o argumento simplório que assim autoriza o artigo 51 do Código Penal. É que, no âmbito do processo penal, a citação é sim tema diretamente referente à ampla defesa e aos direitos individuais (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 609; BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 249) e, ainda mais particularmente, ao devido processo legal, ambientando-se, por consequência, ao abrigo imediato das mais estritas e rígidas garantias constitucionais.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto por Johnny Pereira de Souza em face da decisão de primeiro grau que rejeitou exceção de pré-executividade interposta pelo agravante.

Reclama o agravante, em suma, a reforma da decisão, declarando-se nula a ação de execução de pena de multa em razão da citação por carta do executado. Sucessivamente, pede a nulidade do feito por ilegitimidade do Ministério Público do Estado de São Paulo para interpor a ação de execução, ou pela inexigibilidade do título executivo.

Devidamente recebido e processado o recurso, manifestou- se a parte recorrida por seu não provimento, sendo mantida a decisão. Já no âmbito deste Tribunal de Justiça, em parecer subsequente, a Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

Dá-se provimento ao recurso interposto.

A execução da pena de multa, segundo a legislação vigente, é realizada perante a Vara das Execuções Penais. Trata-se, portanto, de processo de natureza penal, com consequências penais importantes para o devedor. Aplica-se a esse procedimento, portanto, a norma dos artigos 351 e seguintes do Código de Processo Penal, exigindo-se, portanto, a citação pessoal do executado para

Acesso ao Sumário

regular prosseguimento do feito.

Cuidando-se de ato solene de comunicação processual penal, a citação inicial do devedor para a ação de execução civil da pena de multa, ajuizada pelo Ministério Público perante o Juízo da execução penal e determinada no *caput* do artigo 164 da Lei 7.210/1984, deve seguir o procedimento específico e do devido processo penal estatuído nos artigos 351 e seguintes do Código de Processo Penal, não podendo ser substituída pela citação por carta, posto modo simples abreviado, que se aplica com maior informalidade às ações genéricas de execução fiscal, sob o argumento simplório que assim autoriza o artigo 51 do Código Penal. É que, no âmbito do processo penal, a citação é sim tema diretamente referente à ampla defesa e aos direitos individuais (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 609; BADARÓ, Gustavo. Processo penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 249) e, ainda mais particularmente, àquela do devido processo legal, ambientando-se, por consequência, ao abrigo imediato das mais estritas e rígidas garantias constitucionais.

Veja-se que, com a alteração legislativa que deu às Varas das Execuções Penais a competência prioritária para tais execuções, deve-se aplicar, em sua integralidade, a legislação processual penal. Nula, portanto, a citação do executado por carta, fazendo-se necessária a citação segundo as fórmulas e solenidades do processo penal que, nesse particular, não têm como ser abreviadas sequer à luz das regras da execução fiscal e por força do que dispõe o artigo 51 do Código Penal.

Por outro lado, já nos termos do artigo 164 da Lei 7.210/1984, fica também preservada a legitimidade do Ministério Público para promoção da execução civil da multa penal, perante o Juízo da execução penal, também não cabendo dizer inexigível o título, posto que não demonstrada de plano a insuficiência de recursos do executado para o respectivo pagamento.

Em face do exposto, **dá-se provimento** ao recurso interposto por Johnny Pereira de Souza para o fim de se **anular** a citação por carta do agravante, determinando-se seja ela procedida segundo os artigos 351 e seguintes do Código de Processo Penal, conforme o caso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0011353-92.2021.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado DANILO DONIZETI CARBONARI DE ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito

Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para cassar a decisão judicial, para que seja cumprida o restante da pena. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.105)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Ministério Público que postula a cassação da decisão judicial por meio da qual foi julgada extinta a punibilidade do sentenciado – Alegação de que a impossibilidade de cumprir as penas restritivas de direito em razão da pandemia não justifica a extinção da punibilidade – Pleito que comporta acolhimento – Decisão cassada – Agravo provido.

VOTO

Da decisão[1] proferida pela MMª Juíza de Primeiro Grau, nos autos da Execução nº 0023579-03.2019.8.26.0554, que julgou extinta as penas restritivas de direitos do sentenciado, então suspensas em razão das medidas sanitárias para combate da pandemia, recorreu o Ministério Público alegando não existir amparo legal para tal entendimento, razão pela qual postula a reforma da decisão, a fim de que "*se aguarde o término do período de restrição sanitária, para que o sentenciado cumpra a pena prevista no decreto condenatório ou que a pena de prestação de serviços à comunidade seja substituída por prestação pecuniária*".

Apresentadas contrarrazões[2].

Mantida a decisão agravada[3].

A Procuradoria se manifestou pelo provimento ao recurso ministerial[4].

É o relatório.

Danilo foi condenado por violação ao artigo 180, *caput*, do Código Penal, à pena de um ano de reclusão, em regime semiaberto, e 10 dias-multa, cuja privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos correspondente à prestação de serviço à comunidade pelo mesmo período, à razão de sete horas semanais[5].

1 Folhas 20
2 Folhas 27
3 Folhas 26
4 Folhas 37
5 Folhas 11

Acesso ao Sumário

De acordo com o documento[6] elaborado pela Central de Penas e Medidas Alternativas de Santo André, ele cumpriu 72 horas das 384 que estava obrigado por força do título penal condenatório, não prosseguindo no cumprimento em face das medidas sanitárias para combate do *coronavírus.*

A d. Magistrada de Primeiro Grau declarou então extinta a sua punibilidade, destacando que[7]:

> É certo que desde o início de cumprimento da pena, já transcorreu prazo superior à pena imposta no decreto condenatório e as medidas de restrição permanecem, não podendo o agente ser prejudicado com o prolongamento indefinido do processo.
>
> Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça editou as Orientações sobre Alternativas Penais no âmbito das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (Covid-19), em 27 de abril de 2020, assim dispondo: "No âmbito da execução penal, transação penal e condições impostas por suspensão condicional do processo e sursis: (I) Dispensar o comparecimento pessoal para o cumprimento de penas e medidas alternativas como a prestação de serviços à comunidade, o comparecimento em juízo etc. – durante o período da pandemia; (II) Computar o período de dispensa temporária do cumprimento de penas e medidas alternativas de cunho pessoal e presencial - como a prestação de serviços à comunidade, o comparecimento em juízo etc. – durante o período da pandemia, como período de efetivo cumprimento, considerando que a sua interrupção independe da vontade da pessoa em cumprimento, decorrendo diretamente de imposição determinada por autoridades sanitárias, além do que a manutenção prolongada de pendências jurídico-penais tem um efeito dessocializador, em particular quanto as oportunidades de trabalho e renda".
>
> Se a orientação é pelo cômputo do período de suspensão das atividades como pena efetivamente cumprida, incabível a substituição da prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária, como requereu o Ministério Público. Mesmo porque não há informação nos autos acerca da atual situação financeira do sentenciado, de modo que a medida poderia ensejar o descumprimento da pena e se revelar demasiadamente prejudicial ao sentenciado, que não deu causa à situação.
>
> (...)
>
> Por todo o exposto, considerando integralmente cumpridas, JULGO EXTINTAS a pena restritiva de direitos e a pena de multa impostas a Danilo Donizeti Carbonari de Almeida nos autos da ação penal de origem nº 1501932-72.2019.8.26.0554, da 1ª Vara Criminal local.

Tal decisão não pode prevalecer.

É certo que o artigo 5º, inciso V, da Recomendação nº 62 do CNJ, reco-

Acesso ao Sumário

6 Folhas 18
7 Folhas 20

mendou "*suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias*".

Aliás, este Egrégio Tribunal de Justiça, por meio do Comunicado CG nº 280/2020 (Processo nº 2020/39247), com base no Ofício nº 559 do Conselho Nacional de Justiça, também orientou os Juízos das Execuções Criminais do Estado a observar a suspensão temporária das penas alternativas a fim de evitar a aglomeração de pessoas, impedindo assim a proliferação do *coronavírus*.

Nada obstante, em momento algum houve liberação de qualquer sentenciado de cumprir fielmente o título penal condenatório imposto pelo Juízo do Conhecimento, não se podendo cogitar de "perdão" das horas restantes de prestação de serviços à comunidade em decorrência do momento pandêmico que assola a todos.

Esse é o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência desta Corte. Confira-se:

> *Agravo Em Execução Penal – Extinção da punibilidade – Insurgência ministerial – Pena restritiva de direitos – Não cumprimento da totalidade da carga horária imposta – Concessão pela autoridade judicial de horas fictas de prestação de serviços à comunidade – Agravo ministerial provido.* (TJSP; Agravo de Execução Penal 0010349-40.2021.8.26.0224; Relator: Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 25/11/2021; Data de Registro: 25/11/2021).
>
> *Agravo em Execução Penal – Pretensão de extinção da punibilidade do sentenciado pela impossibilidade de continuidade do cumprimento da prestação de serviços à comunidade em face da pandemia da COVID-19 – Inadmissibilidade – Cumprimento de pena que ficou apenas suspenso como medida preventiva à propagação do vírus – Inteligência do artigo 5º, inciso V, da Recomendação nº 62 do CNJ – Recurso desprovido.* (TJSP; Agravo de Execução Penal 0003012-41.2021.8.26.0566; Relator: Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Carlos - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/09/2021; Data de Registro: 30/09/2021).
>
> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Cômputo do período de dispensa do cumprimento da prestação de serviços à comunidade durante a pandemia do coronavírus como pena cumprida. Impossibilidade. Ausência de previsão legal Inviável a aplicação analógica do artigo 129, § 4º, da LEP, que diz respeito a institutos distintos (remição ficta por trabalho ou estudo) Orientações sobre Alternativas Penais no âmbito das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (Covid-19) do CNJ. Documento de natureza administrativa e não jurisdicional Agravo provido*. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0012891-31.2021.8.26.0224;

Acesso ao Sumário

Relator: Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 18/08/2021; Data de Registro: 18/08/2021).

Assim, impõe-se a reforma da decisão ora impugnada, a fim de que o sentenciado seja intimado a prosseguir no cumprimento do remanescente de sua prestação se serviço à comunidade, nos termos requeridos pelo Ministério Público.

Assim, **DOU PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público para cassar a decisão judicial, para que seja cumprida o restante da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000946-06.2021.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MAURÍCIO DA SILVA RODRIGUES PRESTES.

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 ajuizado em desfavor de Maurício da Silva Rodrigues Prestes para cassar a decisão monocrática de fls. 25/27, ficando aqui recebida a inicial ofertada pelo Ministério Público, devendo o MMº Juiz promover a regular tramitação da presente ação de execução penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.041)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), MAURICIO VALALA e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 25 de janeiro de 2022.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PLEITO MINISTERIAL DE CASSAÇÃO DA R. SENTENÇA QUE INDEFERIU PETIÇÃO INICIAL PARA COBRANÇA DA PENA DE MULTA IMPOSTA AO AGRAVADO, COM O REGULAR PROCESSAMENTO DA AÇÃO.

CASO EM QUE, NA SENTENÇA, FOI INDEFERIDA A INICIAL DO *PARQUET*.

SITUAÇÃO NA QUAL A SENTENÇA VIOLOU A LEGISLAÇÃO ATINENTE AO TEMA, E O PRIN-

CÍPIO DA INDERROGABILIDADE DA PENA DE MULTA.

ÉDITO QUE HÁ QUE SER CASSADO, FICANDO AQUI RECEBIDA A INICIAL MINISTERIAL, DEVENDO O MMº JUIZ PROMOVER A REGULAR TRAMITAÇÃO DA AÇÃO.

Recurso provido.

VOTO

1 – Trata-se agravo de execução penal ajuizado pelo Ministério Público em desfavor de Maurício da Silva Rodrigues Prestes, contra a decisão do MMº Juiz de Direito da Vara das Execuções da Comarca de Sorocaba, que indeferiu petição inicial ajuizada para cobrança de pena de multa imposta ao agravado, já que o débito a ser executado é inferior a 1.200 UFESPs (fls. 25/27).

Aduz o doutor Promotor de Justiça que há que ser cassada a decisão que indeferiu a inicial pelo *Parquet* ajuizada, determinando-se o seu recebimento, com regular processamento. Assevera que pela própria natureza da dívida, a ela não se aplica o disposto na Lei Estadual nº 14.272/2010, que impõe limites mínimos para propositura de ação de cobrança de débitos fiscais, tampouco a Resolução da PGE nº 21/2017, por se mostrar inadmissível que o Estado renuncie a título condenatório que ele próprio criou. Acrescenta que, não havendo exclusão do caráter penal da pena de multa, seu pagamento é *conditio sine qua non* para cumprimento integral da mesma, e para a extinção do processo de execução penal, aplicando-se ao caso o quanto disposto na ADI 3150 e pela Lei nº 13.964/2019, que alterou a redação do artigo 51, do Código Penal, a qual se encontra em pleno vigor. Conclui postulando o provimento do recurso para que seja cassada a decisão monocrática, determinando-se que sejam adotadas as medidas requeridas na petição inicial (fls. 02/13).

O doutor Defensor ofertou contraminuta, pretendendo seja negado provimento ao recurso ministerial, com a manutenção da decisão atacada (fls. 17/20).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Lysâneas Santos Maciel, se pronunciou pelo provimento do agravo, nos termos propostos pelo *Parquet* (fls. 35/39).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso concreto, há que se acolher o pleito ministerial integralmente, vez que, embora do respeitável entendimento lançado na decisão atacada, essa não pode prosperar.

É certo que, como aduzido na minuta recursal com referência a entendimento estabelecido no Pretório Excelso, a pena de multa se mostra fundamental na repressão aos delitos de criminalidade econômica, e ainda para

Acesso ao Sumário

prevenção da sua incidência.

Ocorre que esse instituto, dos mais antigos no ordenamento brasileiro, desde o período colonial, não se mostra de capital importância apenas nesse tema restrito de Direito Penal, havendo que encontrar efetividade, também, em crimes de outras naturezas, ainda que de menor gravidade, e inclusive de incidência muito maior, sendo certo que o fato do condenado de menor capacidade econômica receber pena pecuniária fixada em valores baixos, em regra estabelecida no piso mínimo legal, não significa, de forma automática, que se encontre em situação de vulnerabilidade, daí porque tal modalidade de reprimenda há que ser dele também exigida. Demais, a maioria maciça dos ilícitos do cotidiano forense encontram-se exatamente dentro desse patamar, sem que, muitas vezes, seja o condenado pessoa inserida em situação de pobreza, a ponto de dever ser dispensado de plano da paga da reprimenda pecuniária, sob pena, inclusive, de desprestígio para o sistema penal brasileiro.

Demais, não há que se fundir conceitos atinentes a cobrança de pena de natureza criminal, com quantia decorrente de dívida fiscal, administrativa, ou tributária, conforme Resolução PGE-21, da Procuradoria Geral do Estado, para essas incluído o limite de 1.200 (um mil e duzentas) UFESP's, acrescentando-se que, embora essa Resolução também inclua, dentro desse limite, no seu inciso XIV, multas impostas em processos criminais, não há constitui norma de vigência interna da Procuradoria Geral do Estado, que portanto não está englobada na nova redação do artigo 51, do Código Penal, dada pela Lei nº 13.964/2019, ao se reportar às "normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública".

Já no que tange à Lei estadual nº 14.272/2010, no seu artigo 2º, que estabelece os critérios para ajuizamento, ou desistência, de ações "exclusivamente em resolução do Procurador Geral do Estado, até o limite por débito indicado no 'caput' do artigo 1º desta lei", de se observar que o Direito Penal é regido por leis federais, não tendo o Estado competência para atuar em matéria criminal, o que demonstra, portanto, que o inciso XIV, da Resolução suprarreferida, não rege a atuação do Ministério Público na cobrança de penas pecuniárias na forma estabelecida na novel redação do artigo 51, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Sobre a definição de resolução, preleciona o insuperável Ely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro: - "**Resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica**" (op. cit., 39ª edição, Malheiros Editores, p. 193, São Paulo, 2013).

Acrescente-se que a multa sempre manteve sua natureza de pena, nos moldes do artigo 5º, XLVI, "c", da Carta Magna, e conforme o artigo 32, III, do

Estatuto Repressivo, sendo necessário, para o reconhecimento da extinção da punibilidade do condenado, que tal seja antecedida pelo seu pagamento.

E como todas as demais penas, é regida pelo princípio da inderrogabilidade, decorrente do qual não cabe ao Magistrado deixar de aplicar a pena de multa, à exceção dos casos previstos em lei.

Nesse sentido prelecionam Maurício Schaun Jalil e Vicente Greco Filho, em sua obra Código Penal Comentado – Doutrina e Jurisprudência; - "**Princípio da inderrogabilidade - fundamenta-se no poder-dever de punir estatal, segundo o qual a persecução criminal deverá ser iniciada toda vez que for transgredido o preceito primário da norma penal sancionatória. Portanto, afasta do magistrado a discricionariedade acerca da aplicação ou não da pena, cuja obrigação jurisdicional não está afeta às liberalidades baseadas em arbítrios pessoais, salvo raras exceções autorizadas pelo próprio ordenamento jurídico penal, como exemplo o homicídio culposo, em que o juiz poderá, com base nas circunstâncias e consequências do caso concreto deixar de aplicar a pena (art. 121, § 5º, do CP), caracterizando o instituto do *perdão judicial***" (op. cit, Ed. Manole Ltda., p. 145, Barueri, 2016).

No mesmo diapasão a lição de André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, no seu Direito Penal Esquematizado - Parte Geral: - "**Da inderrogabilidade. O juiz não pode deixar de aplicar a pena ao réu considerado culpado, bem como de determinar seu cumprimento, salvo exceções expressamente previstas em lei, como por exemplo, do perdão judicial em crimes como homicídio culposo, lesão corporal culposa, receptação culposa etc**" (op. cit., 7ª edição, 2º tiragem, Saraiva, p. 495, São Paulo, 2018).

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150/DF, reconheceu que a pena pecuniária tem natureza penal, o que reforça a convicção quanto a impossibilidade de ser dispensada sua cobrança pelo Magistrado.

E o Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem decidido quanto a não poder ser extinto o processo de execução penal enquanto a pena pecuniária não for paga.

Nesse diapasão: - "**EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE MULTA. PENDÊNCIA DO PAGAMENTO DA PENA PECUNIÁRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Com o advento da Lei 9.268/96, que alterou o art. 51 do Código Penal, a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor, cuja cobrança compete à Fazenda Pública, nos moldes da Lei de Execução Fiscal. 2. A simples conversão da multa em dívida de valor, contudo, não lhe retira o caráter penal, atribuído pela própria Constituição Federal,**

Acesso ao Sumário

no art. 5º, XLVI, c. Precedentes. 3. Subsiste, assim, a regra de que a extinção do processo de execução criminal apenas pode ocorrer se cumprida a pena imposta na sentença, a qual, no caso, compreende não só a privativa de liberdade, mas também a de multa, a menos que sobrevenha alguma das causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal. Precedentes. 4. Esse entendimento não implica manter o processo de execução penal indefinidamente em aberto, aguardando a cobrança judicial da multa pela Fazenda Pública. Isso porque nada impede que o apenado cumpra, por sua própria iniciativa, a pena pecuniária que lhe foi imposta na sentença condenatória, obtendo, assim, a extinção do processo executivo criminal pelo cumprimento efetivo e integral da reprimenda. 5. Recurso especial provido" (REsp 843296/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

E nem poderia ser diferente, uma vez que a indevida declaração da extinção da pena de multa inviabiliza a aplicação da nova redação do artigo 51, do Estatuto Repressivo, por parte do *Parquet*.

Em sua novíssima obra Comentários ao Pacote Anticrime, Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio, ressaltam que **"(...), com a redação atual do art. 51 dada pela Lei 13.964/2019, o responsável pela execução da dívida resultante da pena de multa não mais será a Fazenda Pública, mas sim o Ministério Público, que deverá realizar a execução perante o juízo da execução criminal.**

Portanto, houve uma alteração significativa não só com relação à instituição responsável por promover a execução da dívida resultante da pena de multa (...), como também se alterou o juízo competente para processar e julgar essa ação de execução (antes, a Vara da Fazenda Pública; agora, a própria Vara das Execuções Penais).

Portanto, se o condenado não pagar voluntariamente a pena de multa, esta jamais poderá ser convertida em prisão, restando ao Estado apenas executar a sentença condenatória por meio de ação de execução promovida pelo Ministério Público na Vara das Execuções Penais, e esse processo de execução seguirá as regras definidas pela lei de Execução Fiscal e pelo Código Tributário Nacional, nos termos do art. 51 do Código Penal". (op. cit., Editora Atlas Ltda., p. 13/14, São Paulo, 2020).

Em assim sendo, não há como prosperar a sentença prolatada.

Isto posto, dá-se provimento ao agravo ajuizado em desfavor de Maurício da Silva Rodrigues Prestes para cassar a decisão monocrática de fls. 25/27, ficando aqui recebida a inicial ofertada pelo Ministério Público, devendo o MMº Juiz promover a regular tramitação da presente ação de execução penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0019228-03.2021.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EVANGELINA SALAZAR RODRIGUEZ, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao agravo em execução para que o cálculo seja retificado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.737)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2022.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – INDEFERIMENTO DA RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE PENA – TRÁFICO PRIVILEGIADO E TRÁFICO COMUM – ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI Nº 13.964/2019 – PACOTE ANTICRIME – REVENDO POSICIONAMENTO ANTERIOR, QUE MANTINHA OS CRITÉRIOS MAIS RIGOROSOS, PASSA-SE A ADOTAR A TESE Nº 1084, FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGORA CONFIRMADA TAMBÉM PELO STF – AGRAVO PROVIDO PARA QUE O CÁLCULO SEJA RETIFICADO.

VOTO

Trata-se de Agravo em Execução interposto por EVANGELINA SALAZAR RODRIGUEZ, contra decisão do r. Juízo da DEECRIM UR1 da comarca de SÃO PAULO, *da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Débora de Oliveira Ribeiro*, nos autos da Execução nº 0002718-12.2021.8.26.0041, que indeferiu pedido de retificação do cálculo de pena, feito com base na Lei nº 13.964/2019, pois, conforme o título executivo, trata-se de reincidência específica (fls. 20).

A agravante incorreu nos artigos 33, § 4º c.c. o art. 40, *caput*, inciso I e art. 33, *caput* c.c. o art. 40, *caput*, inciso V, todos da Lei nº 11.343/2006, tendo a r. sentença reconhecido sua reincidência específica.

Acesso ao Sumário

Alega que não é reincidente específica em "crime hediondo" e, por isso, a progressão deve se dar com 40% (quarenta por cento) da pena (fls. 01/05).

Apresentada a contraminuta (fls. 25/27), a r. decisão foi mantida por despacho de fls. 29, manifestando-se o douto Procurador de Justiça Dr. Camilo Pileggi pelo desprovimento do agravo em execução (fls. 36/80).

É o relatório.

A agravante descontava pena total de 11 (onze) anos, 08 (oito) meses e 28 (vinte e oito) dias, com TCP previsto para 29.09.2031 (fls. 13).

Teve seu pedido de retificação do cálculo de penas indeferido, pois no título penal condenatório consta a "reincidência específica".

Não pode prevalecer, *data maxima venia*.

Como já apontou o ilustre representante da Justiça Pública, em primeiro grau, embora a agravante seja "reincidente específica", pois incidiu por duas vezes no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não incidiu em dois crimes "hediondos", pois esse atributo mais gravoso foi retirado da condenação que sofreu pelo artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento recentemente firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: "*o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda*" (HC n.º 118.533/MS, julgado em 23.6.2016).

Reiteradas vezes, reformando decisões dos ilustres e valorosos Magistrados das Varas das Execuções Penais, esta Câmara de Direito Criminal mantinha o espírito da legislação anterior à edição da Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime, que previa tratamento mais rigoroso aos condenados por crimes hediondos ou equiparados e que fossem reincidentes, como no caso em apreço.

O objetivo era dar efetividade aos princípios constitucionais da individualização das penas (na fase executória), proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se que sentenciados primários e reincidentes tivessem o mesmo tratamento, durante a expiação.

Acesso ao Sumário

No entanto, diante da unificação da jurisprudência nas duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, intérprete maior da legislação federal, adota-se o novo posicionamento, mantendo-se a decisão de primeiro grau, que permite a progressão de sentenciado reincidente, observando-se o percentual de tão somente 40% (quarenta por cento) da pena, não obstante reincidente e uma das condenações seja por crime equiparado aos crimes hediondos.

Fixou-se a Tese nº 1084, com o seguinte entendimento: "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" (Recursos Especiais nº 1.910.240/MG e 1.918.338/MT, ambos julgados em 31

de maio de 2021).

A questão também já foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do ARE 1327963/SP, reconheceu a existência de repercussão geral e, no mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido apenas o eminente Ministro LUIZ FUX.

A tese fixada no julgamento foi a seguinte (Tema 1.169): "*Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (artigo 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no artigo 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inciso VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a 'analogia in bonam partem', para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico*." (Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 17.09.2021).

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao agravo em execução para que o cálculo seja retificado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003563-93.2021.8.26.0154, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado RENATO DE JESUS OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.923)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BUENO DE CAMARGO e POÇAS LEITÃO (Presidente, em exercício).

São Paulo, 25 de janeiro de 2022.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Progressão de regime independente do pagamento de multa – Artigo 51 do Código Penal – Nova interpretação do Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 3.150 – Progressão de regime não se confunde com extinção da punibilidade – Exegese do Artigo 114 da Lei de Execução

Acesso ao Sumário

Penal – Pagamento de multa não configura requisito para a progressão de regime – Agravo ministerial não provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. decisão de fls. 20/23 que, nos autos do Processo Digital nº 0004928-22.2020.8.26.0154, deferiu o pedido de progressão ao regime aberto ao sentenciado Renato de Jesus Oliveira, independente do pagamento da multa.

Irresignado, recorre o órgão ministerial sustentando que o pagamento da multa é um dos requisitos para progressão de regime prisional (fls. 04/14).

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento da contraminuta de fls. 29/33, mantida a r. decisão impugnada no juízo de retratação (fl. 34), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso ministerial (fls. 41/51).

É o relatório.

O recurso interposto não merece provimento.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 3.150 declarou que, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Magma, a multa, ao lado da pena privativa de liberdade e de outras restrições perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, é espécie de reprimenda aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo sua natureza de sanção penal.

Entendeu, ainda, que não pode o legislador ordinário transmudar a natureza da referida sanção por meio de alteração legislativa infraconstitucional. Portanto, a modificação realizada no artigo 51 do Código Penal em 1996 não retirou a natureza de sanção criminal, permanecendo intacta para todos os efeitos penais relacionados à execução da pena.

A propósito:

"*Execução penal. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Pena de multa. Legitimidade prioritária do Ministério Público. Necessidade de interpretação conforme. Procedência parcial do pedido. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta*

Acesso ao Sumário

de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão "aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". (ADI 3150, Min. Rel. Marco Aurélio e Min. Redator Roberto Barroso, j. em 13.12.2018)

A Quinta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o julgamento da ADI 3.150 tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário, reafirmou a jurisprudência segundo a qual não se pode declarar a extinção da punibilidade, mesmo que cumprida a pena privativa de liberdade, se não foi paga a multa, a saber:

"*QUESTÃO DE ORDEM. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ADI n. 3.150/DF. MULTA. NATUREZA DE SANÇÃO PENAL. 2. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO VINCULANTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NECESSÁRIO O PAGAMENTO DA MULTA. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo ela sua natureza de sanção penal. 2. Dessarte, as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento*". (AgRg no REsp 1.850.903/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 30/04/2020).

Nota-se, portanto, que o REsp nº 1.519.777/SP (Tema 931 do STJ), restou superado após o julgamento da ADI nº 3.150, tanto é verdade que o próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes, como o acima transcrito, entendeu ser impossível a declaração de extinção da punibilidade sem a ocorrência do adimplemento da pena de multa.

Este entendimento tem sido perfilado, também, por este Egrégio Tribunal de Justiça:

"*Agravo em Execução Penal. Provimento do recurso ministerial. 2-) Pleito para condicionar a extinção da punibilidade ao adimplemento da pena de multa. 3-) Consoante ao art. 51 do Código Penal, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor. Todavia, seu inadimplemento obsta a declaração da extinção*

Acesso ao Sumário

da punibilidade do sentenciado. Precedentes do STF e STJ. 4-) Decisão de primeiro grau reformada para constar extinta, tão somente, a pena privativa de liberdade". (Agravo de Execução Penal nº 0010058-41.2020.8.26.0041, Rel. Des. Tetsuzo Namba, 11ª Câmara de Direito Criminal, j. em 14/08/2020).

"*AGRAVO DE EXECUÇÃO Pena de multa Inadimplemento Extinção da punibilidade Descabimento Pecuniária que, embora represente "dívida de valor", não perdeu a natureza penal e autônoma contemplada pela Constituição Federal Recente decisão do Supremo Tribunal Federal tornando superada a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de repercussão geral Decisão mantida. AGRAVO DESPROVIDO." (Agravo de Execução Penal nº 0001450-82.2020.8.26.0161, Rel. Des. Marcos Correa, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. em 14/08/2020) "Execução penal Não pagamento da pena de multa Obrigação de natureza penal Entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal Extinção da punibilidade Não cabimento Precedente recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça contrariando orientação fixada pela própria Corte em sede de recurso repetitivo, buscando se alinhar ao Pretório Excelso Art. 482, § 3º, da NCGJ que não configura óbice a adoção do posicionamento Decisão mantida Recurso improvido." (Agravo de Execução Penal nº 9002998-65.2019.8.26.0050, Rel. Des. Alexandre Almeida, 11ª Câmara de Direito Criminal, j. em 11/08/2020) "Agravo em Execução. Pedido de reforma de decisão que não reconheceu a extinção da punibilidade, ante a ausência de pagamento de pena de multa. Impossibilidade. Embora considerada dívida de valor, a multa não perde seu caráter de sanção penal. Competência exclusiva do Juízo Criminal para o reconhecimento de extinção da punibilidade, mediante a comprovação d efetivo pagamento. Entendimento firmado pelo Pleno do STF que, em recente decisão no julgamento da ADI 3150, ainda reconheceu a possibilidade da execução da pena de multa pelo Ministério Público. Improvido*". (Agravo de Execução Penal nº 9004209-73.2018.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. em 05/08/2020).

Não obstante, a extinção da punibilidade em decorrência ou não do pagamento da multa, **não se confunde** com a progressão de regime.

Como salientado no parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça: "*não há nenhuma norma no direito positivo que traga como requisito para a progressão ao regime aberto o pagamento da pena de multa, que poderá ser posteriormente executada, ficando a extinção da punibilidade do agente condicionada a seu pagamento ou à ocorrência de outra causa que a extinga*".

Os requisitos para a progressão ao regime aberto estão dispostos no artigo 114 da Lei de Execução Penal, quais sejam: "*estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá*

ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime".

Por conseguinte, como o pagamento da pena de multa não é um dos requisitos para a progressão ao regime aberto, afigura-se irreprochável a decisão ora vergastada.

Assim sendo, nega-se provimento ao agravo ministerial, mantendo-se, nos termos em que proferida, a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501235-44.2020.8.26.0545, da Comarca de Atibaia, em que é apelante WELLINGTON DOS SANTOS FONTES, 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 maioria, deram provimento ao recurso para absolver Wellington dos Santos Fontes com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Vencido o Desembargador Paulo Rossi, que negava provimento ao recurso", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.740)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI e PAULO ROSSI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Furto simples tentado – Princípio da insignificância penal – Aplicabilidade – Valor reduzido da "res" e escassa repercussão do fato – Reincidência e maus antecedentes não obstam a incidência do princípio – Absolvição.

Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Wellington dos Santos Fontes foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia a 06 (seis) meses de reclusão, em

regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 05 (cinco) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso no art. 155, "caput", c.c. o art. 14, II, do Código Penal.

Inconformado, busca a absolvição, sustentando atipicidade da conduta por insignificância penal. Subsidiariamente, postula a redução das penas pela atenuante da confissão, a fixação do regime aberto e a substituição da corporal por restritiva de direitos.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 183/188), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Consta da denúncia que, em 04 de novembro de 2020, o apelante ingressou no estabelecimento comercial denominado "WW Watanabe Comércio de Alimentos" e de lá tentou subtrair peça de picanha avaliada em R$ 104,99 (cento e quatro reais e noventa e nove centavos fls. 06/10). O acusado ocultou a mercadoria sob as vestes e passou pelos caixas sem efetuar o pagamento devido. Visualizada a ação por segurança, o réu foi perseguido e detido no estacionamento da loja. Informalmente, Wellington admitiu o furto ao funcionário.

Ante a escassa repercussão do fato, indicando que exagerada e desproporcional a resposta penal cominada, de rigor reconhecer a atipicidade material da conduta. Veja-se que, apreendida e restituída a "res", o estabelecimento vítima não experimentou qualquer prejuízo (fls. 09/10).

A descriminalização de condutas pode ser realizada por ato legislativo ou interpretativo do juiz.

Como em nosso sistema o juiz não dispõe de grande mobilidade e o Ministério Público, salvo recentes exceções, está submetido à regra da obrigatoriedade da ação penal, pode parecer problemática a descriminalização pela via interpretativa.

No entanto, a moderna dogmática penal fornece diversas técnicas para que se possa alcançar tal objetivo, sem que se abra mão da segurança jurídica do sistema. Exemplos são os princípios da adequação social e da insignificância.

Acesso ao Sumário

Para evitar qualquer situação de insegurança jurídica, provocada por decisões carentes de critérios sistemáticos ou científicos, é preciso deixar que as proposições valorativas político-criminais, como é o caso da necessidade de descriminalização de algumas condutas, passem a penetrar nas categorias sistemáticas do Direito Penal, superando-se, assim, as discrepâncias existentes entre a experiência e certos postulados da dogmática, compatibilizando-se a prática com a teoria. É imprescindível, portanto, que se confira específico significado político-criminal a cada uma das categorias sistemáticas da teoria do delito.

Não se trata apenas de ter em conta pontos de vista político-criminais na aplicação da lei, como costumeiramente se vê na jurisprudência brasileira (as

conhecidas absolvições em nome da "boa política criminal"). É preciso ir mais longe, conciliando a política criminal com a segurança jurídica que proporciona a claridade do sistema, evitando-se a arbitrariedade.

Para tanto, os elementos do delito, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, devem ser analisados, desde o início, sob o prisma de sua função político-criminal.

À tipicidade, assim, deve ser conferido o significado político-criminal de expressão do princípio constitucional da legalidade. Por esse motivo, não se deve admitir a interpretação extensiva dos tipos penais com o intuito de garantir uma proteção sem lacunas dos bens jurídicos.

Diante da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, decorrentes do próprio princípio da legalidade, o correto é justamente o oposto, ou seja, a interpretação restritiva dos tipos penais.

Como critérios auxiliares dessa interpretação restritiva é que devem ser entendidos os princípios da adequação social, idealizado por Hans Welzel, e da insignificância, devido a Claus Roxin, ambos integrantes da moderna concepção de tipicidade material.

De fato, o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos e socialmente reprovável.

O Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando com bagatelas. A adoção do princípio da insignificância, por conseguinte, é o caminho sistematicamente correto e com base constitucional para a descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atinjam de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

O princípio atua, portanto, como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político criminal de expressão da regra constitucional da legalidade, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, como sustentado em nossa obra "O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal" (Saraiva, 1994).

Feitas tais considerações, verifica-se a possibilidade de, sem qualquer ofensa ao sistema, afirmar-se a atipicidade material, por sua insignificância, de condutas como a versada nestes autos, que, não obstante formalmente típicas, não merecem, em razão do desvalor do resultado, a atenção do Direito Penal.

Oportuno frisar que, afastada a própria tipicidade da conduta, pouco importa eventual má antecedência ou reincidência, destacadas pelo Procurador oficiante como óbices ao reconhecimento da bagatela (fl. 210).

Na medida em que não houve delito, não há que se analisar circunstâncias

Acesso ao Sumário

relacionadas ao cálculo de penas (art. 61 do CP). Afinal, a má antecedência, a recidiva ou qualquer fator não referente à tipicidade não terão o condão de transmutar comportamento atípico em típico.

Tal qual outras dirimentes, o princípio da bagatela descaracteriza a infração penal. Assim, almejar a condenação por delito insignificante apenas em razão de maus antecedentes ou de recidiva é o mesmo que opinar pela inculpação de agente que comprovadamente atuou em legítima defesa apenas por ser reincidente ou ostentar má antecedência.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver Wellington dos Santos Fontes com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005157-52.2015.8.26.0543, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante WELLINGTON LUIZ GUEDES DA SILVA MESSIAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para fixar ao réu WELLINGTON LUIZ GUEDES DA SILVA MESSIAS a pena de suspensão da habilitação pelo prazo de dois meses, mantendo-se, no mais, a r. sentença impugnada, por seus próprios fundamentos. Comunique-se ao Juízo das Execuções. V.U, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.874)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Homicídio culposo na condução de veículo automotor – Art. 302, Lei nº 9.503/97. Absolvição. Impossibilidade – Conjunto probatório robusto. Necessária a condenação do recorrente pelo delito, pois encontra-se baseada nos insuspeitos relatos das testemunhas. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Réu que admitiu a prática criminosa. Caracterizada a imprudência do Apelante que fez

Acesso ao Sumário

uso do aparelho celular no momento em que estava conduzindo o veículo (imprudência e negligência) e, ainda, ao se assustar pisou no pedal de aceleração por engano (imperícia). Reconhecimento de Superveniência de causa independente – Incabível. O fato de ser madrugada não exclui o dever de atenção e cuidado na condução de veículo. Pena e regime mantidos. Incabível a alteração da substituição. Alterada pena de suspensão da CNH. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença proferida em 29 de junho de 2021 (fls. 233/241) pela 2ª Vara da comarca de Santa Isabel/SP, acrescenta-se que o apelante WELLINGTON LUIZ GUEDES DA SILVA MESSIAS restou condenado ao cumprimento de dois anos de detenção, em regime inicial aberto, sendo a pena corporal substituída por penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da condenação e no pagamento de prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo destinado aos dependentes da vítima; bem como a suspensão da habilitação pelo período de três meses, por incurso no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Inconformada, apela a defesa buscando a absolvição do réu, alegando a atipicidade da conduta, ante a ausência de previsibilidade objetiva. Assim, requer a absolvição do acusado pelo delito a ele imputado com fundamento no §1º do artigo 13 do Código Penal e, de forma subsidiária, pleiteia pela alteração da pena substitutiva de prestação pecuniária que lhe foi fixada, bem como requer o afastamento de suspensão de sua habilitação para dirigir veículo automotor (fls. 250/256).

Devidamente contra-arrazoado o recurso (fls. 275/278), sustentando a r. sentença, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo integral improvimento do recurso (fls. 286/292).

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 02 de junho de 2015, por volta das 04h45min, na Avenida da República, s/n, Centro, cidade e Comarca de Santa Isabel, o réu praticou homicídio culposo na direção do veículo automotor, qual seja, VW/Fox, placas EMH 1280, contra a vítima Mário Suzuki, que faleceu em razão de lesões corporais causadas pelo atropelamento.

Segundo apurado, o recorrente conduzia, por ocasião dos fatos, o referido veículo pela via pública já mencionada, quando, de modo imprudente, olhou

Acesso ao Sumário

para o celular que tocava e, quando olhou de novo para a rua a vítima estava na frente do veículo. Ainda, quando viu o ofendido, assustou-se e, de forma imperita, acelerou o automóvel, ao invés de frear.

Em razão da colisão a vítima sofreu graves ferimentos que foram a causa direta e final de seu falecimento.

No mérito, a absolvição é inatendível, tendo em vista que as provas corroboram os fatos expostos na denúncia.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 04/06), pelo Laudo de Exame Necroscópico (fls. 15/17), pelo Laudo Pericial (fls. 109/121) e pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Também é certa a autoria do delito.

A testemunha José Henrique Rafael, ao ser ouvida em juízo, relatou que, quando do acontecido, prestava serviços para empresa Transcooper e veio a passar pelo local logo após o atropelamento, avistando agentes da prefeitura prestando socorro à vítima, sendo que estavam ali também o réu e dois policiais militares. Soube posteriormente que o ofendido veio a óbito e acredita que o réu estava acima da velocidade permitida, pois a vítima restou muito machucada. Gravou cenas do socorro e encaminhou aos familiares da vítima.

Ainda, o policial militar Reginaldo Beraldo Custódio, em juízo, disse que se recorda do atropelamento, mas não dos detalhes do fato.

Não há nenhuma razão para invalidar os mencionados depoimentos, feitos pelas testemunhas, pois não se observa no presente caso, qualquer intenção deliberada das mesmas, de prejudicarem o recorrente, pessoa que sequer conheciam. Dessa forma, deve prevalecer suas palavras, sendo aceitável para embasar a condenação.

Ao passo que o próprio réu admitiu a prática delitiva em ambas as oportunidades em que foi ouvido, afirmando que no momento dos fatos, conduzia seu veículo VW/Fox e, ao passar próximo à delegacia de polícia, seu celular tocou, distraindo-o; que, ao retomar a sua atenção à via, se deparou com a vítima em frente ao seu veículo; que assustou-se e pisou no pedal de aceleração por engano, mas freou logo em seguida; que houve a colisão e a vítima chocou-se contra o capô de seu veículo e foi arremessada ao solo; que conduzia seu veículo entre 30km/h e 40km/h; que imediatamente parou o seu veículo e ligou para a polícia militar, pois não se recordava do número da SAMU; que permaneceu a todo tempo no local; que mora em Santa Isabel e não conhecia a vítima; que soube que a vítima veio a óbito enquanto era atendida na UPA.

Acesso ao Sumário

Eis que, a confissão é a prova por excelência. É a *probatio probatissima*. Em princípio, é tudo de que se necessita para se ter por demonstrada a autoria de um delito, desde que seja verossímil, certa, clara, persistente e coincidente

com outros elementos.

É certo que a confissão, que não conflita com as demais provas produzidas e, desde que não demonstrada a sua eventual falsidade mediante prova idônea, cujo ônus passa a ser do confitente, é marco indelével da autoria, autorizando e servindo como sucedâneo para uma decisão condenatória.

Nesse sentido, "*a confissão judicial constitui elemento seguríssimo de convicção. Apenas especialíssima e incomum circunstância que lhe evidencia a insinceridade justifica sua recusa*" (RJDTACRIM 12/112), circunstância esta que não se apresenta no presente caso.

Verifica-se, portanto, que o ora acusado não logrou produzir qualquer contraprova suficiente para afastá-lo da condenação, pelo contrário, assumiu ter atropelado o ofendido em razão de suas atitudes imprudentes e imperitas.

Dessa forma a autoria é inconteste, pois comprovado e confirmado que o apelante conduzia veículo, e de maneira imprudente, provavelmente em alta velocidade, sem observar a devida cautela, utilizou seu aparelho celular enquanto dirigia e, ao surpreender-se com a presença da vítima, pisou erroneamente no acelerador e assim colidiu violentamente com a mesma.

Insta consignar, que age com culpa quem não prevê o previsível. No caso em tela, evidente que o réu agiu de forma imprudente, ao utilizar seu aparelho celular enquanto dirigia, bem como de maneira imperita ao acionar o acelerador do veículo ao invés do freio, atingindo brutalmente o ofendido que veio a falecer quase que imediatamente. Conforme restou apurado não só através dos testemunhos colhidos e da admissão do réu, como por laudo pericial devidamente juntado aos autos e já destacado.

Sendo clara, portanto, a conduta temerária do réu.

À vista disso, caracterizada a culpa em sentido estrito (imprudência e imperícia), força convir que o réu deu causa ao acidente e provocou a morte da vítima, devendo, portanto, ser responsabilizado criminalmente, revelando que a condenação era mesmo de rigor vez que, frise-se, tanto a imperícia e imprudência caracterizadoras do delito, como o nexo causal entre a conduta do apelante e o resultado (morte da vítima) emergem induvidosos do acervo probatório.

Sendo óbvio que o simples fato de se tratar de horário precoce (4h45min) em uma manhã de terça-feira não dava ao réu o direito de conduzir o veículo automotor sem observar as devidas cautelas, fazendo uso do aparelho celular, não se concentrando na direção do veículo. Ademais, é certo que diversos trabalhadores brasileiros saem de suas casas muito antes do nascer do sol como o próprio réu que afirmou já estar trabalhando quando do ocorrido.

Pontua-se, também que o fato de o réu ter permanecido no local do acidente e ter prestado assistência à vítima, em nada exclui sua culpabilidade, pelo

Acesso ao Sumário

contrário, é o mínimo que se espera da pessoa que deu causa ao acidente. Sendo que, caso tivesse deixado o local, o mesmo ainda responderia pela prática de outro delito (Art. 304, do CTB).

Claro, portanto, que não há que se falar em superveniência de causa independente e, mesmo se tratando de horário e local de pouca movimentação de pessoas, como bem pontuado na r. sentença, caso o réu tivesse conduzido seu veículo observando a prática da direção defensiva, tendo cautela na direção, não fazendo uso do aparelho celular, poderia ter evitado esta lamentável circunstância que ensejou na morte da vítima.

Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da *persecutio criminis*.

Com relação à fixação da pena corporal, agiu corretamente o M.M. juízo *a quo*, posto que a mesma foi fixada dentro dos limites legais, e se encontra devidamente motivada, individualizada e adequada à hipótese dos autos, não se cogitando de redução.

A pena-base aplicada ao réu foi estabelecida corretamente em seu patamar mínimo legal.

A sanção resulta, assim, em dois anos de detenção, pena que então se torna concreta, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

Sendo ao final concedido ao réu o benefício da substituição de pena, nos conformes do artigo 44, e seguintes do Código Penal, consistente em prestação de serviços comunitários e pagamento de prestação pecuniária aos herdeiros da vítima.

Ainda, no tocante ao pedido formulado pela defesa de afastamento de pena pecuniária estabelecida, o mesmo é igualmente inatendível. No caso em tela a pena privativa de liberdade, foi convertida para prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Acesso ao Sumário

A pena traz um ônus ao condenado, em decorrência da prática delitiva, cabendo ao apelante suportá-lo, não podendo se esquivar da aplicação da lei penal por razões de sua própria conveniência. Não cabe aos condenados escolher a quantidade ou forma de pena que mais lhes seja conveniente cumprir.

Anotando-se, ainda, que a eventual impossibilidade de pagamento deve ser apurada na fase de execução do julgamento, mais adequado para se aferir a real situação financeira do condenado.

Entretanto, no que diz respeito à pena de proibição de obtenção ou suspensão da habilitação para dirigir, a mesma deve ser revista.

Não há que se falar em não aplicação da referida pena, posto que se está diante de sanção cominada ao tipo penal de forma cumulativa à carcerária e, portanto, não pode ser diminuída ou afastada apenas por razões de conveniência do réu, devendo o mesmo arcar com as consequências de seus atos.

Contudo, a mesma deve ser proporcional a pena privativa de liberdade, seguindo os mesmos critérios de fixação da mesma.

O Código de Trânsito Brasileiro estabelece, em seu artigo 293, o patamar mínimo e máximo para a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor. Assim, deve-se partir do prazo mínimo disposto em lei, vez que a pena privativa de liberdade também restou fixada em seu patamar mínimo, portanto, dois meses. de suspensão de se obter a habilitação.

Por fim, permanece inalterado o regime inicial aberto no caso de não cumprimento da sanção substitutiva.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para fixar ao réu WELLINGTON LUIZ GUEDES DA SILVA MESSIAS a pena de suspensão da habilitação pelo prazo de dois meses, mantendo-se, no mais, a r. sentença impugnada, por seus próprios fundamentos.

Comunique-se ao Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500303-09.2020.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante THIAGO ALEXANDRE PUPO, 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 54.103)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Art. 147, "caput", do Código Penal – Impossibilidade de absolvição – Materialidade e autoria demonstradas – Prova – Declara-

Acesso ao Sumário

ções da vítima prestadas sob o crivo do contraditório – Credibilidade – Ausência de prova de que tivesse interesse em incriminar o réu.

Pena corretamente fixada.

Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 275/281, acrescenta- se que a ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar o réu THIAGO ALEXANDRE PUPO à pena de 1 mês e 10 dias de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao artigo 147, "caput", do Código Penal, cujo crime foi praticado em 26 de novembro de 2019. O réu foi absolvido da prática do mesmo delito, supostamente praticado no dia 25 de junho de 2019, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. A pena de detenção foi suspensa pelo prazo de 2 anos, mediante o cumprimento das condições estabelecidas no artigo 78, § 1º, do Código Penal (prestação de serviços à comunidade).

Inconformado, recorre o réu pleiteando a absolvição por ausência de dolo e porque há dúvidas nos autos acerca de sua imputabilidade, porquanto é usuário de drogas e estava sob abstinência, prejudicando a vontade livre e equilibrada de causar mal à vítima. Defende que, como foi absolvido pela prática de uma das imputações da inicial, fazia jus à suspensão condicional do processo. Caso não seja este o entendimento, requer a substituição da prestação de serviço por limitação de fim de semana, ou a substituição da pena de privativa de liberdade por multa (151/154).

Apresentadas contrarrazões (fls. 158/161), o recurso foi regularmente processado, e, nesta instância, manifestou-se o d. Representante da Justiça Pública pelo desprovimento (fls. 173/180).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A materialidade delitiva está comprovada pelo boletim e ocorrência (fls. 06/07) e auto de exibição e apreensão (fls. 09).

A autoria é certa.

O réu, em juízo, negou ter proferido ameaças contra a vítima. Confirmou a entrega de uma faca a ela, dentro de um envelope, após audiência de tentativa de conciliação no CEJUSC e alegou que apenas estava devolvendo tal objeto, pois ele tinha valor sentimental, já que era usado para "cortar queijo" quando estavam juntos (mídia E-Saj – fls. 132/135).

Contudo, suas escusas não encontram respaldo na prova acusatória, razão pela qual devem ser rechaçadas.

Acesso ao Sumário

A vítima Viviane Vicari Bottaro afirmou que havia pedido pensão alimentícia para o apelante, em favor da filha em comum, ocasião em que foram chamados ao CEJUSC. Após a audiência infrutífera, o recorrente lhe entregou um envelope com uma faca e foi embora, sem dizer nada. Disse que se sentiu ameaçada porque ele nunca havia feito nada parecido e já havia sofrido ameaças anteriormente. Quando se separaram, THIAGO não aceitava o fim do relacionamento. Indagada, disse que sabia que o réu era usuário de drogas. Questionada se a faca tinha algum valor sentimental, disse que não. Não se recordou da primeira ameaça (mídia E-Saj – fls. 132/135).

Desta feita, ao que se vê, o contexto no qual a faca foi entregue para a vítima, induvidosamente, denota o dolo na conduta do réu, mormente porque as partes estavam litigando acerca da pensão alimentícia do filho e a entrega do objeto ocorreu após a audiência de tentativa de conciliação, sem acordo.

De mais a mais, o réu nada disse no momento da entrega do instrumento, apresentando explicação pouco crível em juízo, para tal conduta. Além disso, a vítima negou que a faca em questão tivesse qualquer valor sentimental.

Logo, não há dúvidas de que o apelante ameaçou a vítima por meio de gestos, causando-lhe temor, tanto que ela registrou boletim de ocorrência em face do acusado.

Frise-se, outrossim, não ter restado comprovado nos autos que o réu não era capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Importante destacar que a mera condição de usuário de drogas não afasta a responsabilidade penal do acusado, tanto por ser o uso voluntário, quanto por não haver comprovação de que o uso abusivo de entorpecente lhe causava prejuízos psicológicos.

Desta feita, entendo que o réu ameaçou a ofendida, incorrendo, portanto, na conduta prevista no artigo 147, *caput*, do Código Penal.

Assim sendo, provadas autoria e a materialidade, a condenação era mesmo de rigor.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em 1 mês e 5 dias de detenção, considerando as circunstâncias em que praticado o delito, vez que o réu fez uso de uma faca para ameaçar a vítima.

Na segunda fase, reconhecida a agravante prevista no artigo 61, II, "f", do Código Penal, a pena foi majorada em 1/6, alcançando 1 mês e 10 dias de detenção.

Foi fixado o regime inicial aberto.

O réu não faz jus à substituição da pena, pois o crime foi praticado com grave ameaça à pessoa.

Acesso ao Sumário

Todavia, houve a aplicação do artigo 77, do Código Penal e a pena privativa de liberdade foi suspensa pelo prazo de 2 anos, mediante o cumprimento das condições estabelecidas no art. 78, §1º do Código Penal (prestação de serviços à comunidade).

Inviável acolher o pedido defensivo de substituição da prestação de serviços à comunidade, por limitação de fim de semana, na medida em que a condição fixada pelo Juiz a quo é a que melhor se aplica, em observância ao critério de proporcionalidade, retribuição e prevenção penal.

Isto porque, a prestação de serviços à comunidade fará com que o apelante reflita sobre a prática criminosa por ele perpetrada, sendo que a mera limitação de fim de semana trará o sentimento de impunidade e poderá contribuir para uma eventual reiteração na conduta ilícita.

Saliente-se, outrossim, que não compete às partes optarem pela forma mais conveniente de sanção a ser aplicada.

De igual modo, não merece guarida o pedido defensivo quanto à aplicação da Lei 9.099/95, uma vez que há vedação expressa de afastamento nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Há, inclusive, enunciado de súmula 536 do STJ vedando expressamente a suspensão condicional do processo na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da penha*, in verbis*: "*a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha*".

Por fim, não há falar em substituição da pena por multa, uma vez que a Lei Maria da Penha veda a aplicação de penas de caráter pecuniário. Senão, vejamos:

"*Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa*".

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1508096- 90.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados ADALBERTO FELIPPE DA SILVA SANTOS e JEFFERSON FELIPE DO NASCIMENTO, é apelado/apelante 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 provimento ao apelo do Ministério Público para reconhecer a agravante prevista para a vigência de estado de calamidade pública redimensionando as penas que serão fixadas em oito anos, oito meses e quinze dias de reclusão, mais o pagamento de quarenta e oito dias-multa para o réu Adalberto e em sete anos, cinco meses e dezoito dias de reclusão, mais o pagamento de quarenta e dois dias-multa para o réu Jefferson, negando provimento aos recursos defensivos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.106)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), FÁBIO GOUVÊA e FRANCISCO BRUNO.

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação Criminal – ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS – Apelo defensivo. Absolvição. Impossibilidade. Acusados confessos. Firme prova testemunhal. Prisão em flagrante na posse do bem subtraído – Recurso ministerial. Agravante prevista para a prática do crime durante a vigência de estado de calamidade pública. Incidência. Réus que aproveitaram a menor circulação de pessoas nas vias públicas. Colocação da vítima em risco. Contato pessoal direto – Reprimenda. Correção dos parâmetros utilizados pelo Juízo de primeiro grau. Redimensionamento para fazer a agravante reconhecida – Apelo ministerial provido, desprovendo-se os defensivos.

VOTO

ADALBERTO FELIPPE DA SILVA SANTOS e JEFFERSON FELIPE DO NASCIMENTO foram condenados a cumprir, respectivamente, penas de **oito anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão**, mais o pagamento de quarenta e oito dias-multa e de **seis anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão**, mais o pagamento de trinta e nove dias-multa, ambos em regime prisional fechado, pela prática de três crimes de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes, em concurso formal, sendo um roubo consumado e dois tentados (fls. 209/211).

Irresignados apelam postulando a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, buscam a fixação da pena-base no piso legal, a compensação

Acesso ao Sumário

integral da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, a redução máxima pela tentativa, a fixação de regime prisional mais brando e a detração para fins de imposição de regime prisional (fls. 273/292).

O Ministério Público também recorre pleiteando a incidência da agravante prevista para a execução de crime durante a vigência de estado de calamidade pública (fls. 253/258).

Apelos contra-arrazoados (fls. 267/272 e 296/312), a Procuradoria Geral de Justiça em seu douto parecer é pelo provimento do recurso da acusação, provendo-se, em parte, os defensivos (fls. 324/328).

É o relatório.

Os acusados foram condenados porque, nas circunstâncias descritas na denúncia, mediante grave ameaça exercida com a simulação de porte de arma de fogo, subtraíram um aparelho de telefonia celular, marca Huawei, de propriedade da vítima T.C.A.C. e tentaram subtrair, nas mesmas circunstâncias, bens pertencentes as vítimas E.A.R. e M.J.S., não consumando os crimes por circunstâncias alheias as suas vontades.

A materialidade restou incontroversa, comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 04), pelo boletim de ocorrência (fls. 12/15), auto de avaliação (fls. 19) e de avaliação (fls. 20).

A autoria também é certa demonstrada pelas uníssonas declarações das vítimas T.C.A.C. e E.A.R., as quais narraram a prática delitiva executada no interior de um ônibus coletivo e imputaram os acusados a autoria, reconhecendo-os. Há, ainda, as declarações extrajudiciais do ofendido M.J.S.

Os réus confessaram a prática dos crimes, ainda que tenham negado algumas circunstâncias. Porém, confirmaram que entraram no ônibus e exigiram bens das vítimas.

No mais, os acusados foram presos em flagrante delito em poder do aparelho celular subtraído, pois assim que saíram do ônibus houve perseguição pela vítima E.A.R. resultando na abordagem.

As condenações eram mesmo necessárias.

O recurso ministerial para o reconhecimento da agravante prevista para a prática do crime durante a vigência de estado de calamidade pública merece acolhimento.

Na data do crime estavam vigentes os atos normativos Decreto Estadual n. 64.879/20 e Decreto Legislativo n. 6/20, os quais decretaram estado de calamidade pública em razão da pandemia provocado pelo coronavírus – COVID-19.

Os réus se valeram do período de restrição, no qual se espera isolamento social para frear o avanço do vírus e praticaram crime violento contra as vítimas,

Acesso ao Sumário

inclusive mantendo contato direto com elas, o que, decerto, trouxe preocupações para os ofendidos diante da possibilidade de exposição e contágio.

No mais, o fato criminoso executado durante o período de calamidade desencadeou a necessidade dos atos administrativos e judiciais com a circulação de pessoas, violando os objetivos dos atos normativos restritivos, de modo que a agravante deverá ser reconhecida.

Quanto a dosimetria, a pena-base foi corretamente fixada em um sexto acima do mínimo legal, haja vista a prática dos crimes no interior de transporte público coletivo, prejudicando a prestação de serviço essencial, bem como a diferenciada audácia dos acusados e sensação de insegurança gerada nos usuários.

Na segunda fase da dosimetria, como houve o reconhecimento da agravante prevista para o estado de calamidade pública, a compenso com a atenuante da confissão em relação ao réu Jefferson. No tocante ao acusado Adalberto, como a confissão já incidiu para atenuar o rigor da majoração pela dupla reincidência, sendo uma delas específica, considero a agravante da calamidade e majoro a pena intermediária em um sexto.

Na terceira fase da individualização, correto o aumento de um terço pela majorante prevista para o concurso de agentes, bem como a redução de metade para os delitos tentados, sendo inviável a redução máxima, pois o *iter criminis* foi percorrido em extensão relevante.

O concurso formal de crimes autorizou o aumento de um quinto da reprimenda fixada para o roubo consumado, pois mais grave.

Ausentes outras causas modificadoras das reprimendas, torno-as definitivas em **oito anos, oito meses e quinze dias de reclusão**, mais o pagamento de quarenta e oito dias-multa para o réu Adalberto e em **sete anos, cinco meses e dezoito dias de reclusão**, mais o pagamento de quarenta e dois dias-multa para o réu Jefferson.

O regime prisional fechado é o adequado a gravidade concreta dos crimes. Os réus agiram com culpabilidade diferenciada ao ingressarem em transporte público coletivo para executarem o crime, reconhecendo-se a circunstância judicial desfavorável. Há, ainda, a presença da agravante prevista para a prática do crime durante o estado de calamidade pública e a execução do crime contra três vítimas.

O período de prisão cautelar, aproximadamente seis meses, ainda que descontado das sanções impostas não modificaria a imposição do regime prisional fechado. Primeiro porque a quantidade de pena não ficaria inferior a quatro anos. Segundo porque a fixação do regime prisional levou em consideração, além da quantidade de pena, a gravidade concreta da conduta, permeada de circunstância judicial desfavorável e agravante.

Pelo exposto, por meu voto, dou provimento ao apelo do Ministério Públi-

Acesso ao Sumário

co para reconhecer a agravante prevista para a vigência de estado de calamidade pública redimensionando as penas que serão fixadas em **oito anos, oito meses e quinze dias de reclusão**, mais o pagamento de quarenta e oito dias-multa para o réu Adalberto e em **sete anos, cinco meses e dezoito dias de reclusão**, mais o pagamento de quarenta e dois dias-multa para o réu Jefferson, negando provimento aos recursos defensivos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000806-60.2020.8.26.0543, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante MARIA GABRIELA APARECIDA LARA SALES, 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 46.239)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 18 de janeiro de 2022.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: Apelação – TRÁFICO – Restituição de celular apreendido – Ausência de trânsito em julgado nos autos principais – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta por MARIA GABRIELA LARA SALES contra a r. decisão de fls. 13 do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santa Isabel que indeferiu o pedido de liberação do aparelho de telefonia celular, apreendido em seu poder quando de sua prisão em flagrante por infração ao art. 33, da Lei nº 11.343/06 (Proc. de nº 0001753-12.2018.8.26.0535).

Sustenta que o referido aparelho não guarda qualquer relação com o crime pelo qual ela responde e que ele foi adquirido de forma lícita (fls. 15/18).

Bem processado o recurso, contrariado (fls. 22/24), com parecer da Procuradoria de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 36/38).

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Acesso ao Sumário

A pretensão recursal não demanda acolhida.

Em consulta realizada nos autos do Proc. nº 0001753-12.2018.8.26.0535, constata-se que o aparelho em questão foi apreendido em poder de Maria Gabriela quando ela trazia consigo e mantinha em depósito, juntamente com Natália Rodrigues e Paulo Henrique Pontes de Oliveira, para o consumo de terceiros, diversas porções de entorpecentes, sendo ela denunciada por infração ao art. 33, "caput" e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 e condenada em primeira instância, nas penas de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 1399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, fixado o regime inicial fechado e determinado o perdimento dos valores.

No enquanto, consoante bem consignado no r. parecer da D. Procuradoria de Justiça, "*conquanto postule a combativa Defesa a liberação do celular aludido, argumentando que o r. Juízo a quo, na r. sentença de fls. 359/376, dos autos principais, nº 0001753-12.2018.8.26.0535, se limitou a consignar que determinava o perdimento de valores, e, interpretando que com tal expressão não abarcava os bens apreendidos, cumpre enfatizar que o celular é o principal meio de comunicação entre os que atuam, na venda de entorpecentes: é instrumento do crime, assim como o são as balanças de precisão, que foram apreendidas, também, no caso concreto*" (fls. 37).

E, no caso em concreto, não ocorreu o trânsito em julgado da r. decisão condenatória, encontrando-se os autos pendentes de julgamento neste E. Tribunal para cumprimento de determinação do E. Supremo Tribunal Federal de Justiça.

Desta forma, fez-se mister que se aguarde o trânsito em julgado.

Aliás, estabelece o art. 118, do Código de Processo Penal que: "*Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo*".

Demais disso, a propriedade do aparelho não está devidamente comprovada.

Mais uma vez, na esteira do r. parecer da D. Procuradoria de Justiça, "*as cópias quase ilegíveis a fls. 03/04, se trata de meros comprovantes de pagamentos de duas mensalidades (dezembro/2016 e março/2017) de produto cuja descrição não consta daqueles relatórios, figurando como favorecido Lojas Pernambucanas (Arthur Lundgren Tecidos S/A), destes pagamentos parcelados. Sem a exibição da nota fiscal originária, com descrição de MARIA GABRIELA como sua adquirente e do produto com o número do IMEI, não se há de acolher o apelo*" (fls. 38).

E mesmo que assim não fosse, a aquisição comprovada não confere, por si só, à apelante o direito imediato de restituição do bem.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1017106-62.2019.8.26.0625, da Comarca de (...), em que é apelante/querelante F.I.I.A., é apelado/querelado A.B.A.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Alterada a definição jurídica do fato na conformidade do artigo 383 do Código de Processo Penal, negaram provimento ao apelo interposto pelo querelante e mantiveram a absolvição da imputação de injúria com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.580)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 20 de janeiro de 2022.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: PROCESSO PENAL. Ação penal privada. Queixa. Difamação. Conduta consistente em atribuir ao querelante, gerente de banco, a prática de assédio sexual no ambiente de trabalho. Imputação vaga e genérica. Alusão a fatos indeterminados quanto às circunstâncias de tempo e das vítimas, além de sua esposa. *Emendatio libelli*. Aplicação do artigo 383 do CPP. Configuração, em tese, do delito de injúria.

INJÚRIA. Ofensa à dignidade alheia. Crime não configurado por ausência do elemento subjetivo. Dolo específico não evidenciado. Expressões proferidas em momentos e modos distintos. O primeiro, pessoalmente, quando o querelado procurou interpelar o querelante e alertá-lo para cessação do comportamento inadequado em relação à sua esposa e, o segundo, mediante comentário em rede social, procurando antagonizar os termos de nota de pesar publicada pelo sindicato dos bancários em defesa do querelante por suposta agressão praticada pelo querelado. Intuito exclusivo de esclarecer a dinâmica dos fatos, sem o fim deliberado de ofender a honra do querelante. *Animus narrandi* e *defendendi*. Atipicidade. Manutenção da sentença absolutória fundada no artigo 386, inciso

Acesso ao Sumário

III, do CPP. Desprovimento do apelo interposto pelo querelante.

VOTO

1. F.I.I.A ofereceu queixa contra A.B.A.A. imputando-lhe o crime de difamação.

Segundo a inicial, o querelante é funcionário do Banco (...), Agência (...), onde exerce o cargo de gerente.

No dia 20 de novembro de 2019, encontrava-se no local de trabalho, quando foi procurado pelo querelado, marido de (...), gerente geral da mencionada agência bancária.

Defronte à instituição bancária, situada na rua (...), nº (...), centro de (...), A., após certificar-se que o querelante era o gerente da agência e também representante sindical da categoria, passou – segundo os termos da queixa – a ameaçá-lo dizendo "*se você encostar a mão na minha mulher, vou te matar*".

Em seguida, disse "*seu tarado*" e, gesticulando como se apontasse uma arma de fogo para o ofendido, deixou o local.

Com intuito de esclarecer os fatos por imaginar que se tratava de um mal entendido, foi atrás do querelado, que o acusou de "*assédio sexual*", afirmando "*você que passa a mão em mulher*" e "*assedia as mulheres desta agência*". Ato contínuo, desferiu-lhe uma cabeçada e o empurrou.

Ainda seguindo a inicial, o querelado continuou os ataques através das redes sociais, referindo-se ao querelante como "assediador" e afirmando que "se aproveita da situação para assediar subalternas".

A queixa foi parcialmente recebida, instaurando-se a ação penal privada tão somente em relação ao crime contra a honra, rejeitada, no entanto, quanto aos delitos de ameaça e lesões corporais com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Encerrada a instrução e apresentados memoriais pelas partes e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, pela r. sentença de fls. 309/320, cujo relatório se adota, a ação foi julgada improcedente para absolver A. com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apelou o querelante insistindo na condenação do querelado. Sustenta, em síntese, que o delito restou suficientemente demonstrado, tendo o juízo *a quo* reconhecido a existência do assédio sexual a despeito da não instauração do incidente de "exceção da verdade". Insurge-se contra a sentença alegando que a ilustre prolatora teria ignorado o fato de o querelado ter dito que o querelante assediou também outras funcionárias do banco, bem como o resultado da apuração interna da instituição bancária. Aduz, ainda, que as salas na

Acesso ao Sumário

agência eram compartilhadas com outros gerentes e funcionários e o querelante trabalhava em setor distinto da esposa do querelado, suposta vítima de assédio sexual, de maneira que não tinham contato direto nem reservado. Ademais, ela ocupava o cargo de gerente geral, superiora hierárquica do apelante, o que torna nada plausível a prática do assédio sexual. Salienta, de outro lado, que o querelado atribuiu a conduta de assediar mulheres de modo genérico, sem comprovação e sem individualizar as supostas vítimas e especificar o próprio ato ilícito, configurando-se, assim, a difamação prevista no artigo 139 do Código Penal. Por fim, alega que o juízo de origem ignorou a apuração interna da própria instituição bancária (fls. 334/340).

O recurso foi contrariado (fls. 347/352 e 355/358), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Eder do Lago Mendes Ferreira, pelo desprovimento (fls. 370/383).

É o relatório.

2. Não prospera a pretensão recursal.

A despeito da classificação atribuída pelo querelante ao delito, a queixa descreve, na verdade, o delito de injúria praticado em duas oportunidades.

A primeira ofensa foi cometida presencialmente, quando A. procurou F.I. na própria agência bancária para tirar satisfação em razão do seu comportamento no ambiente de trabalho. Não obstante subalterno à esposa do querelado, D. F.A., gerente geral da agência, o querelante vinha assediando-a, fato que chegou ao conhecimento de A. pelos relatos de sua própria mulher.

Ao encontrá-lo na porta da agência, indignado com o ocorrido, repreendeu-o dizendo "*seu tarado*", "*você que passa a mão em mulher*" e "*assedia as mulheres desta agência*". Teria, ainda, segundo a narrativa inicial, ameaçado-o de morte e lhe desferido uma cabeçada.

A segunda injúria, praticada através de rede social, foi desdobramento dos fatos que se seguiram.

O ofendido levou a notícia-crime à autoridade policial, registrando ocorrência no mesmo dia, ocasião em que, no histórico do respectivo boletim, fez constar que estava trabalhando no interior de sua agência quando foi chamado pelo segurança porque alguém o procurava na entrada do estabelecimento bancário. Na porta, atendeu A., que andava de um lado a outro sobre a calçada, momento em que o querelado proferiu as expressões suprarreferidas, chamando-o de "assediador". Receando atitude extrema por parte do querelado, retornou ao interior da agência (fls. 9/10).

Acesso ao Sumário

Tem-se, ainda, que, por conta do ocorrido e porque F. era diretor do sindicato de sua categoria, a entidade sindical publicou, na respectiva conta do Facebook, nota de repúdio em defesa do querelante, grafada da seguinte maneira: "*O Sindicato dos Bancários de (...) e Região vem a público manifestar seu repúdio*

sobre a agressão ao nosso diretor e dirigente sindical I.I., que foi agredido na agência nesta manhã de quarta-feira (20), pelo marido da Gerente Geral do (...), localizada no centro de (...)" (fls. 275).

Diante da nota publicada pelo Sindicato, A. manifestou-se na própria conta da entidade, efetuando comentários que o querelante também recebeu como ofensivos à sua honra e, bem por isso, assim os descreveu na inicial acusatória: conduta de "*assediador*" e que o ofendido "*se aproveita da situação para assediar subalternos, sendo conhecido por ser assediador e praticar atos contra várias funcionárias*".

Nas impressões de tela juntadas a fls. 12/18, verifica-se que o querelado, em seus comentários, inclusive interagindo com terceiros, fez as seguintes colocações: *"I.I. tem distúrbio e assediava a gerente e outras funcionárias"; "Ela fez queixa no RH. Além de queixa na delegacia da mulher. Além de falar com superiores. Ele assediava a gerente em questão com toques passa do a mão"* (sic)*; "Vcs acham normal"; "Contra sua subalterna pois o sindicato tem importante papel no banco e ele usa disto para assediar com toques e passadas de mão e outras formas tvarias funcionárias"* (sic)*; "Já notório entre os superiores dele"; "Já existe provas"; "Agora é com a justiça"; "ele não é um peão, e sim um gerente importante ligado ao sindicato. Que assediava as funcionárias do banco pela influência que tinha lá dentro"; "ele assediava sistematicamente as funcionárias"; "pois é estamos todos aterrorizados com os fatos que já estão sendo entregues à justiça. Mas agressão contra mulher não é mais suportável pela sociedade"; "o I.* não foi agredido; mente para camuflar o mar de podridão que está sendo revelado sobre ele!"; "não compactuamos com assédio sexual por parte do I.*"; "Apenas entenda que o I. errou e tem que pagar pelo erro dele. Já era de conhecimento do seu antigo gestor que se referia a ele: I. tem distúrbio!!! Já era notório; porém sua influência não deixava cair a máscara. Até aparecer uma Mulher de coragem para acabar com essa sistemática de assédios"; "será difícil de entender o I. se utiliza do poder e influência do sindicato para não ser encomodado:... pensado contra ele: I. assédio sexual contra as funcionárias do banco"* (sic)*; "#violencianão Pelo que soube O I. assediava as funcionárias do banco e se valia de sua influência no sindicato por anos para não ser punido até então!!!! Mas já é de conhecimento dos superiores dele/Rh/e polícia".*

À vista das assertivas acima colacionadas, tenho que a imputação de fato ofensivo, sem determinação do tempo e individualização das vítimas, para além de sua esposa, como no caso dos autos, configurou o delito de injúria, não calúnia nem difamação.

Injuriar é o ato de ofender a honra de alguém, atingindo-lhe a dignidade ou decoro, mediante xingamento ou atribuição de qualidade negativa. Difere da calúnia e da difamação, em que os respectivos tipos penais exigem a atribuição de fato certo e determinado ao ofendido, seja o fato criminoso (calúnia)

Acesso ao Sumário

ou meramente desonroso, ainda que atípico e condizente com a realidade fática (difamação).

Imputar a prática de assédio sem especificar as circunstâncias da conduta equipara-se a adjetivar negativamente o agente; equivale a dizer que o agente é "assediador", subsumindo-se a conduta, em tese, na norma incriminadora do artigo 140 do Código Penal.

Segundo leciona Rogério Sanches Cunha, "a injúria se caracteriza pelo insulto a pessoa determinada, ofendida em sua dignidade ou decoro. Ao contrário da calúnia e da difamação, não há, em regra, imputação de fatos, mas emissão de conceitos negativos sobre a vítima (fatos vagos, genéricos, difusos também configuram injúria). E exatamente por isso por se tratar de crime contra a honra subjetiva (autoestima) somente se consuma quando o fato chega ao conhecimento da vítima, dispensando-se efetivo dano à sua dignidade ou decoro (crime formal)" (endereço eletrônico constante no texto original).

Diferente não é o entendimento jurisprudencial.

Conforme já decidiu esta egrégia Corte, "*para a adequada tipificação da calúnia, exige-se imputação de fato certo, determinado e específico, com todos os seus requisitos objetivos, não se contentando a lei com atribuição vaga e imprecisa de comportamentos, como os referidos na inicial*" (...). "*Como se vê, tudo é acentuadamente vago e impreciso. Sugere-se a prática de ilícito, todavia sem a precisão necessária para que se admita a calúnia. Mesmo que se dispensem pormenores, exige-se a descrição de atos certos, delimitados, com elementos que tornem nítida a imputação de conduta incriminadora, bem como sua tipificação*".

Assim, no caso, ao chamar o querelante de "assediador" e imputar-lhe a conduta genérica e imprecisa de assediar sexualmente funcionárias da agência bancária, inclusive sua esposa, A. incorreu no crime de injúria, justificando-se a aplicação, nesta Instância, do instituto da *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal, para melhor adequação da definição jurídica do fato.

Acesso ao Sumário

Anoto, nesse ponto, que os assédios só foram pormenorizados ou circunstanciados com maior precisão ao longo da instrução, principalmente pelos relatos das testemunhas D.A., A.M.T.F., S.R.N.T. e B.M.B., que confirmaram, em juízo, o comportamento inadequado de F.

D., em declarações contundentes, aludiu que o querelante ingressava com frequência em sua sala e, por vezes, oferecia massagem, dizendo que a declarante parecia tensa. Toda vez que entrava na sala, ele a assediava, sentindo-se no direito de tocá-la no braço, nas costas e nas pernas enquanto conversavam. Chegava a colocar uma das mãos na coxa da declarante, próximo à virilha e, por não suportar tal situação, extremamente constrangedora, contou para seu marido

o que vinha acontecendo. Por conta do ocorrido, trabalhou na agência apenas vinte dias, pois pediu afastamento e não mais retornou. Mencionou, por fim, o trauma psicológico suportado pelo assédio praticado por F.

As irmãs A. e S., clientes do banco, relataram que, em algumas ocasiões – cerca de quatro vezes –, avistaram F. junto à mesa, bem próximo à gerente D. e, certa vez, presenciaram-no falando ao pé do ouvido e com uma das mãos na coxa dela. Em outras oportunidades, viram-no, atrás e ao lado da cadeira da gerente, colocando a mão sobre o ombro dela.

B., por sua vez, confirmou que a postura de F. era de falar tocando no interlocutor e, certa vez, disse-lhe que os toques a incomodavam, solicitando que cessasse tal comportamento. Esclareceu que o querelante colocava a mão no braço ou na mão da depoente enquanto conversavam. Indagada, respondeu que ele assim procedia apenas com funcionárias do gênero feminino.

Se, de um lado, a conduta do querelado evidencia, em tese, o delito de injúria, de outro, as colocações efetuadas pelo querelado, tanto orais como escritas, não tiveram o fim deliberado de ofender a honra subjetiva do querelante, de atingir-lhe em sua dignidade ou decoro, nem mesmo de denegrir-lhe a imagem perante seus pares.

À vista do contexto revelado pela prova oral e documental produzida, A., nas duas ocasiões descritas na queixa, agiu com ***animus narrandi***, ***criticandi*** e ***defendendi***, não com o especial fim de desonrar F.I. ou macular seus atributos morais.

Quando interpelou e repreendeu o querelante, em frente à agência, o fez tomado pela indignação provocada pelos assédios de que tomara conhecimento. Não o fez imbuído do propósito puro e simples de ofender, enxovalhar ou humilhar o ofendido, mas buscando a cessação dos assédios à sua esposa.

No próprio Facebook do Sindicato, sua conduta, a meu sentir, não teve fim diverso, a não ser rebater o que interpretara como mentira, pois inexistente a agressão que teria dado ensejo à nota de repúdio.

As mensagens na mencionada rede social, tal como sustentado pelo próprio querelado em seu interrogatório, evidenciam sua insurgência contra a nota publicada pelo sindicato, cujo teor não corresponderia à verdade. Manifestou-se em comentários à própria postagem do sindicato visando desmentir qualquer ato de violência, antagonizando-se à versão inverídica, criada por F. para distorcer a realidade dos fatos e denegrir a imagem do interrogando e de sua mulher.

De fato, inexiste prova idônea da agressão referida na nota publicada pelo sindicato.

Embora a queixa tenha imputado as condutas de empurrar e desferir uma cabeçada – vias de fato –, o boletim de ocorrência de fls. 9/10 nada menciona a respeito. E, quanto à prova oral, o querelado negou qualquer ato violento e A.T.,

Acesso ao Sumário

testemunha presencial, disse que A. apenas colocou a mão no ombro do querelante e, nesse momento, ele se esquivou.

Convenço-me, portanto, que o teor do interrogatório do querelado e o relato das testemunhas ouvidas evidenciam situação incompatível com o intuito de injuriar ou mesmo difamar acaso a conduta remanescesse enquadrada no tipo do artigo 139 do Estatuto Repressivo.

Importa notar, no entanto, que, na hipótese já superada da prática de difamação, descabido o incidente de "exceção da verdade", previsto no artigo 139, § único, do Código Penal e que restringe sua instauração aos casos de difamação contra funcionário público quando a ofensa relaciona-se ao exercício da função.

Tampouco se pode cogitar de "exceção da verdade" em crime de injúria, pois não prevista em lei por motivos óbvios.

Ainda que assim não fosse, inexigível o procedimento formal se a verdade emerge da instrução, revelada por elementos de convicção suficientes à compreensão da dinâmica dos fatos e das circunstâncias em que a conduta foi praticada. Solução diversa evidenciaria apego injustificável ao formalismo processual.

No tocante à questão de fundo, tal como consignado na sentença, por mais que não se tenha mencionado expressamente os nomes do querelado e de sua esposa, a nota de repúdio aludiu à agressão supostamente praticada pelo marido da gerente-geral da agência do Banco (...), situada no centro de (...), suficiente o bastante para identificação das pessoas referidas, já que D. era a única investida no cargo de gerente-geral daquela agência. Tanto é assim, que houve comentários de terceiros em defesa do querelado.

Imperativo considerar as circunstâncias que envolveram e precederam a conduta do querelado, reveladoras do seu propósito, que não foi, repita-se, ofender deliberada e gratuitamente o querelante.

Nesse ponto, adoto, como razão de decidir, os fundamentos da sentença que aludem à atuação do querelado, que, "*para se defender da acusação de ter agredido o querelante como forma de repressão e intolerância ao movimento sindical, respondeu sua versão dos fatos nos comentários da publicação. Não foi criada nova publicação na rede social ou feita qualquer outra forma de divulgação com intenção de ofender a honra do querelante, mas apenas foi apresentada outra versão dos fatos como forma de defesa na própria publicação do sindicato, para afastar as alegações de violência*" (...) "*e de repressão e intolerância ao movimento sindical, trazendo novo contexto para os fatos, qual seja, de que o querelante assediava mulheres de seu ambiente de trabalho, incluindo a esposa o querelado*".

Acesso ao Sumário

Adiante, prossegue a ilustre Juíza sentenciante:

"*Quanto à versão do querelado, a instrução probatória traz elementos*

que corroboram a tese. Embora não seja o objeto desta ação apurar a suposta prática pelo querelante de crime contra a dignidade sexual, a prova dos autos traz indícios da possibilidade de sua ocorrência e comprova claramente que o querelado acreditava na veracidade de seu relato".

E conclui asseverando, com propriedade, a despeito da "*veemência do conteúdo redigido pelo querelado nos comentários da publicação do sindicato, há relação direta com a acusação que lhe foi dirigida na nota de repúdio, tendo o objetivo de se defender dos fatos alegados (**animus defendendi**) e narrar sua versão (**animus narrandi**), não sendo demais registrar que existem nos autos indícios suficientes da plausibilidade do relato*" (fls. 317/318).

Não há falar, de outro lado, que o julgamento na origem teria ignorado a apuração interna a cargo da instituição bancária, pois, à vista da prova documental produzida, com destaque para o "relatório da superintendência de ocorrências especiais" (fls. 64/68), nada de conclusivo em favor do querelante foi juntado aos autos.

Impõe-se, assim, à vista do contexto em que se deram os fatos e de todo o apurado neste feito, o reconhecimento, tal como na solução destinada na origem, da ausência do elemento subjetivo para confirmar a absolvição do apelado por atipicidade da conduta.

3. Diante do exposto, alterada a definição jurídica do fato na conformidade do artigo 383 do Código de Processo Penal, nego provimento ao apelo interposto pelo querelante e mantenho, pelo meu voto, a absolvição da imputação de injúria com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002706-07.2017.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante C.S.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.280)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 24 de janeiro de 2022.

SÉRGIO COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Artigo 232, da Lei nº 8.069/90. Pedido de absolvição por insuficiência de provas. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar o decreto condenatório. Pena, regime prisional aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos que não comportam alteração. Recurso defensivo não provido.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 1038/1042, cujo relatório fica adotado, C.S.M. foi condenada à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, como incursa no artigo 232, da Lei nº 8.069/90, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de meio salário mínimo.

Inconformada, apela a sentenciada buscando a absolvição por insuficiência de provas (fls. 1051/1053).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 1078/1083), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento (fls. 1112/1118).

Este é o relatório.

Cumpre ressaltar, antes de tudo, que o processo teve andamento regular, foi assegurada amplitude de defesa e respeitado o devido processo legal.

Dito isso, observo que a apelante foi denunciada pela prática dos crimes previstos no artigo 121, § 2º, inciso II, c.c. o artigo 13, § 2º, "c", e artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, c.c. o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90 e artigo 232, do ECA e, depois de regularmente pronunciada, ela e sua comparsa foram submetidas a julgamento pelo Tribunal do Júri, que as absolveu da tentativa de homicídio, mas reconheceu a materialidade e a autoria delitiva quanto ao crime conexo, previsto no artigo 232 do ECA (fls. 1034/1037).

Acesso ao Sumário

De fato, restou bem comprovado que, no dia 09 de dezembro de 2017, em horário incerto, na Chácara (...), no Distrito de (...), na cidade de Sud Mennucci, comarca de Pereira Barreto, a apelante C.S.M., previamente ajustada com a corré M.A.C. (não apelante – fls. 1073), submeteram a adolescente C.C.O. a constrangimento, consistente em realizar exame vaginal na vítima, para a constatação de sua virgindade.

Segundo o apurado, a vítima, que é filha da ré M., após ter sido fotografada beijando M. S.M., filho da apelante C., foi constrangida pelas acusadas a se submeter à averiguação de sua virgindade.

Assim, em desnecessária submissão a situação vexatória, a vítima foi obrigada a se despir e, enquanto era ameaçada pela genitora M., a apelante C. introduziu um dedo na vagina da ofendida, para constatar se ela ainda era virgem.

Envergonhada pela intensa e demasiada exposição, já que a fotografia do beijo foi exibida a todos os presentes, bem como pelo constrangimento a que fora submetida, causado pela constatação de sua virgindade, C. ingeriu diversos remédios, ainda na manhã daquele dia.

A vítima foi socorrida em razão de pronta atuação do Conselho Tutelar que, ao tomar conhecimento da ingestão de medicamentos, providenciou o socorro de C. (fls. 212/215).

Assim resumidos os fatos, tem-se que o conjunto probatório é sólido e demonstra à saciedade a conduta criminosa da apelante C.S.M. que, tanto na delegacia, como em pretório, disse que, de fato, juntamente com M., olhou a vagina da vítima para verificar se C. ainda era virgem, mas negou ter tocado ou introduzido o dedo na genitália da ofendida (fls. 67/68 e mídia). Em Plenário do Júri, a apelante novamente confirmou ter examinado a vagina da vítima, dizendo que apenas olhou, negando que a tivesse ameaçado ou que tivesse tocado a vagina de C. (fls. 1101-mídia).

Na verdade, as provas são amplamente desfavoráveis à apelante.

De fato, os informes prestados pela vítima e testemunhas, acrescidos do boletim de ocorrência (fls. 06/08) e laudo de conjunção carnal (fls. 93/95), servem como prova cabal da materialidade delitiva e, também, se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que a vítima C.C.O., na fase extrajudicial, contou que foi levada por sua genitora M. e pela apelante C. até um quarto, para que ambas a examinassem a fim de verificar se ainda era virgem. Declarou que sua genitora a ameaçou mandando tirar o short, deitar-se na cama e abrir as pernas, enquanto C. fez o exame, passando a mão em sua vagina e depois introduziu o dedo (fls. 09/11). Em Plenário do Júri, disse que não se recordava das declarações prestadas na delegacia e negou que a apelante tivesse feito exame ginecológico em si ou a constrangido para isso (mídia).

A corré M.A.C., genitora da vítima, na fase policial, confirmou que C. resolveu verificar se C. havia perdido a virgindade e tocou na vagina dela (fls. 56). Em Plenário do Júri, disse que C. entrou com C. no quarto e C. fez o exame de virgindade, tocando a vítima, enquanto permaneceu em pé na porta do quarto (mídia).

As testemunhas S.L.R. e E.L.M., Conselheiras Tutelares, confirmaram, sob o crivo do contraditório, que receberam pedido de socorro, pois a vítima estava passando mal, em razão da ingestão de medicamentos. C. foi socorrida e,

Acesso ao Sumário

no dia seguinte, lhes relatou que foi levada a um quarto, onde sua genitora M, segurando uma vara, mandou que abrisse as pernas. A testemunha E. acrescentou que foram acionadas pelo padrasto da vítima, M.M., o qual informou sobre a realização de um "teste de virgindade" na vítima. Segundo as informações, a genitora de C. segurava uma vara, enquanto a apelante C. introduziu o dedo na vagina da ofendida (fls. 12/14 e mídia).

As testemunhas G.H.A.O. e O.F.O., irmãos da vítima, na fase policial, disseram que não presenciaram os fatos, mas ficaram sabendo que a genitora M., juntamente com a apelante C., levaram C. até um quarto para verificarem se ela ainda era "moça", mas não sabiam dizer se C. "colocou a mão" na vítima (fls. 57 e 59).

As testemunhas M.M.O. e C.J.S. disseram desconhecer o fato de a apelante ter realizado "exame" para constatação da virgindade da vítima (mídia).

A testemunha M.S.M., filho de M., declarou que, no momento dos fatos, estava no curral com o seu padrasto, mas, posteriormente, C. lhe disse que as rés tinham "mexido com ela". Na fase policial, a testemunha declarou que C., M. e C. entraram em um quarto e que C. saiu dizendo que C. não era mais virgem. Em Plenário, disse que as rés levaram C. ao quarto para verificar se a ofendida era virgem ou não (fls. 65/66 e mídia).

A testemunha H.C. nada acrescentou de relevante para o deslinde do feito (fls. 96 e mídia).

Acrescente-se que do laudo pericial de fls. 93/95 constou que a vítima relatou ter sido examinada por sua genitora e uma amiga que a trancaram em um quarto e, sob ameaça de agressão com objeto contundente (vara de madeira) a obrigaram a se despir e, sob o pretexto de avaliarem a "virgindade", tocaram sua genitália contra sua vontade. Em seguida, o laudo concluiu que a ofendida apresentava "*laceração superficial em grande lábio vaginal direito*", bem como "*(...) lesões de intróito vaginal compatível com ação de agente contundente, podendo ter ocorrido durante o exposto no histórico*."

Importa frisar que o artigo 232, da Lei nº 8.069/90 estabelece, como conduta criminosa, "*Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento*".

No caso em tela, restou inequívoca a responsabilidade da apelante ao submeter a vítima ao constrangimento de ser examinada para constatar sua virgindade, pouco importando para a consumação do delito se a apelante introduziu ou não o dedo na vagina de C., na medida em que o delito já se consumou no momento do constrangimento e da humilhação impostos à ofendida para submetê-la ao exame ginecológico.

A propósito, destaco trecho do judicioso parecer da digna Procuradoria de Justiça:

Assim, a despeito da alteração da versão prestada pela vítima sob o crivo do contraditório, o fato é que aquilo que foi por ela relatado na fase policial melhor se coaduna com os relatos das únicas testemunhas totalmente isentas de vínculo com as partes, no caso as Conselheiras Tutelares, bem como e sobretudo com o teor do referido laudo pericial. (fls. 1117).

Acrescente-se, ainda, que é sabido, mas não custa relembrar, que os Veredictos populares, por imposição constitucional, são soberanos, somente podendo ser desconstituídos quando manifestamente contrários à prova dos autos. Aliás, o advérbio "manifestamente", usado pelo legislador no artigo 593, inciso III, "d", do Código de Processo Penal, bem evidencia que só se admite seja o julgamento anulado, por se dissociar inteiramente da prova amealhada nos autos. Contudo, se apresentadas duas versões, e se os jurados optam por uma delas, entendendo que é a que melhor respaldo encontra no conjunto probatório, nenhum reparo se pode opor ao Veredicto condenatório.

Como ensina o sempre brilhante Julio F. Mirabete, é lícito ao Júri, "*optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão"* (Código de Processo Penal Interpretado, 7.ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2000, p. 1252). A jurisprudência ora colacionada não destoa desse entendimento*: "Se o Conselho de Sentença acolhe em sua soberania constitucional versão existente nos autos, não se pode pretender a nulidade de julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos"* (RT 557/371). *"Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não tem apoio em prova alguma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos"* (JTJ 198/307). *"A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada, sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório*" (RT 675/354-5).

No presente caso, como já mencionado, o Conselho de Sentença, acatando a tese da acusação, não decidiu manifestamente contra a prova dos autos. Ao contrário, existe prova – robusta, aliás –, a sustentar o veredicto condenatório, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Apenada no mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) meses de detenção, com a fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, nada há a ser reparado.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0080791-44.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados D.T.M. e A.J.S.

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 18.180)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente), MARCELO SEMER e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

MARCELO GORDO, Relator

Ementa: Estupro de vulnerável – Absolvição imposta na origem – Recurso ministerial voltado à condenação – Impossibilidade – Fragilidade de conjunto probatório – Dúvida razoável que deve favorecer os réus – Absolvição mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 300/315), que julgou improcedente a ação penal e absolveu os réus A.J.S. e D.T.M. da prática do crime tipificado no artigo 217-A, § 1º, c.c. o art. 226, II ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público recorre buscando a condenação nos termos da denúncia, que entendeu provada (fls. 324/340).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 349/364), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (fls. 385/406).

É o relatório.

Tudo tem início na madrugada de 17 para 18 de junho de 2016, em local desconhecido nesta Capital, em um evento que marcava o "bota-fora" da vítima, prestes a deixar o escritório de advocacia onde trabalhava com os réus, seus patrões. A partir disso, as versões se dividem: segundo a denúncia, os acionados mantiveram conjunção carnal e praticaram outros atos libidinosos com G.J. (vítima protegida pelo provimento 32/00), que não podia oferecer resistência, por haver sido drogada pelos denunciados e ingerido bebidas alcoólicas.

Os réus, bom que se diga, negam essa versão.

Acesso ao Sumário

Interrogado em juízo, A. refuta a falta que é irrogada. Segundo diz, na data dos fatos, estava trabalhando normalmente e foi informado que a vítima seria desligada do escritório em que é sócio e haveria uma "despedida". Chegou ao local com o corréu D., por volta das 20h, sendo os últimos a chegarem no bar. Todos os demais convidados já estavam no local bebendo e conversando. Sentou-se próximo à vítima e C., com as quais conversou bastante na ocasião. A ofendida dizia haver um evento na Vila Madalena, de algumas amigas, e convidava o depoente e o corréu D. para irem a esse local; assim o fez em mais de uma oportunidade. No final da noite, por volta 23h, pediram a conta e deram carona para a vítima. Durante o percurso, a vítima novamente os convidou para irem à Vila Madalena, o que mais uma vez recusaram. A determinado momento, a vítima fez com que parassem o carro; dizia ter chegado em sua casa. Ela e D. desembarcaram e se despediram. Seguiu em companhia de D., tendo parado em um posto de gasolina para pegar o veículo da esposa de D., que tinha apresentado um problema. A seguir, rumou para sua casa. Após ser informado sobre o inquérito policial, checou o contrato de trabalho da ofendida e constatou que o local onde a havia deixado naquela noite não era exatamente onde ela residia; a casa dela distava cerca de uma quadra adiante de onde ela desembarcara de seu veículo. O depoente e D., naquela noite, foram para o mesmo destino, pois, à época, residiam em um mesmo sobrado, já que o apartamento de D. passava por uma reforma. O sobrado tinha dois andares: o depoente residia no andar superior, o escritório de advocacia funcionava no térreo, e D. ocupava o subsolo com esposa e filha. A esposa de D. teve um problema com o pneu do carro e o estacionou em um posto de gasolina. Após a festa passaram em tal posto, mas acabaram não retirando o veículo. A vítima não estava embriagada; o mais alcoolizado era o depoente. D. sequer consome bebida alcóolica. Sobre a jaqueta preta, apresentada no distrito policial pelo genitor da vítima, a reconheceu como sendo de sua propriedade e se recorda que a peça estava no banco traseiro do seu veículo, no dia da confraternização. Não tinha ciência de que a vítima estava em poder de sua jaqueta. Indagado acerca de eventuais motivos para uma imputação deliberada, redarguiu acreditar que a vítima tenha ido à tal festa na Vila Madalena e tenha demorado a retornar e, por ter brigado com o namorado, tenha criado a história do estupro. Acredita ainda que na noite dos fatos tenha chegado em sua residência por volta de 23:40 horas. Após a saída da vítima, contrataram uma moça indicada por ela, mas foi D. quem tratou da admissão. Quando souberam do inquérito, optaram por demitir tal funcionária (cf. gravação audiovisual).

O mesmo caminho foi trilhado por D.; igualmente refutou a autoria delitiva. Segundo historiou, a vítima deixaria o emprego pois, fora aprovada em uma universidade federal. Em consideração ao fato de que a vítima cuidou de sua filha algumas vezes e frequentava sua casa, resolveu comparecer à confraternização de sua despedida. Sua esposa ficou brava e com ciúmes, mas foi mes-

Acesso ao Sumário

mo assim, apenas para pagar a conta. Não bebe e pediu apenas uma coca-cola na ocasião. Em dado momento, a vítima disse "*hoje eu vou dar um perdido no meu namorado e vou para a Vila Madalena*". A vítima o convidou para ir junto, mas recusou, pois sua esposa era muito ciumenta. Jamais colocou entorpecente algum na bebida da vítima. Ao final da noite, a vítima pediu uma carona. A. conduziu o veículo, o depoente ocupou o banco do passageiro e a vítima embarcou no banco traseiro. A vítima novamente insistiu para que fossem à Vila Madalena, ao que A., já irritado com o assunto, respondeu que não iria e pediu que ela dissesse logo onde era sua residência, para deixa-la. Foi então que a vítima pediu para que parasse o veículo, dizendo já ter chegado em sua casa; a seguir, ela e o depoente desembarcaram e se despediram. O interrogando e A. seguiram até a Av. Sumaré, pois sua esposa havia deixado seu veículo em um posto de gasolina naquela via, após constatar o furo de um pneu. Verificou que seria necessário guinchar o auto, e ali deixou seu veículo, retornando para sua residência no carro de A. Não se recorda qual roupa a vítima trajava quando desembarcou do veículo, tampouco se segurava uma jaqueta. Após reportar os prejuízos pessoais e profissionais decorrentes da imputação, pontuou que a acusação só ocorreu pois após a vítima ter sido deixada na via pública, foi para a tal festa na Vila Madalena – o que foi confidenciado por uma amiga da vítima ao depoente – e depois inventou alguma história "sem pé nem cabeça" ao namorado e aos pais, que exigiram providências. A vítima consumiu pouca bebida alcoólica no bar onde estavam; ela se mostrava "normal". Dispensaram a funcionária que foi indicada pela vítima, por medo de serem chantageados. A vítima trabalhou no escritório por cerca de um ano e dois meses (cf. gravação audiovisual).

De encontro a isso exsurgem os relatos da vítima G.J. Trouxe à lembrança que, no dia fatídico combinara com diversos colegas de trabalho, dentre eles os réus, de irem a um restaurante, no fim do dia. A relação com os réus era profissional, mas D. era um pouco mais descontraído. A ideia do encontro foi proposta por D., para fins de "despedida", uma vez que a depoente se mudaria para Florianópolis para cursar faculdade. Chegou sozinha ao restaurante, por volta das 18h ou 18:30h, em uma sexta-feira. Aos poucos foram chegando as demais pessoas; os réus chegaram por último e juntos. Pediram petiscos e bebidas e ficaram conversando. Em dado momento, foi ao banheiro e deixou o copo na mesa; voltou e continuou a beber naquele mesmo copo. Fez isso uma outra vez e, na segunda oportunidade, após beber do copo que deixou na mesa, não conseguia mais ver nada. Tentou mandar uma mensagem no celular, mas não conseguiu, pois a imagem estava desfocada. Pediu para D. para que ele aumentasse a fonte do celular para que ela pudesse ver. Não se recorda de nada. Acordou no dia seguinte, por volta das 09h da manhã, com a meia calça do lado do avesso e sentindo-se muito mal. A roupa tinha sinais de vômito e o cabelo estava molhado. Tem algumas memórias da noite anterior: o réu D. atrás de si

Acesso ao Sumário

dentro do box mantendo relação sexual consigo. Segundo "flash": estava no box com D., que chama A. para também entrar no box. Estava ajoelhada e D. chama A. para entrar, o qual também estava despido. Terceiro "flash": estava em pé ao lado de uma cama de casal e olhava para o banheiro e sentia o movimento de pentear o seu cabelo. Não se lembra mais de nada e não chegou a perguntar para as pessoas o que havia acontecido na noite anterior. Perguntou para seu irmão a que horas chegara e ele lhe disse que foi entre 0h até 03h da manhã. Foi para o hospital Pérola Byington e a encaminharam até a delegacia para lavrar o boletim de ocorrência. Foi acompanhada de sua irmã e uma amiga, chamada H., que é advogada. Seu namorado V. a deixou no hospital, mas não acompanhou seu atendimento, pois ficou muito alterado. Após registrar a ocorrência, retornou ao Pérola Byington quando se submeteu a exames por volta das 21:00 horas, ou seja, quase 24 horas após os fatos. Não usou maconha naquela data, e tinha experimentado tal droga na mesma semana, na sua casa. Indicou para sua vaga uma amiga, que tinha começado a trabalhar uma semana antes, mas depois do ocorrido, acabou avisando-a de que ela estava trabalhando "*num escritório de gente suja*". Não se recorda de ter mandando mensagem para o namorado, embora ele a tenha recebido. Por fim, disse que tinha um encontro com o namorado, após o evento (cf. gravação audiovisual).

Para além dos informes dos supostos protagonistas, há outros de relevância secundária, como o de M.A., genitor da vítima, que deu cores aos fatos. Relembrou que a filha comentara que os sócios do escritório onde trabalhava haviam marcado uma "despedida", e que ela iria a tal evento e, a seguir, encontraria seu namorado. Era sexta-feira. Foi dormir cedo e não viu o horário em que a filha chegou em casa. No dia seguinte, ao acordar, viu que ela acordou passando mal, vomitando. Ela não motivou tal fato e também não perguntou o motivo, pois estava com pressa para ir a um funeral. Tomou conhecimento do ocorrido quando recebeu intimação endereçada para sua filha para que comparecesse à Delegacia de Polícia. Telefonou para sua filha, que nada lhe relatou, por estar emocionada. Ela chorava bastante, inclusive. Nessa época, ela já estava morando em Florianópolis. Foi até à Delegacia, tomou ciência do ocorrido, e depois ligou para sua filha, que acabou por confidenciar ter participado de uma festa de confraternização da empresa, ocasião em que ingeriu uma bebida de um copo que, por sua vez, deixara na mesa para ir ao banheiro. Segundo disse, perdeu a consciência a seguir. Ela falou que tentou pedir ajuda ao namorado, mas não conseguiu mandar a mensagem; foi então que solicitou a alguém que estava a seu lado, para que mandasse uma mensagem pedindo para ir buscá-la. Posteriormente, compareceu ao distrito policial, oportunidade em que apresentou uma jaqueta da marca Timberland, masculina, de cor preta, dizendo que, na data dos fatos, sua filha tinha chegado em casa vestindo-a e que desconhecia o seu proprietário (cf. gravação audiovisual).

Acesso ao Sumário

De igual relevância as palavras de T., irmã da ofendida, que reportou o que sabia a respeito. No próprio dia 18 de junho de 2016, no período da manhã, recebeu uma ligação de sua irmã, que lhe disse ter sido estuprada no dia anterior, pelos seus dois chefes, após uma confraternização de despedida do trabalho. Ela estava muito abalada, nervosa e chorando muito ao telefone. Ligou para alguns amigos médicos e foi com ela até o Hospital Pérola Byington, onde foi recomendado que fossem primeiro à Delegacia de Polícia, onde ficaram por cerca de cinco horas. Somente após deixar o distrito policial, voltaram ao hospital, chegando lá já de noite. Quando retornaram, sua irmã realizou alguns exames e tomou medicamentos. Segundo sua irmã, ela chegou a um bar por volta das 18:00h e estava tudo bem, até havia marcado de encontrar seu namorado mais tarde, mas, de repente, passou a sentir sua visão turva e começou a se sentir estranha, tanto que pediu para um dos réus aumentar a fonte do seu celular para que ela pudesse avisar o namorado. Após essa memória, sua irmã lhe conta "flashs" dela sob o chuveiro com os réus, mantendo relação sexual com ambos. Ela conta que sentia o corpo entorpecido. Sua irmã também contou que escutou, no dia da confraternização, que seus dois chefes estavam cansados de "xavecar" mulheres, e que o melhor era drogá-las para conseguir o intento. Ainda, soube que, enquanto a vítima trabalhou no escritório, recebeu diversos convites para viajar, sair à noite com seus chefes, sendo certo que, inclusive, chegou a ver estas mensagens, e que sua irmã sempre recusava os convites, que vinham principalmente de D. Seu irmão G. disse que, naquela data, a vítima chegou na residência por volta das 03h00 ou 04h00. Após esse fato, sua irmã entrou em depressão, perdeu a confiança de ficar perto de pessoas novas, passou a ter dificuldade nos estudos, se fechou. Sua irmã passou por alguns atendimentos psicológicos, e irá retomar o tratamento em Santa Catarina. Nunca soube que sua irmã fez uso de maconha (cf. gravação audiovisual).

Ainda mais relevantes os relatos de G., ex-cunhado da vítima; disse ele que tomara conhecimento dos fatos por meio de sua ex-esposa T. Na oportunidade, T. acompanhou a vítima no hospital e na delegacia. Alguns dias após, se dirigiu até o bar onde tudo teria acontecido, acreditando que poderia haver câmeras de segurança e, no local, conversou com o gerente do estabelecimento, de nome E.; identificou-se como irmão da vítima, e disse que ela tinha sido roubada, pois acreditou que, assim, seria mais fácil de obter informações do ocorrido. E. prontamente se recordou de sua cunhada, descrevendo-a, e perguntando como ela estava, pois se recordava que ela não estava bem na ocasião dos fatos. Pediu para ter acesso às câmeras de segurança do local, mas E. disse não ter acesso às imagens, informando que o proprietário P. poderia lhe ajudar. Após uma semana, voltou ao local e conversou com P., tomando o conhecimento de que ele já havia assistido ao vídeo. Disse, ainda, que viu trechos do vídeo, pois o conteúdo completo era muito longo. Viu o momento em que sua cunhada foi

Acesso ao Sumário

até o banheiro sozinha e depois foi acompanhada de um rapaz de jaqueta escura. Ao final de tudo, ela foi amparada por dois homens, com os quais ela deixa o local posteriormente. Naquele momento, sua cunhada não parecia bem. Ela deixava o local amparada por dois homens, adentrando um veículo de marca Volvo, de cor (...) ou (...) e, naquele momento, todos já haviam deixado o local. Segundo o gerente do estabelecimento, sua cunhada estava bem alterada e teria supostamente adentrado ao banheiro feminino na companhia de um dos dois homens, fato que não viu nos trechos que assistiu do vídeo. Reiterou ter visto a vítima sair amparada por dois homens, e que ela foi colocada no banco de trás de um veículo Volvo. Ela não estava caindo ou desacordada, mas nitidamente precisava de ajuda para chegar até o carro. P., dono do bar, se negou a entregar as imagens sem mandado judicial (cf. gravação audiovisual).

V., ex-namorado da vítima, acresceu outros detalhes; declarou que no dia dos fatos a vítima disse que participaria de uma confraternização de despedida de seu trabalho, bancada pelos réus, em um bar. Tinha combinado de encontrá-la por volta das 22:00h e ficou aguardando. Por volta das 23h, recebeu uma mensagem muito estanha da vítima "oi, tudo bem? Está tudo bem aqui". Estranhou, pois eram muito afetuosos e não era esse o jeito de se falarem. A partir daí, a vítima não mais entrou em contato, sendo que, algum tempo depois, ligou para a vítima, mas que ela não atendia. Mandava mensagens, mas ela não respondia. Por volta das 09h30 do dia seguinte, sábado, a vítima lhe telefonou, dizendo que não se recordava do que havia acontecido no dia anterior, nem como chegou em casa, que estava com a meia calça vestida do avesso e que se sentia estranha, enjoada, acreditando ter sido vítima de violência sexual. Levou a vítima até o hospital para fazer exames e receber medicações, onde tomaram conhecimento de que haveria a necessidade de registrar boletim de ocorrência. Como estava muito nervoso e já haviam discutido, não foi até a delegacia com ela, tendo a irmã dela assumido esse papel. A vítima trabalhou no escritório de advocacia dos acusados por volta de um ano e durante esse período, disse, diversas vezes, que A. e D. a convidavam para ir para a balada, festas e viagens, mas ela nunca aceitou os convites. Viu mensagens de WhatsApp de D. nesse sentido. A vítima tem uma amiga de nome A., que a substituiu no escritório e foi demitida um mês e catorze dias após o fato. A. lhe contou que a chamaram em uma sala, e perguntaram a respeito da vítima. Em seguida, disseram que ela deveria conversar com a vítima para que ela "retirasse a queixa", pois esse processo "acabaria com a vida deles". A vítima entrou em depressão, e não contou do estupro para os pais, por muita vergonha. Ela ficou com medo de sair na rua, tinha receio de tudo, inclusive medo de homens. Após o ocorrido, a ofendida nunca mais foi a mesma pessoa (cf. gravação audiovisual).

A seu turno, G., irmão da vítima, narrou que em 17/06/2016 chegou em casa por volta das 22h00, notando a ausência da irmã. Soube, por meio de sua

Acesso ao Sumário

genitora, que a vítima tinha ido a uma confraternização com colegas de trabalho. Permaneceu em casa com seu primo G. até 03h30 ou 04h da manhã, jogando *video game*. Enquanto estava com G., ouviu a porta de entrada do apartamento abrindo e fechando por cerca de três vezes. Penso que sua irmã tinha chegado em casa, saído e entrado novamente, como se tivesse esquecido algo. Costumeiramente, quando sua irmã chega em casa, e percebe que a luz de seu quarto está acesa, abre a porta e lhe cumprimenta, mas isso não aconteceu e por isso achou que ela tinha exagerado na bebida. Na manhã seguinte, não se recorda qual horário, foi acordado por sua irmã, a qual estava vestida com roupas de sair (não usava pijamas), e lhe perguntou sobre o horário que ela havia chegado, tendo respondido acreditar que fosse às 03h00 da manhã. Neste momento, sua irmã o olhou espantada, dizendo que não se lembrava de nenhum fato da noite anterior; mostrou-lhe que usava uma meia calça de cor preta que estava do lado do avesso e dizia ter acordado daquela maneira. Sua irmã disse que acreditava ter ingerido alguma droga sem seu consentimento, pois relatou que estava bebendo, foi ao banheiro e na volta tomou um copo de cerveja e passou mal; ficou com a visão turva e não enxergava mais. No decorrer do dia, sua irmã revelou que tinha alguns *flashs* de memória em que ela era abusada sexualmente. A seguir, ela ligou para T., para que fossem ao médico com a finalidade de realizar exames para saber se havia sido drogada. Ela foi ao hospital e na delegacia na companhia de T. Após esse fato, sua irmã ficou depressiva. O ocorrido "marcou para sempre" e afetou toda a família. A relação da vítima com o namorado era "normal". Indagado sobre o declarado pela vítima em solo policial, acerca do horário que ela havia retornado para casa, revela que "mentiu" para acalmar a irmã, já que ela estava muito nervosa, mas de nada adiantou. Não sabia que a irmã tinha tido experiência com maconha uma semana antes dos fatos e que ela "curte/segue" mais de vinte páginas relativas à maconha (cf. gravação audiovisual).

A.G., a amiga que substituiu a vítima no trabalho, narrou, em suma, a indicação da vítima para o escritório. Trabalharam por um breve período juntas, para aprender as tarefas a serem desempenhadas, e, pouco depois, a vítima deixou o trabalho. Os chefes a tratavam com respeito. Nos últimos dias de trabalho da vítima, D. programou uma festa de despedida para ela. A depoente não pode comparecer por conta de um curso que fazia. A despedida aconteceu na sexta e, no domingo seguinte, a vítima a procurou dizendo que precisava conversar e lhe contou o que aconteceu, mas continuou a trabalhar porque necessitava muito do dinheiro para custear seus estudos. Passado cerca de um mês, o ambiente do trabalho mudou; passou a não ter mais acesso às correspondências e os réus ficaram mais "fechados". Certo dia, C. pediu agilidade no trabalho e, quando D. chegou, a demitiu, sob o fundamento de corte de gastos. Após assinar os papéis, D. perguntou se a vítima estava bem, se estava gostando do ambiente novo, se tinha se comunicado com ela; chegou a indagar :"ela te contou alguma coisa?".

Acesso ao Sumário

D. passou a lhe "encarar" e indagou "ela se lembra de alguma coisa do dia da confraternização?". Respondeu que não conversaram naquele fim de semana. Em seguida, D. disse "se ela fizer algum exame, só vai aparecer THC. Afinal, vocês são jovens, podem beber demais (...) mais relaxa, não é nada sério". Ao final ele disse que "ele não queria ser acusado de algo que ninguém tinha certeza se realmente aconteceu", depois desejou felicidades para a vítima (cf. gravação audiovisual).

Ainda aparentemente distante dos fatos, testemunha do juízo, P.H. afirmou que era ex-sócio do bar e, no dia dos fatos, não trabalhou no local. No domingo, apareceu um moço dizendo que era irmão da vítima e que ela tinha sumido, razão pela qual queria ver a gravação das câmeras do bar. Mostrou as imagens nas quais aparece a vítima indo ao banheiro, voltando e, passado um tempo depois, ela indo embora no banco traseiro do carro e os réus na frente do veículo Volvo. Só dava para ver isso, até porque a qualidade das imagens não é boa. As imagens não foram preservadas. A vítima aparentava normalidade, entrando sozinha no carro, sem qualquer ajuda (cf. gravação audiovisual).

Em harmonia ao referido, vieram os informes de E., funcionário do Boteco (...). Narrou que trabalhava no local no dia dos fatos, quando a vítima ali adentrou dizendo que queria uma mesa para seis ou oito pessoas, do lado de fora do local. A vítima se sentou em uma mesa, na calçada e lhe serviu uma cerveja. Após um tempo, chegaram quatro pessoas, e depois chegaram mais duas pessoas e lhes serviu cerveja e petiscos. Todos se comportaram de maneira adequada e nenhum deles deixou o local embriagado ou alcoolizado. Esteve na mesa por diversas vezes e não presenciou os acusados e a vítima com qualquer comportamento de conotação sexual. A conta foi pedida por volta das 23h/23:30h, que é o horário que encerram as atividades na calçada. A vítima deixou o local na companhia de A. e D.; os três atravessaram a via andando normalmente, e adentraram em um veículo que estava estacionado próximo ao estabelecimento, sendo que a vítima se sentou no banco de trás do veículo e nenhuma destas pessoas aparentava estar embriagada. Nenhum deles auxiliou a vítima a embarcar no veículo. No domingo, uma pessoa que, primeiramente se apresentou como irmão da vítima, esteve no local e questionou o depoente sobre eventuais acontecimentos nessa confraternização da sexta-feira anterior, vez que, segundo ele, a vítima não havia chegado em casa. Esta pessoa também conversou com o administrador do local, P., e depois não teve mais contato com o caso. Os réus frequentam o Bar (...) algumas vezes, inclusive acompanhados das respectivas famílias. Conhecia os réus apenas por serem clientes do bar; acabou decorando o nome deles apenas após os fatos (cf. gravação audiovisual).

O contraponto, se é que assim se define, vem dos relatos das testemunhas de defesa A., D. e C. A., ex-mulher do D., **deu luzes ao que sabia**. Revelou que o réu comentara que iria na despedida da vítima em um bar que fica próximo à

Acesso ao Sumário

sua casa, onde também era o escritório. Os réus saíram no carro de A., um Volvo (...). D. e A. chegaram juntos, por volta da meia noite (cf. gravação audiovisual).

D., por sua vez, declarou que é ex-marido de uma das funcionárias do escritório, a estagiária K. Estava próximo ao bar onde acabou encontrando os funcionários do escritório. Chegou por volta das 22h e lá ficou por 40 minutos. Deixou o local e K. permaneceu no evento, tendo chegado em casa por volta 23h:20, nada relatando de anormal. Não viu ninguém consumindo bebida alcoólica (cf. gravação audiovisual).

Por fim, C. declarou que há seis anos é funcionário do escritório de advocacia que tem os réus como sócios. No dia dos fatos houve um "bota-fora" da vítima, que era recepcionista do escritório. Ficaram no bar até 23:00 ou 23:30 horas. Chegou no mesmo momento que M., B. e C, por volta das 18:30 horas, e a vítima já estava sozinha no local. Após algum tempo, D., A. e D. chegaram ao local. Todos beberam cerveja, exceto D., que bebeu coca-cola, e D., que consumiu água. Por volta das 23h todos já estavam indo embora. Foi embora junto com M., tendo ficado D., A., D. e a vítima. A ofendida não aparentava estar embriagada. No decorrer da noite, a vítima insistiu muito para D. e A. irem até um bar na Vila Madalena; eles não aceitaram no momento, mas não pode afirmar se eles foram ou não. A ex-esposa de D. era bastante ciumenta e controlava os horários dele (cf. gravação audiovisual).

E nisso se resumiu a prova oral.

E já de empeço, como se extrai desse tormentoso episódio, a persistência de dúvida, não como argumento tranquilizador para a edição do *non liquet*, mas para a efetiva contraposição de indícios e provas que sugerem a viabilidade de quaisquer das versões apresentadas, dá-se razão ao juízo da origem.

Forçoso concluir que, no caso, o acervo probatório não é o bastante para desvelar o que de fato ocorreu na madrugada de 17 de junho de 2016; se os réus, deliberadamente, drogaram a vítima, a ponto de inibir-lhe a capacidade volitiva, e mantiveram com ela as relações sexuais repisadas "aos flashes" como referiu a própria, ou se tudo não passou de uma construção operada a partir de um desvio não exitoso naquela mesma noite.

Em casos tais, costuma-se conferir crédito irrestrito aos informes da vitimada. Não por uma maior valia apriorística, mas por serem eles, na essência, fruto de uma superação que não dialoga com a inverdade.

E, se assim o fosse, neste caso concreto, seriam o bastante os informes da ofendida, mesmo porque secundados por seus pares, para edificar a condenação dos acionados.

Os indícios de que, de fato, inebriaram a ofendida, a quem já assediavam há algum tempo, e com ela tiveram relações sexuais não consentidas, existem. Mas, de igual monta, existem dados em contrário, que fazem crer que a vítima

Acesso ao Sumário

buscava "esticar" aquela noite em outro lugar, para onde pode efetivamente ter rumado.

Nesse caso, ainda mais do que em outros, não basta a mera verificação panorâmica da prova, coisa que se faz em casos repetitivos, onde a prospecção fática, pela similitude, perfaz quase que uma tarefa sistêmica, onde os fatos se reproduzem de forma tal, que se possa conhecê-los de forma replicante. Aqui, ao revés, deve-se buscar os detalhes (e a solução, no mor das vezes, está neles), e deles extrair a certeza, ou caso contrário, a admissão do *non liquet*.

Passo então a justificar a dúvida, também compartilhada na origem:

A própria condição de vulnerabilidade impingida à ofendida pode, em seus devidos termos, ser questionada. Como pontuado na sentença, o exame toxicológico realizado na data do suposto abuso, resultou negativo para as drogas dopantes (fls. 47/49).

E embora o exame possa ter sido influenciado pelo lapso temporal decorrido entre a coleta e o abuso cometido, é certo que seu resultado haveria de ser absolutamente contrariado por outros elementos de prova, aqui inexistentes.

Tampouco a prova oral cuida de demonstrar, extreme de dúvidas, a condição de vulnerabilidade da vítima e a existência do abuso praticado pelos réus.

Se, de um lado, G., ex-cunhado da vítima confirma ter visto as imagens gravadas no local, que condizem com a vulnerabilidade proposta na inicial, de outro lado, duas testemunhas – P. e E. – endossam as versões fornecidas pelos acionados, no sentido de que a vítima, ao deixar o bar, não aparentava embriaguez, e ingressou voluntariamente, sem necessidade de ajuda, no veículo de A.

Nesse ponto, forçoso convir, que as versões dos réus encontram amparo em uma das vertentes possíveis e isso já basta para incutir dúvidas a respeito da imputação, que estaria sanada, diga-se e repita-se, com um exame toxicológico positivo ou com a preservação das imagens locais.

Afora isso, nenhum dos presentes – e eram alguns – visualizou a ação dos réus que sugerisse o ministrar de substância entorpecente na bebida da vítima, enquanto se ausentara, ou mesmo ação indutiva daqueles na condução da vítima para outro sitio. Pelo contrário, o que se ouviu a respeito é que a vítima os estimulava a segui-la para outro evento.

Hei de se confessar que existem alguns dados que, no mínimo, provocam estranheza ao julgador, como a relembrança precisa de funcionários do bar sobre os fatos, a posse da jaqueta de um dos acionados, pela vítima, e até os comentários dos réus, reveladores de preocupação, àquela que substituiu a ofendida no trabalho. Mas seriam esses o bastante a trazer certeza sobre tão grave conduta?

Houve, por certo, falhas na produção das provas, notadamente as materiais, que deveriam ser preservadas na hipótese. As vestes da vítima poderiam ter sido periciadas, talvez uma contraprova do exame toxicológico merecesse

Acesso ao Sumário

atenção, mas acima de tudo, as imagens locais deveriam ter sido preservadas e requisitadas pelo juízo, para se por termo a questões como as persistentes.

Enfim, o que se conclui é que se existem dados que carreiam suspeitas aos réus e que sugerem que algo indevido, ilícito, ocorreu naquela noite de 17 de junho de 2016, a ponto de gerar preocupação persistente a eles, conforme aqui externado, também existem fatores que se contrapõem a tais suspeitas. Para alguns, o acervo probatório poderia trazer uma certeza moral de culpa, mas que não se afina com a verdade dos autos, que está a permitir duas vertentes hipotéticas.

E, se a verdade for outra, que sejam os réus julgados pelo tribunal da consciência, este o único a impor-lhes a sanção perpétua, vitalícia. Por aqui, no "tribunal dos homens", onde se persegue a verdade real, mas se julga com a verdade dos autos, não vejo provas suficientes a fazê-lo.

Assim, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004810-68.2012.8.26.0108, da Comarca de Cajamar, em que é apelante A.M.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso para absolver o réu com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.771)**

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 janeiro de 2022.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR EQUIPARAÇÃO – Art. 217-A, § 1º, do Código Penal – **Conduta que não se amolda ao tipo penal – Vítima maior de 14 anos de idade à época dos fatos que não ofereceu resistência – Absolvição, com fulcro no art. 386, III, CPP – Recurso provido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 245/254, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar A.M.S. ao cumprimento da pena de 12 anos de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 217-A, § 1º, última parte, combinado com o artigo 226, inciso II, do Código Penal, deferido o recurso em liberdade.

Recorre A. por sua absolvição, alegando a insuficiência probatória e a atipicidade da conduta. Aduz que a vítima, em juízo, alterou sua versão e revelou que não estava dormindo no momento em que o réu adentrou ao quarto, mas "*ficou quieta para ver o que acontecia*", não restando comprovado que ela não podia oferecer resistência o que exclui a aplicação do art. 217-A do Código Penal, porque a vítima era maior de 14 anos de idade. Pede a absolvição (fls. 283/289).

Recurso processado e respondido, com manifestação ministerial, em ambas as instâncias, por seu desprovimento (fls. 292/294 e 304/309).

É o relatório.

Foi o réu processado e condenado porque, segundo a denúncia, no período de janeiro a 15/05/2012, na Rua (...), (...), casa (...), Polvilho, Cidade de Cajamar, por diversas vezes, praticou atos libidinosos diversos de conjunção carnal com sua enteada, M.R.G., maior de 14 anos de idade à época dos fatos, "*quando esta não podia oferecer resistência*".

Segundo a inicial acusatória, o acusado, padrasto da vítima, aproveitava-se do fato de todos estarem dormindo e entrava no quarto de M., se deitando em sua cama e passava as mãos pelo corpo da vítima, "*a qual estava dormindo profundamente, sem poder oferecer resistência*".

Numa das ocasiões, todavia, M. acordou com dor e notou que o acusado estava em cima dela (a vítima estava dormindo de bruços). Ele, então, levantou-se, vestiu-se e saiu do local, vindo a vítima a ir ao banheiro, onde notou que estava sangrando.

M. relatou os fatos a sua genitora um mês após, vez que o acusado era violento e sentia medo de sua reação.

A prova dos autos, pese os argumentos da d. defesa, dá conta de que A. praticou atos libidinosos com a vítima.

Sob o crivo do contraditório, M. expôs os fatos com firmeza e riqueza de detalhes, mesmo tendo transcorrido cerca de 04 anos da data dos fatos. Descreveu ao juízo que dormia no quarto, mas viu o réu entrando, pois já estava acordada e queria ver o que aconteceria. Estava de bruços e "*ele subiu em cima de mim, por trás, lembro que ele começou a passar a mão, desceu as minhas calças, prendendo minhas pernas... nisso, ele começou a passar a mão em mim... tentou enfiar o dedo*", ficando machucada. Deu um grito e ele saiu correndo do local. Foi ao banheiro e viu que estava sangrando (mídia digital).

Acesso ao Sumário

O réu, pese sua tentativa perante o N. Juízo *a quo*, não apresentou versão apta a afastar a força do conjunto probatório, não sendo crível que a menina imputasse tão gravosa acusação a homem inocente, pessoa que considerava como seu pai.

Todavia, respeitados doutos entendimentos diversos, o recurso deve ser provido, vez que não há se falar em incidência do artigo 217- A, §1º, do Código Penal, no caso dos autos.

Ocorre que M., como se delineia a partir dos elementos dos autos, embora estivesse com 15 anos de idade à época dos fatos, não foi impossibilitada, por qualquer meio, de oferecer resistência.

Note-se que a própria vítima narra ao juízo que estava acordada e viu A. entrar no quarto, preferindo ali permanecer para "*ver o que aconteceria*", situação essa que desestrutura a narrativa trazida na denúncia no sentido de que a vítima não pode oferecer resistência porque "*estava dormindo profundamente*".

O § 1º do art. 217-A do Código Penal, parte final, dispõe que são vulneráveis às pessoas que, embora maiores de 14 anos de idade e sem qualquer enfermidade ou deficiência mental, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência ao ato sexual, ou seja, aquelas que estão em coma, em sono profundo, anestesiadas ou sedadas, dentre outras hipóteses, sendo exigível que haja total impossibilidade de resistência, o que não ocorreu no caso dos autos.

Dessa forma, não se tratando M. de vulnerável nos termos legais, não há se considerar a presunção absoluta de violência que rege os julgados quanto ao tipo pelo qual se viu o recorrente condenado.

Destaca-se, por oportuno, que a conduta do acusado, uma vez excluída a violência presumida, em tese se enquadraria naquela prevista no artigo 215-A do Código Penal – crime de importunação sexual –; entretanto, tal dispositivo foi trazido pela Lei n. 13.718/2018, após os fatos aqui analisados, sendo impossível sua aplicação retroativa.

Não se aplicaria o artigo 213, § 1º, do Código Penal, porquanto referido dispositivo exige a prova da violência ou da grave ameaça e a vítima apenas verbalizou ter medo do acusado, sem mencionar qualquer ameaça ou violência feita por ele. Aliás, nem foi a ele imputado essa acusação, como se vê da denúncia apresentada.

E, por fim, o artigo 215 do Código Penal, igualmente, não se adequaria à conduta do acusado, vez que não houve fraude e a vítima não estava impossibilitada de manifestar sua vontade, como visto.

Assim, não se ignorando ser o comportamento de A. repugnante e moralmente reprovável, ao submeter uma menina em tenra idade à satisfação de sua lascívia, é certo que não é conduta típica, sendo imperiosa sua absolvição.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o réu com

Acesso ao Sumário

fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002183- 97.2018.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante L.F.N., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.366)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2022.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Apelação. Ocultação de cadáver. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida. Dosimetria. Redução da pena-base. Impossibilidade. Reprovabilidade da conduta acentuada. Regime inicial semiaberto mantido. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 428/429, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que L.F.N. foi condenado à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e mais ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, porque incurso no artigo 211 do Código Penal, sendo-lhe deferido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, o réu apelou buscando a redução da pena imposta e o abrandamento de regime (fls. 430/433).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 437/446) e oferecido o r. parecer pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 452/458), manifestou-se o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo não provimento do recurso defensivo.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Acesso ao Sumário

Não tendo sido aventadas quaisquer preliminares, passa-se à análise do mérito.

Segundo a denúncia:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 14 de janeiro de 2017, no período vespertino, na estrada vicinal conhecida como Estrada Velha de Conchal, zona rural, neste município e Comarca, W.S.S., vulgo I., qualificado e indiciado a fls. 25/27, agindo com evidente ânimo homicida, usando de meio cruel e de recurso que dificultou a defesa da vítima, matou E.H.C. (laudo necroscópico acostado a fls. 32/33).

Consta também que, nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço acima, W.S.S., vulgo I., qualificado e indiciado a fls. 25/27, e L.F.N., com dados qualificativos a 19/21, agindo em concurso de agentes e unidade de desígnios, ocultaram o cadáver de E.H.C., escondendo-o em meio a um canavial (laudo pericial a fls. 46/59)."

Anoto que o processo foi desmembrado em relação ao corréu W.S.S. (fl. 203, autos nº 0001076-52.2017.8.26.0038), que não recorreu da sentença que o pronunciou como incurso nos artigos 121, § 2º, incisos III e IV, e artigo 211, ambos do Código Penal.

Ultrapassada a fase sumária do procedimento especial e entendendo o Magistrado *a quo* pela presença dos requisitos de admissibilidade da acusação, o réu foi pronunciado como incurso no artigo 211 do Código Penal (fls. 200/202).

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença reconheceu o delito de ocultação de cadáver (fls. 419/421).

A materialidade do crime é atestada pelo boletim de ocorrência (fls. 13/16 e 20); pelos autos de exibição e apreensão (fls. 23 e 54); pelo laudo necroscópico (fls. 46/48); pelo laudo pericial do local (fls. 64/78) e pela prova oral produzida.

A autoria é certa e a responsabilidade penal do apelante pelo crime que lhe foi imputado, reconhecida pelo Conselho de Sentença, não é discutida no presente recurso de apelação. E diversamente não poderia ocorrer, quanto à conclusão condenatória, dado que a decisão do Tribunal do Júri foi proferida em consonância com o conjunto probatório.

Acesso ao Sumário

Destarte, o exame destes autos há de observar a interposição, vinculada à insurgência quanto à dosimetria da pena e o regime prisional.

Consequentemente, passa-se à análise das sanções:

Na primeira fase da dosimetria, a pena foi fixada em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, resultando em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em razão da maior reprovabilidade da conduta, por ter o delito sido cometido contra pessoa que o réu conhecia desde tenra idade, e pela personalidade do agente, uma vez que praticou um delito de roubo em seguida, visando deixar o local do crime *sub judice*.

Inicialmente, entendo inexistir documentos hábeis no processo a atestar a personalidade do acusado. No, entanto, apesar de o fato mencionado não servir para aferição de personalidade, entendo que indica uma maior reprovabilidade da conduta, devendo ser valorada sob essa ótica.

Com efeito, após a ocultação do cadáver da vítima, o réu e seu comparsa praticaram um roubo a uma motocicleta, ocupado por duas pessoas, visando garantir a fuga do local do crime.

Ademais, conforme bem aduziu o Ministério Público, em sede de contrarrazões (fl. 439):

"*(...) L.F., naquele mesmo dia, e com a nítida intenção de garantir a fuga e encobertar a conduta desviante, juntamente com W., resolve praticar crime de roubo de uma motocicleta pertencente a R.F.S., mediante graves ameaças cometidas contra duas vítimas* (fls. 124).

(...) Analisando os autos de nº 0000022-64.2017.0551, extrai-se que as vítimas foram ameaçadas com a seguinte frase: "passa a moto, passa a moto, que a gente precisa sair de um b.o. (...)" (fls. 10/11)."

Nota-se, ainda, que a prática de delito posterior, a fim de garantir a impunidade de outro crime, ou assegurar sua ocultação ou execução, caracterizaria, inclusive, a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'b', do Código Penal, de modo que, uma vez assim não reconhecida na r. sentença, não há óbice que seja considerada como circunstância judicial desfavorável e sirva para exasperação da basilar.

Ressalte-se que a prática de crime posterior não foi utilizada para majoração da pena-base a título de maus antecedentes, servindo apenas para lastrear a acentuada culpabilidade do acusado, o qual, como visto, objetivando fugir do local do crime, praticou outro grave delito.

De igual modo, o fato de o réu conhecer a vítima desde tenra idade também serve de supedâneo para a majoração procedida. O acusado, em juízo, narrou que ele e o ofendido foram amigos de escola e de rua, conhecendo-se desde os 15 anos, aproximadamente. Aduziu saber que o ofendido tinha mãe e irmão. De tal circunstância se extrai que o apelante tinha ciência, portanto, do sofrimento e aflição que causaria com a ocultação do cadáver da vítima. Nesse sentido, observa-se que a mãe e o cunhado do ofendido (A.) narraram que tomaram conhecimento do encontro de seu veículo capotado, de modo que passaram a procurar por ele, inicialmente sem sucesso, tendo posteriormente A. encontrado seu corpo no canavial.

Assim, conforme bem detalhou o *Parquet* em contrarrazões recursais (fl. 439):

"*Sim, porque o conjunto probatório não deixa dúvidas de que o réu conhecia a vítima há bastante tempo (desde tenra idade), tendo comparecido na*

Acesso ao Sumário

lagoa, juntamente com E.H.C. e W.S.S. E depois de se divertir junto com a vítima, assiste impassível a morte cruel e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, ocasionada pelo seu amigo W., sem nada fazer em benefício do jovem indefeso. Após isso, e aderindo à vontade de W., ele resolve esconder o cadáver em canavial, fugindo do local, na condução do veículo GM/Corsa, o que revela, às escancaras, insensibilidade moral.

(...)

O réu, porque conhecia bem o ofendido, sabia que ele possuía família, cuja conduta contribuiu sobremaneira para a aflição dos familiares desfalcados, que foram obrigados a sair a campo, à procura do ente familiar querido."

Destarte, adequada a majoração da basilar na fração de 1/3 (um terço), razão pela qual mantenho o cálculo operado em primeira instância.

Ausentes demais alterações, a pena tornou-se definitiva neste patamar.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando o *quantum* de pena imposta e as circunstâncias judiciais desfavoráveis já ressaltadas nesta decisão, sobretudo concernentes à maior reprovabilidade da conduta, bem como à sua gravidade concreta, mantenho o regime inicial **semiaberto** fixado na r. sentença, o qual se mostra adequado à repressão do comportamento criminoso e, notadamente, para a concretização da prevenção geral e especial.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de conceder a suspensão condicional da pena por expressa determinação legal, não se mostrando as medidas socialmente recomendáveis (artigo 44, inciso III, e artigo 77, inciso II, ambos do Código Penal).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto por L.F.N., mantendo-se a r. sentença tal como prolatada.

Após o trânsito em julgado, a Vara de origem adotará as providências necessárias ao cumprimento da pena.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1623808-48.2018.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante D. G.O., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "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** 28.384)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO

COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 31 de janeiro de 2022.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Extorsão e coação no curso do processo – Vítima constrangida a pagar quantia para que seu marido não recebesse fotos íntimas suas que ela enviara ao réu por *WhatsApp* seguida de nova ameaça de divulgação das imagens por ter a vítima lavrado Boletim de Ocorrência – Conjunto probatório desfavorável ao réu lastrado em documentos e em declarações coerentes da vítima – Validade.

Nos crimes de extorsão a palavra do ofendido é crucial não apenas à elucidação dos fatos em si, como para identificar seu autor e confirmar o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

Já no delito de coação no curso do processo, o relato da vítima é essencial para demonstrar que houve uso de violência ou de grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

Extorsão e coação no curso do processo – Princípio da Insignificância – Conduta cujo grau de reprovabilidade está longe de ser reduzidíssimo – Não reconhecimento do crime de bagatela.

O princípio da insignificância traduz a ideia de não dever o Direito Penal ocupar-se de condutas que não importem em lesão minimamente significativa, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Eventual aplicação do princípio da insignificância acarretará a exclusão ou o afastamento da própria tipicidade penal, sendo necessária a seu reconhecimento a presença concomitante dos seguintes requisitos: (a) a mínima ofensividade da con-

Acesso ao Sumário

duta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Não há, todavia, como reconhecer-se o princípio da insignificância se o grau de reprovabilidade da conduta do agente estiver longe de ser reduzidíssimo, como é o caso de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Cálculo da Pena – Multa – Fixação que também deve nortear-se pelo mesmo critério trifásico estabelecido para o cálculo da pena privativa de liberdade – Entendimento.

Os critérios empregados na fixação da pena privativa de liberdade pelo sistema trifásico devem, até mesmo por uma questão de congruência, nortear também a dosimetria da multa cumulativamente prevista no preceito sancionador do tipo penal pelo qual o réu esteja sendo condenado.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 129/134, prolatada pela MMª. Juíza Larissa Boni Valieris, cujo relatório ora se adota, D.G.O. foi condenado como incurso no art. 158, *caput*, e no art. 344, *caput*, ambos do CP, em concurso material, às penas totais de 06 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 45 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. Foi deferido ao acusado o recurso em liberdade.

Inconformado, apelou o réu em busca de sua absolvição, alegando atipicidade da conduta e fragilidade do conjunto probatório colhido para a condenação. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal. Caso não seja o entendimento, pretende a redução das penas aplicadas (fls. 154/171).

Processado e contra-arrazoado o recurso (fls. 174/186), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 194/202).

É o Relatório.

O recurso merece prosperar em parte.

A condenação do acusado pelos crimes de extorsão e de coação no curso do processo foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante.

Acesso ao Sumário

Segundo restou comprovado, E.D.S. e D. trocaram fotos íntimas via "*WhatsApp*". Passado algum tempo, em posse das referidas fotografias, o acusado, em setembro de 2018, passou a enviar diversas mensagens para E., exigindo que ela lhe entregasse a quantia de R$ 15.000,00, caso contrário as fotos seriam exibidas ao marido dela. Afirmou nas referidas mensagens que o casamento dela "valia muito mais do que isso", que estava até "pedindo pouco".

E. comunicou os fatos à Autoridade Policial. Em outubro de 2018, após tomar conhecimento da lavratura de boletim de ocorrência, o réu passou a coagir a vítima no curso da investigação, com o claro intuito de se favorecer, lhe enviando mensagens com o seguinte teor, extraído de fls. 29:

> [...] a pior merda que você fez foi ter contado para o meu pai e ter feito boletim...não se esqueça que as fotos ainda estão comigo... e por motivo de segurança já vou enviar as fotos para outra pessoa... e caso aconteça alguma coisa comigo... se vier polícia aqui na minha porta... ou se eu receber alguma intimação... suas fotos vão se eapalhar (*sic*) por aí... inclusive sua família todinha vai saber.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelos "*prints*" das referidas mensagens (fls. 09/19 e 23/29), sobre os quais se destaca o seguinte trecho da r. sentença, extraído de fls. 132:

> [...] as conversas entregues pela vítima durante a fase de inquérito por meio de *'print screen'* do aplicativo de *'WhatsApp'* podem ser levadas em consideração pelo juízo, como mais um elemento para formar convicção no sentido da materialidade e autoria do crime.

Aliás, questionar a veracidade das mensagens, aduzindo que a apreciação dessas demandaria laudo pericial, é completamente inócuo, já que o próprio apelante confirmou o teor delas (ainda que tentando minimizar a gravidade de sua conduta, aduzindo que assim agiu por ter se sentido "ameaçado").

A prova oral (fls. 82, 124/128 e arquivo digital) colhida na instrução criminal, que conta com o depoimento da vítima, nos exatos termos acima narrados, mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva.

Nos crimes de extorsão, com efeito, a palavra do ofendido é crucial não apenas à elucidação dos fatos em si, como para identificar seu autor e confirmar o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

Já no delito de coação no curso do processo, o relato da vítima é essencial para demonstrar que houve uso de violência ou de grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

Acesso ao Sumário

De ressaltar-se que o réu confirmou os fatos narrados tanto em Juízo, quanto na fase investigativa. Entretanto, tentou amenizá-los, argumentando que assim procedeu, pois teria se sentido "ameaçado" por E., que deu a entender que sua namorada poderia descobrir as fotografias em questão. Por tal motivo, resolveu dizer que seu marido também receberia as fotos, a menos que a vítima pagasse por elas. Afirmou que não queria dinheiro da ofendida, apenas ficou "puto", "com bronca dela", então, "propôs" que ela adquirisse as fotografias para resolver o assunto.

R.G.O., pai do réu, igualmente tentando proteger seu filho, apresentou versão bastante semelhante à do apelante. Asseverou que viu as fotografias e as mensagens trocadas entre D. e E., após a ofendida o ter procurado, para relatar os fatos em pauta e pedir ajuda.

De destacar-se, no entanto, que tais versões não tiveram por intuito o reconhecimento dos ilícitos; ao contrário, não houve a mínima demonstração de arrependimento por parte do acusado, nem repreensão do comportamento por ele adotado por parte do pai do réu. Pasmem, os relatos deles dão a entender que a "solução sugerida" pelo réu a E. lhes pareceu bastante razoável.

Seja como for, é evidente que a vítima foi extorquida pelo acusado, sendo constrangida a pagar-lhe a quantia de R$ 15.000,00 para que o seu marido não recebesse as fotos íntimas por ela enviadas. A grave ameaça é notória. O fato de o réu não ter recebido a quantia exigida é irrelevante, pois se trata de crime formal. Nesse sentido, as contrarrazões recursais, a fls. 178:

> Não deve prosperar o argumento de que o crime de extorsão não teria se verificado em razão de o recorrente não ter auferido qualquer tipo de vantagem, haja vista que o tipo penal em questão não exige que o agente obtenha, efetivamente, vantagem patrimonial indevida, sendo suficiente que a conduta seja perpetrada em razão de tal finalidade, como ocorreu no caso.
>
> Assim, o crime em questão restou consumado no momento em que o apelante constrangeu a vítima a lhe pagar a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), o que fez mediante grave ameaça, pois disse que, caso não obtivesse tal vantagem patrimonial indevida, iria mostrar fotografias em que a ofendida aparecia nua a seu esposo, bem como divulgá-las no bairro onde a vítima mantinha, na época dos fatos, um salão de beleza.
>
> De mais a mais, trata-se, consoante pacífica doutrina e jurisprudência, de crime formal.

Acesso ao Sumário

É evidente, ainda, que E. foi igualmente coagida por D. no curso do inquérito policial, após ter lavrado boletim de ocorrência, tendo continuado a ser por ele ameaçada nos mesmos termos, a fim de favorecer os interesses do acusado na investigação instaurada para averiguar a extorsão. Conforme extrai de

fls. 179:

> De fato, ao tomar conhecimento de que a vítima havia registrado boletim de ocorrência sobre a extorsão que havia sofrido, o apelante, na pendência de inquérito policial instaurado para apuração do referido delito, ameaçou divulgar as fotos da vítima no bairro onde ela exercia sua profissão, o que fez a fim de favor interesse próprio, na medida em que figurava como investigado.

O dolo com que agiu o apelante é evidente, tanto no que diz respeito ao delito de extorsão, quanto no que tange o crime de coação no curso do processo.

É certo, ainda, que a perfeita subsunção operada entre as condutas e as normas penais nas quais o réu foi dado como incurso não permite agasalhar a tese da atipicidade dos seus comportamentos. Não se tratou, ao contrário do que quer fazer crer a Defesa, de mera "brincadeira de adolescente", conforme constou de fls. 157.

Quanto à incidência do princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, aduzida pela combativa Defesa, verifica-se não ser o caso de sua aplicação.

Mencionado princípio da insignificância traduz a ideia de não dever o Direito Penal ocupar-se de condutas que não importem em lesão minimamente significativa, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Eventual aplicação do princípio da insignificância acarretará a exclusão ou o afastamento da própria tipicidade penal, sendo necessária a seu reconhecimento a presença concomitante dos seguintes requisitos: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Destaque-se que, no caso em apreço, as condutas do agente definitivamente correspondem a um comportamento cujo grau de reprovabilidade está longe de ser reduzidíssimo. Aliás, por óbvio, crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa jamais poderão ser tidos como insignificantes.

Também diante da perfeita subsunção operada, não se cogita de desclassificação do crime de extorsão perpetrado para mero delito de constrangimento ilegal, cuja natureza é notoriamente subsidiária. Como bem explanado pelo i. parecerista oficiante, a fls. 200:

> Não merece acolhida, ademais, a tese defensiva de desclassificação da conduta para o crime de constrangimento ilegal, pois o Apelante constrangeu a vítima, mediante grave ameaça consistente em exibir fotos íntimas dela ao marido e terceiros, com o intuito de recebimento de vantagem econômica indevida no valor de R$ 15.000,00.

Acesso ao Sumário

> É fato que os tipos penais previstos no artigo 158 e no artigo 146, ambos do Código Penal, apresentam semelhança, contudo, na extorsão, diversamente do constrangimento ilegal, fica evidenciado o objetivo econômico, tal como ocorreu no caso em apreço. Portanto, devidamente comprovadas todas as elementares do crime de extorsão.

As reprimendas corpóreas, dosadas e fundamentadas em consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, com a imposição do regime inicial semiaberto, não comportam reparo. Porém, a multa imposta deve ser reduzida, por questão de coerência.

A) Da extorsão (art. 158, *caput*, do CP)

a) atentando-se ao quanto disposto no art. 59 do CP, cujas circunstâncias judiciais a Magistrada *a quo* considerou desfavoráveis ao acusado, as suas penas-base foram fixadas em 05 anos de reclusão e 30 dias-multa, sob a seguinte fundamentação, extraída de fls. 132/133:

> Na primeira fase da dosimetria da pena, considero as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal desfavoráveis, o réu foi processado anteriormente, havendo inclusive inquérito no qual relatado crime cometido no contexto de violência doméstica e familiar contra mulher (fls. 63-64), o que evidencia personalidade especialmente voltada ao desrespeito a condição de mulher, sendo certo que este crime – embora não abrangido pelo contexto da Lei Maria da Penha – revela especial desprezo pela condição feminina, ao se utilizar de fotos íntimas da vítima para constrangê-la; além disso devem ser consideradas as consequências do crime, pois o ocorrido claramente impactou negativamente a vida da vítima que chegou a mudar de cidade e emprego [...].

É bem verdade que os feitos mencionados a fls. 63/64 sequer redundaram em condenações, de modo que pouco podem contribuir para a apuração da personalidade do réu. Entretanto, a gravidade concreta da conduta perpetrada e as suas graves consequências para a vítima permitem a exacerbação das básicas na fração de 1/4, pelo que permanece a pena-base de 05 anos de reclusão.

A multa imposta deve ser, contudo, diminuída. Os critérios empregados na fixação da pena privativa de liberdade pelo sistema trifásico devem, até mesmo por uma questão de congruência, nortear também a dosimetria da multa cumulativamente prevista no preceito sancionador do tipo penal pelo qual o réu esteja sendo condenado. Fica, assim, a multa reduzida a 12 dias-multa, nessa primeira etapa do cálculo.

b) na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as reprimendas permanecem no mesmo patamar.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, inaplicáveis causas de aumento ou de diminuição, as sanções restam assim finalizadas.

B) Da coação no curso do processo (art. 344, *caput*, do CP)

Acesso ao Sumário

a) atentando-se ao quanto disposto no art. 59 do CP, cujas circunstâncias judiciais a Magistrada *a quo* corretamente reputou desfavoráveis ao acusado, "em razão das consequências do crime, pois o ocorrido claramente impactou negativamente a vida da vítima que chegou a mudar de cidade e emprego" (fls. 133), as suas penas-base foram fixadas em 01 ano, 01 mês e 15 dias de reclusão e 15 dias-multa.

Mais uma vez, a multa deve ser reduzida, pois deve guardar coerência com a reprimenda corpórea. Tendo em vista que a reprimenda corpórea foi elevada de 1/8 sobre o mínimo legal, a multa deve ser fixada, nessa etapa, em 11 dias-multa.

b) na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as reprimendas permanecem no mesmo patamar.

c) na terceira e derradeira etapa do cálculo, inaplicáveis causas de aumento ou de diminuição, as sanções restam assim finalizadas.

C) Do concurso material

Por derradeiro, após já terem sido finalizadas as reprimendas concernentes a cada crime, ante o reconhecimento do concurso material previsto no art. 69 do CP, correta sua soma. Chega- se a um total final consolidado de 06 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão e de 23 dias-multa.

D) Do regime inicial

Fica, ainda, mantido o regime inicial semiaberto, tendo em vista a quantidade de pena privativa de liberdade imposta, com fundamento no art. 33, § 2º, "b", do CP.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo Defensivo interposto em favor de D.G.O., tão somente para reduzir a pena de multa a ele imposta a 23 dias-multa. Resta mantida, no mais, a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

Fica, desde já, determinada expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de mandado de prisão em regime semiaberto, bem como de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº

1500081-57.2020.8.26.0232, da Comarca de Cesário Lange, em que é apelante JORGE FOGAÇA, 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: Acolheram a preliminar arguida pela Defesa, restando prejudicado a análise do mérito recursal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.730)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Desacato. Recurso defensivo. Alegação de nulidade pela indevida decretação da revelia do acusado. Apelante que foi localizado, mas não foi intimado pessoalmente quanto à audiência de instrução e julgamento. Inexistência de alteração de endereço sem comunicação do juízo. Ausência de intimação pessoal que impede o prosseguimento do feito nos termos do artigo 367, do Código de Processo Penal. Cerceamento de defesa caracterizado. Preliminar acolhida. Nulidade reconhecida. Prejudicada a análise do mérito recursal.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por JORGE FOGAÇA contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito João Guilherme Ponzoni Marcondes, da Vara Única da Comarca de Cesário Lange, que o condenou à pena de 09 meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de um salário mínimo em favor da vítima, devido a prática do crime previsto no artigo 331, do Código Penal (fls. 200/206).

Em razões de recurso, a Defesa requer, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade em decorrência da ausência de intimação pessoal do apelante quanto à audiência de instrução e julgamento. No mérito, pugna pela sua absolvição com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

De forma subsidiária, pleiteia a destinação da prestação pecuniária im-

Acesso ao Sumário

posta ao acusado a entidade sem fins lucrativos (fls. 221/225).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 231/233).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luis Roberto Proença, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 239/242).

É o relatório.

A análise do mérito recursal está prejudicada, em razão do acolhimento da preliminar arguida pela Defesa.

O apelante foi condenado porque, no dia 22 de abril de 2020, por volta das 15h, na Rua Amazonas, n. 40, Cesário Lange, desacatou funcionário público no exercício de suas funções.

Consta da denúncia que, na data dos fatos, o acusado estava caído na via pública e foi solicitada uma ambulância da Prefeitura do Município de Cesário Lange.

Durante o atendimento, o apelante passou a ofender o motorista Guilherme Alves de Oliveira Neto, chamando-o de "preto, macaco, filho da puta".

Cumpre registrar que foi oferecida denúncia pela prática do crime previsto no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal e, quando da prolação da r. sentença, o d. juízo *a quo* entendeu que os fatos se amoldam ao artigo 331, do Código Penal.

Passo à análise da preliminar arguida nas razões de recurso.

A Defesa sustenta que a audiência de instrução criminal foi realizada sem a intimação pessoal do apelante, uma vez que o mandado de intimação foi entregue a pessoa estranha ao processo, de modo que houve a decretação da sua revelia de forma indevida.

Infere-se dos autos que o acusado foi pessoalmente citado na Rua José Rosa, n. 46, Tatuí (fls. 151), sendo certo que tal endereço corresponde à "Casa de Apoio ao Irmão de Rua São José" (fls. 192). Após, foi nomeado defensor dativo em seu favor (fls. 153).

A audiência de instrução e julgamento foi designada para o dia 14 de julho de 2021 (fls. 160) e, em 15 de junho de 2021, foi expedida certidão nos seguintes termos:

> "CERTIFICO eu, Oficial de Justiça, que em cumprimento ao mandado nº 232.2021/000914-7 dirigi-me ao endereço onde fui informada pela funcionária Paola que o réu se encontrava no local, porém, em isolamento.
>
> Diante do exposto, INTIMEI Jorge Fogaça na pessoa da responsável, Sra. Paola Cristina Pires, do inteiro teor deste, ciente ficou e aceitou a contrafé.
>
> Informou o e-mail da entidade: casadeapoioirmaosderua@hotmail.Com e celular 15- (...)." (fls. 176; grifou-se).

Acesso ao Sumário

Diante da ausência do réu na audiência de instrução e julgamento, o d. juízo *a quo* decretou a sua revelia (fls. 184) e a Defesa pugnou em alegações finais pelo reconhecimento de nulidade da decretação da revelia em face da inexistência de intimação pessoal do acusado (mídia digital).

Após, o d. juízo *a quo* determinou que a "Casa de Apoio ao Irmão de Rua São José" fosse oficiada para informar sobre o recebimento do mandado de intimação pelo apelante (fls. 186).

Em resposta, o sobredito estabelecimento prestou as seguintes informações:

> O réu em epígrafe, é morador da cidade de Tatuí, dependente químico e alcoólatra, encontra-se em situação de rua há vários anos e seu primeiro contato com esta entidade, data de 17/08/2013, desde então o mesmo tem a Casa de Apoio como retaguarda em momentos de alta vulnerabilidade.
>
> O Sr Jorge Fogaça permanece conosco somente durante o período que necessita se restabelecer deixando a entidade em seguida. Temos retornos e saídas constantes.
>
> Nossa entidade atua na Política Nacional de atendimento as pessoas em situação de rua, seja nas condicionalidades socioassistencias ou nas condições de drogadição e alcoolismo. Seguimos a preconização de sermos a referência frente ao endereço e localização dos que de nós necessitam.
>
> Por tanto, o mandato de intimação foi coletado pela Sra. Paola; secretária administrativa; a qual providenciou a entrega ao réu mencionado, que se encontra lúcido até este momento, respondendo por suas decisões e ações.
>
> Esclarecemos ainda que mesmo tem família em Tatuí e conta com três irmãs residentes no município.
>
> A impossibilidade da realização da audiência seguiu por conta do Sr. Jorge, o qual não estava na Entidade, porém estava ciente de suas obrigações.
>
> Após a data da referida audiência o Sr. Jorge Fogaça retornou e saiu várias vezes, a Casa de Apoio não tem autonomia sobre essa situação. (fls. 192; grifou-se).

Nota-se que o acusado estava na "Casa de Apoio ao Irmão de Rua São José" quando do comparecimento do oficial de justiça para a sua intimação (fls. 176), mas, ainda assim, ele não foi intimado pessoalmente, tendo sido entregue o mandado à secretária administrativa do local.

O artigo 367, do Código de Processo Penal estabelece que "*o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo*".

Acesso ao Sumário

No presente caso, a despeito de ter sido localizado, o apelante não foi intimado pessoalmente da audiência de instrução e julgamento, de modo que os atos subsequentes não poderiam ter sido realizados sem a sua presença.

Cabe salientar que, segundo Gustavo Badaró, o direito de autodefesa do acusado se subdivide em direito de presença, direito de audiência e direito de postular pessoalmente, *in verbis*:

> *O direito à autodefesa se divide em: (1) direito de presença; (2) direito de audiência; (3) direito de postular pessoalmente.*
>
> *O direito de presença é exercido com o comparecimento em audiências pelo acusado. A sua presença permitirá uma integração entre a autodefesa e a defesa técnica na produção da prova. Muitos fatos e pormenores mencionados por testemunhas são do conhecimento pessoal do acusado que, por estar diretamente ligado aos fatos, poderá auxiliar o defensor na formulação de perguntas e na demonstração de incongruências ou incompatibilidades do depoimento. Assim, a restrição da participação do acusado na audiência de oitiva de testemunhas pode implicar séria violação do direito de defesa como um todo. O direito de audiência, isto é, o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária, é exercido, por excelência, no interrogatório. Trata-se, porém, de mera faculdade do acusado que, se desejar, poderá renunciar a tal direito, permanecendo calado (CR, art. 5.°, LXIII).*
>
> *O direito de postular está presente na possibilidade de recorrer pessoalmente (CPP, art. 577,* caput*), de interpor habeas corpus ou revisão criminal (CPP, art. 623)*[1].

No mais, como destacado por Guilherme de Souza Nucci, o interrogatório "é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio."[2]

Evidente, portanto, que o apelante teve cerceado o seu direito à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, na medida em que ele não foi intimado pessoalmente para comparecer à audiência de instrução e julgamento e, diante da sua ausência, não lhe foram oportunizados o acompanhamento dos depoimentos prestados sob o crivo do contraditório e a apresentação em juízo da sua versão a respeito dos fatos.

Desta forma, não vislumbro outra alternativa senão a anulação dos atos processuais para que a instrução criminal seja refeita, com a intimação pessoal do acusado quanto à sua realização.

Posto isso, pelo meu voto, acolho a preliminar de nulidade arguida pela Defesa e declaro a nulidade da instrução criminal, ficando prejudicado o exame do mérito do recurso interposto em favor de JORGE FOGAÇA.

1 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 21/22.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. *IBooks*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1477.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500940-34.2020.8.26.0536, da Comarca de São Vicente, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSUÉ SALUSTIANO DUARTE.

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 ministerial e, de ofício, afastaram a agravante prevista no artigo 61, inciso II, 'j', do Código Penal, para readequar as reprimendas impostas a Josué Salustiano Duarte para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, inalterada, no mais, a r. sentença. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.867)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR e BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2022.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – RECURSO MINISTERIAL OBJETIVANDO O AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS E A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE EVIDENCIAM QUE O RÉU SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

DOSIMETRIA – AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, ALÍNEA "j" (calamidade pública) – Não há prova de que o réu se valeu da pandemia causada pelo COVID-19 para praticar o delito. AFASTAMENTO DE OFÍCIO.

DISPOSITIVO DA SENTENÇA – EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL – CORREÇÃO – NECESSIDADE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls.

250/258, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal promovida pela Justiça Pública para condenar JOSUÉ SALUSTIANO DUARTE à pena de **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão**, em **regime inicial semiaberto**, e **pagamento de 194 dias-multa**, no patamar mínimo, por incurso no **artigo 33, § 4º da Lei nº. 11.343/06 c.c artigo 61, II, "j" do Código Penal.**

Inconformado, apela o Ministério Público, pleiteando o afastamento do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena (fls. 270/272).

Apresentadas as contrarrazões pela Defesa (fls. 297/302), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 318/326).

É o Relatório.

Consta dos autos que, no dia 22 de março de 2020, por volta das 10h30, na Avenida Angelina Pretty, próximo à ponte dos Barreiros, Quarentenário, comarca de São Vicente, Josué Salustiano Duarte trazia consigo, para venda e entrega a terceiros, 689 porções de maconha, com peso aproximado de 2.549kg, 930 microtubos de cocaína, com peso aproximado de 1.240kg, 1 porção de cocaína a granel, com peso aproximado de 335g, 302 porções de haxixe, com peso aproximado de 228g, e 154 pedras de crack, com peso aproximado de 52g, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, policiais militares estavam em patrulhamento quando notaram que o acusado, o qual trazia nas mãos duas sacolas plásticas, demonstrou nervosismo e empreendeu fuga para uma mata ao avistar a guarnição. Diante isso, saíram ao encalço do réu e conseguiram detê-lo, apreendendo, em poder do dele, as drogas acima descritas.

Muito embora a Defesa não se insurja contra a sentença *a quo*, a condenação era efetivamente o desfecho natural da ação penal.

Com efeito, a despeito das negativas do réu (fls. 7 e gravação digital), verifica-se que o *decisum* se encontra pautado em provas firmes de autoria e materialidade, especialmente nos depoimentos dos policiais Vinicius Marques Siqueira e Victor Vinicius Arcanjo dos Santos (fls. 5, 6 e gravação digital) e na prova documental colhida (cf. Auto de Exibição e Apreensão de fls. 8/9, Auto de Constatação Preliminar de fls. 10/11 e Laudo Pericial de fls. 187/190), razão pela qual o conjunto probatório elencado nos autos era seguro para suportar o bem lançado decreto condenatório.

Inexistindo controvérsia ou qualquer outra circunstância apta a demover a certeza da autoria e da materialidade que embasaram a condenação, insurge-se o Ministério Público quanto à dosimetria das penas impostas ao réu.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada apenas 1/6 acima do mínimo legal, em **5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa**, o

Acesso ao Sumário

que já se mostrou muito benéfico ao réu, haja vista que a grande quantidade de drogas apreendidas, as quais totalizaram mais de 4kg, extrapolou em muito as circunstâncias elementares do tipo penal, o que exigiria maior repreensão. Contudo, diante do conformismo ministerial neste ponto, mantém-se a reprimenda básica como imposta pelo juízo sentenciante, sob pena de *reformatio in pejus*.

Na seguinte etapa, a agravante referente à prática do crime em calamidade pública (artigo 61, inciso II, 'j', do Código Penal) foi integralmente compensada com a atenuante da menoridade relativa, mantendo-se inalterada a reprimenda.

Contudo, a agravante deve ser afastada, pois embora o país esteja atualmente enfrentando uma pandemia ocasionada pelo COVID-19, não há nada nos autos que indique que o réu se aproveitou desta especial circunstância para cometer o delito.

Além disso, o legislador penal não previu a pandemia como hipótese de calamidade pública. Entendeu o legislador que crimes ocorridos durante o estado de calamidade pública, como incêndios, inundações, terremotos etc., obrigam os moradores a abandonarem suas casas e seus comércios, possibilitando o roubo, furtos etc. No caso da pandemia, a situação é inversa, pois as pessoas permanecem em suas residências e o policiamento é redobrado. O reconhecimento da agravante é mero preciosismo acadêmico, distanciado da realidade.

Assim, diante do afastamento da agravante, a atenuante remanescente, nesta instância, reconduz a reprimenda para o patamar mínimo de **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.**

Na derradeira fase, assiste razão ao Órgão Acusador ao pleitear o afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Como é cediço, a primariedade do agente não implica a concessão automática do benefício, sendo necessário o cumprimento cumulativo dos demais requisitos, quais sejam, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa.

No caso em tela, ainda que o recorrido seja primário, verifica-se que ele possui registros de atos infracionais desde a adolescência (fls. 37/38), o que denota habitualidade criminosa.

Acesso ao Sumário

E, de fato, as circunstâncias em que se deram os fatos (com detenção do réu na via pública em poder de sacolas contendo significativa variedade de tóxicos, dentre eles haxixe, maconha, cocaína acondicionada em *eppendorfs*, cocaína a granel e cocaína na forma crack, totalizando mais de mil porções de entorpecentes) confirmam que o réu, realmente, não se tratava de traficante jejuno e inexperiente, mas, sim, que estava envolvido com tráfico de grande escala, não fazendo jus à benesse.

Nessa esteira se posiciona o C. Superior Tribunal de Justiça: "(...) Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, **a natureza**

e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para **afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes**. (...)" (HC 434.921/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018).

Assim, à míngua de outras modificadoras, a reprimenda torna-se definitiva, agora, em **5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa**, no valor unitário mínimo.

Diante do redimensionamento da reprimenda, acolhe-se o pedido ministerial de agravamento do desconto corporal imposto pela sentença, qual seja, o semiaberto, para o **regime inicial fechado**, pois, conforme ponderado para manter a pena-base acima do piso legal e afastar o redutor, as graves circunstâncias do caso concreto, notadamente a grande quantidade e notória variedade de tóxicos apreendidos, demonstram que desconto mais brando não seria suficiente para atingir o caráter qualitativo da reprimenda, nos termos do artigo 33, § 2º, ‹a›, do Código Penal.

E não se olvide que a traficância é mola propulsora da criminalidade que assola o país, uma vez que o usuário, na ânsia de sustentar seu vício, pratica toda sorte de delitos, abalando consequentemente toda a sociedade.

Essa é a inteligência do C. Superior Tribunal de Justiça: "*(...) Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF. - Observa-se que, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos de reclusão) comportarem, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade dos entorpecentes apreendidos, elemento que, inclusive, foi valorado na terceira etapa da dosimetria da pena, quando do não reconhecimento do privilégio (...)*" (HC 416.189/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 07/12/2017).

Da mesma forma, não era mesmo o caso de substituição da pena corporal do sentenciado por alternativa. É certo que a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 97.256/RS, consolidada pela Resolução nº 5 do Senado Federal, reconheceu ser possível a aplicação do art. 44 do Código Penal para os delitos previstos na Lei de Drogas. Contudo, não afastou do julgador natural o poder de efetuar tal conversão levando em conta as circunstâncias concretas de cada caso.

Na hipótese dos autos, além de a quantidade de pena ora aplicada impe-

Acesso ao Sumário

dir, desde logo, a concessão do benefício, as circunstâncias concretas do delito, já amplamente mencionadas, evidenciam que a substituição das penas corporais do réu por alternativas não seria suficiente para atingir o caráter preventivo e repressivo da reprimenda, podendo incentivá-lo a permanecer na senda de crime tão nefasto.

Por fim, imperiosa a correção da sentença, pois, por um lapso, constou no dispositivo o nome José Salustiano Duarte, quando o correto é Josué Salustiano Duarte; anotando-se que referido equívoco trata-se de mero erro material, que não importa a nulidade do *decisum*.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial e, de ofício, afasta-se a agravante prevista no artigo 61, inciso II, 'j', do Código Penal, para readequar as reprimendas impostas a Josué Salustiano Duarte para 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e **pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, inalterada, no mais, a r. Sentença.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501051-35.2021.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante/apelado D.S., é apelado/apelante 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 o provimento ao apelo defensório e deram provimento ao recurso ministerial para condenar D.S. também pelo crime do artigo art. 331, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, em concurso formal, aumentada a pena final para 1 ano, 1 mês e 27 dias de detenção, mais 21 dias de prisão simples V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.441)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO VALALA (Presidente sem voto), JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

MAURICIO VALALA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Descumprimento de medidas protetivas, ameaça e vias de fato – Conjunto probatório harmônico e coeso – Manutenção da condenação.

Desacato – Crime bem delineado, como se defende no

recurso ministerial – Dolo configurado – Desnecessidade de ânimo calmo e refletido para configuração do delito.

Penas – Critérios dosimétricos inalterados.

Regime aberto – Adequação.

Taxa judiciária – Isenção de pagamento – Inadmissibilidade – Inteligência do artigo 804 do Código de Processo Penal.

Apelo ministerial provido, enquanto desacolhido o defensório.

VOTO

A respeitável sentença de fls. 172/182, do d. juízo de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a presente ação, para condenar D.S. como incurso no art. 24-A da Lei 11.340/06, art. 147, do Código Penal, e art. 21 do Decreto-Lei 3.688/41, na forma do artigo 69 do Código Penal, à pena de 05 meses e 15 dias de detenção, em regime prisional inicial aberto, e 21 dias de prisão simples.

Absolvido, outrossim, da prática de desacato e de um dos crimes de ameaça.

Recorrem as partes.

O representante do Ministério Público bradando pela condenação pelo desacato (fls. 206/210), ao passo que o condenado postula a absolvição da contravenção dada a fragilidade probatória e a atipicidade da ameaça, pugnando, subsidiariamente, pela redução das reprimendas e isenção do pagamento das custas processuais (fls. 214/226).

Os apelos foram regularmente processados. Sobreveio parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do pleito acusatório e desprovimento do defensório (fls. 267/270).

É o relatório.

Merece prosperar apenas o pleito acusatório, senão vejamos.

Autoria e materialidade delitivas comprovadas com o flagrante (fl. 02), boletim de ocorrência (fls. 12/15), cópia da decisão que fixou medidas protetivas em favor da vítima (fls. 23/24), auto de exibição e apreensão (fls. 23/24), bem como pela prova oral colhida no feito.

O acusado, ao ensejo de seu interrogatório, negou a prática delitiva, asseverando que apenas estava conversando com a ex-companheira. Algum tempo depois, o genro da vítima passou pela via e questionou o que fazia no local, posto que estaria descumprimento medidas protetivas. Entraram em luta corporal,

Acesso ao Sumário

em razão da postura agressiva do genro, que estava bêbado e drogado.

A vítima L., nas duas oportunidades em que ouvida, confirmou que o réu, munido de faca e descumprindo medidas protetivas, a ameaçou de morte e a empurrou contra um muro. Disse, ainda, que o genro passou pela via pública e tentou convencer D. a deixá-la ir, todavia, como ele não logrou êxito, os dois começaram a discutir. Nesse instante, ela conseguiu fugir.

L.N., o genro, confirmou a narrativa da vítima. A sogra foi encurralada num canto pelo acusado. Ela chorava e falava que queria ir embora. Percebeu que D. ameaçava a vítima de morte. O increpado começou a xingá-lo, quando entraram em luta corporal. Quem deu início ao entrevero foi D.

Também os policiais militares oficiantes foram firmes em seus testemunhos ao azo do flagrante, ratificando, em juízo, o quanto relatado na fase inquisitiva, ocasião em que bem narraram como se deu a prisão do réu. Esclareceram que foram acionados, via COPOM, para atender uma ocorrência que versava sobre violência doméstica. No local, entrevistaram a vítima, quem lhes disse que o ex-companheiro, portando uma faca, havia violado medida protetiva anteriormente imposta, ameaçando-a de morte. Indagado, o acusado confirmou que tinha ciência das medidas protetivas. Também externou sua intenção de matar a vítima, mas disse que iria fazê-lo em outra oportunidade. Deram voz de prisão ao increpado, que passou a proferir palavras de baixo calão contra eles, como "cuzão, seus bosta".

Daí ser evidente o descumprimento das medidas protetivas, a ameaça e agressão, bem como o desacato.

Ao contrário do que sustenta a defesa, existe prova suficiente para a condenação, embasada na consistente versão trazida pela vítima, secundada por testemunhos colhidos em juízo.

Ficou claro que o réu, devidamente intimado da decisão proferida nos autos do processo nº 1500061-44.2021.8.26.0616 (fl. 21), descumpriu as medidas que lhe foram impostas.

Também as promessas malévolas, frise-se, foram de natureza séria, sentindo-se a vítima atemorizada, tanto que registrou a ocorrência e representou contra o ex-companheiro.

É o quanto basta à configuração do ilícito, sendo irrelevante ter sido a intimidação cometida durante eventual desentendimento, porquanto desnecessário ânimo calmo e refletido por parte do ameaçador, considerado que tanto não exige o tipo, com o registro de que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade penal, *ex vi* do artigo 28, incisos I e II, do Código Penal.

Claro, ainda, o cometimento das vias de fato contra L., pois restou caracterizada a agressão intencional, ao empurrar a espoliada contra o muro.

E não é de suspeitar-se da narrativa dos agentes da lei, em inexistindo

Acesso ao Sumário

fator ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha, sem falar que interesse nenhum teriam em, graciosamente, increpar o réu.

Não vinga, portanto, a tese de que atípico o desacato, pois, do conjunto probatório ressumbra inconcusso o dolo, em sendo patente o menoscabo do increpado em relação à condição de servidores públicos dos policiais militares, no exercício de suas funções, ao dirigir-lhes palavras ofensivas ("seu bosta" e "cuzão").

Ademais, muito embora estivesse o acusado exaltado, quando proferiu as palavras, em virtude de sua prisão, essa circunstância não é suficiente para descaracterizar tal delito, assim como a ameaça, em sendo despiciendo ânimo calmo e refletido por parte do agente, considerado que tanto não exigem os tipos.

Bem delineada, pois, as infrações, afigurando-se justa a condenação nos moldes pretendidos pela acusação.

Passa-se ao exame das penas.

Os maus antecedentes (fls. 133/137 – furto e roubo) e a personalidade desvirtuada do réu, quem, ao azo da prática dos delitos em questão também ofendeu o genro de L. e iniciou com ele luta corporal, são suficientes a chancelar o aumento nas bases, bem como a fração de acréscimo adotada de 1/4 para todos os delitos.

Assim, as penas iniciais chegam a 1 mês e 7 dias de detenção, para a ameaça; 3 meses e 22 dias de detenção, pelo descumprimento de medida protetiva; 7 meses e 15 dias, para cada um dos desacatos; e 18 dias de prisão simples, para a contravenção.

Na fase seguinte, presente agravante da violência doméstica, houve consentâneo acréscimo de 1/6, para os delitos de ameaça e vias de fato, atingindo-se, respectivamente, 1 mês e 13 dias de detenção, e 21 dias de prisão simples.

Nesse ponto, cumpre consignar que a versão ofertada pelo apelante – de que teria ido ao encontro de sua ex-companheira para conversar – não era mesmo de ser reconhecida como atenuante, eis que evidenciando o intuito de minimizar significativamente sua conduta, não demonstrando, minimamente, sincero arrependimento.

Ademais, ela sequer foi relevante para a formação da convicção da magistrada *a quo*, certo que, como visto, foram os crimes confirmados pelas vítimas e testemunhas em juízo.

Na terceira fase, presente o concurso formal entre os desacatos, porque foram ofendidos policiais diversos, majora-se a pena de um dos crimes em 1/6, chegando-se a 8 meses e 22 dias de detenção.

Por fim, considerado que os delitos foram praticados em concurso material, impõe-se a somatória das sanções, obtendo-se 1 ano, 1 mês e 27 dias de

Acesso ao Sumário

detenção e 21 dias de prisão simples.

Elegeu-se o regime aberto, negada a substituição, uma vez que "*o crime foi praticado mediante grave ameaça à mulher – incidência da Súmula nº 588, STJ. Considero também que a personalidade do agente não recomenda a suspensão prevista no art. 77 do Código Penal*" (fl. 182), nada havendo a reparar.

Ademais, incabíveis a substituição das penas ou "sursis", também ante as máculas no passado do réu.

E a condenação do apenado em custas é decorrência direta do inserto no artigo 804 do Código de Processo Penal – sem vício de qualquer ordem, nem mesmo constitucional –, incumbindo a análise da condição financeira da apelante e a eventual suspensão da exigibilidade do pagamento da taxa judiciária ao juízo da execução.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao apelo defensório e dá-se provimento ao recurso ministerial** para condenar D.S. também pelo crime do artigo art. 331, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, em concurso formal, aumentada a pena final para 1 ano, 1 mês e 27 dias de detenção, mais 21 dias de prisão simples.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501022-04.2021.8.26.0545, da Comarca de Atibaia, em que é apelante A.L.J. é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso de apelação interposto, apenas para afastar-se o *sursis*, mantidas, no mais, as disposições da r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.720)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2022.

ROBERTO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Descumprimento de medidas protetivas impostas em contexto de violência doméstica – Condenação – Recurso da defesa

– Crime que independe do desfecho da ação penal em que foram impostas – Regularidade do depoimento da vítima na ausência do réu – Preliminares afastadas – Materialidade e autoria sobejamente comprovadas – Palavras da vítima firmes e corroboradas pelas dos guardas civis – Descabida a alegação de incompreensão acerca dos termos das medidas protetivas – Condenação de rigor – Pena fixada no mínimo legal – Regime aberto fixado na origem – *Sursis* afastado, já que mais gravoso que a reprimenda imposta – Detração de competência do Juízo das Execuções – Recurso defensivo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por A.L.J. contra a r. sentença de fls. 249/256, que o condenou, como incurso nas sanções do artigo 24-A da Lei nº 11.340/06, ao cumprimento da pena de 3 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, suspensa sua execução, nos termos dos artigos 77 e 78 do Código Penal, por dois anos, com prestação de serviços comunitários no primeiro deles.

Inconformada, recorre a combativa defesa, a fls. 311/325, apontando, preliminarmente, nulidade por cerceamento de defesa, seja pelo indeferimento de questões, seja pela retirada do réu da sala virtual de audiências quando do depoimento da vítima, seja, ainda, pela posição profissional da vítima. No mérito, visa à absolvição, por julgar incomprovado o dolo. Subsidiariamente, pretende o afastamento do *sursis*, considerado mais danoso que a pena corporal, bem como a aplicação da detração.

Regularmente processado, o recurso foi contra-arrazoado a fls. 343/348. Nesta Instância, a douta Procuradoria de Justiça foi pelo parcial provimento do apelo defensivo, no parecer de fls. 393/410.

É o relatório.

A.L.J. foi denunciado como incurso nas sanções no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06, porque, no dia 20 de setembro de 2021, no período da tarde, na Avenida Dona Carmela, (...), Vila Lea, na comarca de Atibaia, descumpriu decisão judicial que deferiu medida protetiva de urgência em favor de R.B.C.M.

Narra a exordial que, no dia 03 de setembro de 2021, o denunciado durante uma discussão com a vítima, pegou uma faca e lhe ameaçou de morte, o que a deixou temerosa, visto o grau de agressividade demonstrado por ele naquela oportunidade. Em virtude de tais fatos foi concedida em favor da vítima medida protetiva de urgência (decisão a fls. 15/17, processo nº 1503118-

Acesso ao Sumário

28.2021.8.26.0048, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia/SP), determinando que o acusado além de se afastar do lar conjugal, deveria não se aproximar e não manter contato com ela de forma alguma.

No dia 03 de setembro de 2021, o denunciado foi devidamente intimado da medida protetiva deferida em favor da vítima (fl. 31, processo n° 1503118-28.2021.8.26.0048, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia/SP). Posteriormente, no dia 20/09/2021, mesmo ciente da medida protetiva deferida, o denunciado a descumpriu e se aproximou da vítima. Na ocasião, o acusado adentrou o condomínio da vítima e estacionou o seu veículo em frente ao portão da residência dela, obstruindo a saída da residência.

Na sequência, a vítima acionou a Guarda Municipal que compareceu no local e prendeu em flagrante o acusado, o qual estava no interior do seu veículo.

Pois bem.

As alegações preliminares não colhem.

Importa registrar que o crime de descumprimento de medidas protetivas independe da efetiva condenação pelo delito que deu origem à imposição de tais medidas. Isso porque a própria decretação das medidas independe da formação da culpa, fundando-se nos fortes indícios de autoria então verificados. Uma vez fixadas as medidas, seu descumprimento configura crime, nos termos do artigo 24 da Lei nº 11.340/06, texto legal que não condiciona a consumação do delito nele previsto à condenação por crime antecedente. Basta a decretação da medida e a ciência pelo acusado, elementos que comprovadamente ocorrem nos autos.

Nesse prisma, era mesmo descabido elucubrar sobre a efetiva ocorrência dos fatos antecedentes, ainda que trazidos à tona pela vítima em seu depoimento nestes autos. Embora a narrativa se mostre importante para contextualizar a imposição das medidas protetivas, a culpa sobre o crime antecedente não é objeto destes autos, descabendo aqui discuti-la. Vale dizer, uma vez decretadas, as medidas protetivas de urgência adquirem eficácia per se, independentemente da eventual sentença de mérito sobre a imputação que deu causa a sua decretação.

Acesso ao Sumário

É por isso que resta impossível depreender qualquer prejuízo à defesa pelo indeferimento de questões relacionadas ao delito antecedente. Ao contrário, tenho que foi acertada a delimitação das questões, pelo douto Presidente da instrução criminal, ao que toca os fatos sob análise nestes autos específicos. Ora, o objeto dos autos de origem é tão-somente o descumprimento das medidas protetivas ocorrido em 20 de setembro de 2021, restando irrelevante a discussão sobre a como ocorreram os fatos pretéritos, os quais deverão ser discutidos nos autos próprios.

Tampouco se pode vislumbrar qualquer prejuízo à defesa em razão da retirada do réu da sala de audiências durante o depoimento da vítima. Trata-se de procedimento comum e que visa conferir conforto a vítima para que ofe-

reça sua versão sem que sofra pressão psicológica pela presença do agressor. A prática, aliás, dá efetiva vigência à previsão do artigo 400-A do Código de Processo Penal, que determina que todos os sujeitos processuais devem "*zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa*". Tampouco há prejuízo à defesa técnica, eis que ao douto Defensor constituído foi garantido o acompanhamento da produção da prova oral, sob os crivos do contraditório e da ampla defesa.

Menos ainda se verifica irregularidade em razão de tratar-se a vítima de Promotora de Justiça oficiante na Comarca de origem. A posição profissional não a torna isenta de sofrer violência no âmbito doméstico e não foram levantados quaisquer indícios de favorecimento indevido.

Afastadas, assim, porque ausente qualquer demonstração de efetivo prejuízo à defesa, as alegações preliminares.

No mérito, razão tampouco assiste à combativa defesa.

A materialidade restou devidamente demonstrada pela decretação das medidas protetivas e pela intimação do Apelante acerca delas, conforme fls. 15/17 e 31 15/17 dos autos de n° 1503118- 28.2021.8.26.0048; pelo auto de prisão em flagrante de fls. 1/2; pelo boletim de ocorrência de fls. 10/12 e pela prova oral colhida nestes autos.

A autoria é igualmente induvidosa.

Pelo depoimento da vítima, oferecido de forma segura e mantido firme desde a fase policial, depreende-se que, apesar do fim do relacionamento e das alegações de episódios de violência pretéritos que ensejaram a fixação de medidas protetivas de urgência, houve por bem o Apelante ingressar no condomínio em que ela reside e parar seu veículo na frente do portão de sua casa, bem como atrás do carro dela, impedindo sua saída.

Cediço que as palavras da vítima se revestem de especial relevância nos casos de violência doméstica, em que as agressões ocorrem, no mais das vezes, na clandestinidade, quando a vítima encontra-se refém em sua própria residência, longe dos olhos de testemunhas que possam corroborar sua versão.

No caso, contudo, tais palavras ainda são corroboradas pelos guardas civis, os quais a vítima logrou acionar quando notou a presença do Apelante. De fato, os guardas Flávio Rodrigues Camacho Filho e Douglas Teixeira da Silva ofereceram versões seguras e uníssonas, declarando que flagraram o acusado ainda estacionado em frente à residência da vítima.

Nenhum indício dos autos infirma tais depoimentos, que, oferecidos por agentes do Estado em pleno exercício de sua função pública, guardam presunção de veracidade. Tampouco se demonstrou, para além de insinuações gerais nas razões recursais, efetiva relação de subordinação entre eles e a vítima, que atua como membro do Ministério Público na Comarca de origem.

Acesso ao Sumário

Já a versão do Apelante, acerca de má interpretação da decisão judicial, não pode afastar a ocorrência do crime. Verifica-se que as medidas protetivas foram impostas com clareza no sentido de que não deveria o acusado aproximar-se da vítima, nenhuma ressalva havendo acerca da imaginada exceção para visitação da prole. Tem-se, portanto, que o Apelante, ciente de que se aproximava fisicamente da vítima, o fez de forma livre e voluntária.

A conclusão, ainda, é reforçada, como bem registrado na r. sentença, pelo depoimento da testemunha arrolada pela Defesa. De fato, ela negou que na data dos fatos o Apelante a tivesse contatado para, de qualquer modo, intermediar a visita ao filho. Ainda mais isolada, assim, a versão de mal-entendido em relação à claríssima determinação judicial, o que só reforça a configuração do dolo de desrespeitá-la, aproximando-se da vítima.

Resta, diante de todo o quadro, repisar as contundentes considerações tecidas na r. sentença condenatória acerca dos diversos e-mails enviados pelo Apelante à vítima antes dos fatos sob análise, elemento que, ainda mais, reforça o já evidente dolo.

Bem caracterizada, assim, a conduta típica prevista no artigo 24 da Lei Maria da Penha. Evidenciada, ainda, a ciência prévia do acusado acerca da proibição de aproximação, bem como sua ciência, que emana de sua própria narrativa, acerca da presença da vítima no local.

A condenação por descumprimento de medidas protetivas, assim, era mesmo medida de rigor.

No tocante à dosimetria, pequeno reparo a ser feito.

Na primeira fase, consideradas neutras ou favoráveis as circunstâncias judiciais, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 3 (três) meses de detenção.

Na segunda e terceira fases, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, assim como causas de aumento ou de diminuição.

O regime aberto é compatível com o montante da reprimenda, bem como com a ausência de registros no histórico criminal do Sentenciado. O cometimento do delito em contexto de violência doméstica afasta a possibilidade de substituição da pena corporal.

Razão assiste ao recorrente, unicamente, ao pleitear o afastamento da suspensão condicional da pena (*sursis*) já que "*ao invés de beneficiar o réu, acarretaria situação mais gravosa, na prática, do que o regime aberto*" (Apelação Criminal 1543113-13.2017.8.26.0590; Rel. Camilo Léllis; j. em 27/07/2021).

Cabe reparação, nesse sentido, à r. sentença condenatória, de modo a afastar-se o *sursis* e restabelecer o cumprimento da pena corporal de 3 (três) meses de detenção em regime inicial aberto.

Já o pleito de extinção da reprimenda por detração afigura-se inaplicável

neste momento. Trata-se de questão afeta à execução das penas e, portanto, de competência exclusiva do MM. Juízo das Execuções Criminais competente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso de apelação interposto, apenas para afastar-se o *sursis*, mantidas, no mais, as disposições da r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502005-74.2019.8.26.0544, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante AILSON APARECIDO DO NASCIMENTO FILHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NÃO CONHECERAM DO RECURSO DEFENSIVO E CONCEDERAM *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO para redimensionar as penas do apelante Ailson Aparecido do Nascimento Filho, quanto ao crime de receptação simples, para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa mínimos; mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.887)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente), BUENO DE CAMARGO e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2022.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO DEFENSIVA. INTEMPESTIVIDADE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO RECURSAL OBJETIVO. RECURSO NÃO CONHECIDO. O prazo para interpor recurso de apelação criminal, previsto de forma expressa na lei penal adjetiva – o que afasta incidência de regras do processo civil –, é de cinco dias (CPP, art. 593, *caput*) e, consoante a sistemática processual penal em vigor, conta-se de forma contínua (CPP, art. 798, *caput*). Com a disponibilização da respeitável sentença condenatória no DJE em 14/09/2021 e sua publicação em 15/09/2021,

Acesso ao Sumário

excluído o termo inicial, o prazo recursal iniciou-se em 16/09/2021 e findou-se em 20/09/2021. Reclamo protocolizado somente em 21/09/2021, fora, portanto, do prazo legal, o que impede seu conhecimento. Apelo defensivo não conhecido. PENAS DO CRIME DE RECEPTAÇÃO SIMPLES. ILEGALIDADE MANIFESTA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. NECESSIDADE. O cargo público ocupado pelo acusado não contribuiu à receptação dolosa do aparelho celular e, por essa razão, não denota culpabilidade acentuada do agente, afigurando-se imperioso o afastamento dessa circunstância judicial negativa, tão somente quanto ao crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal. Assim, afastada a culpabilidade acentuada do agente, fixa-se a pena base do crime de receptação simples no mínimo legal, que é a definitiva, à míngua de circunstâncias modificadoras.

Apelação defensiva não conhecida, porque intempestiva, com concessão de *habeas corpus* de ofício para redimensionar as penas do apelante Ailson Aparecido do Nascimento Filho, quanto ao crime de receptação simples, para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa mínimos; mantida, no mais, a r. sentença.

VOTO

A respeitável sentença de fls. 274/282, tornada pública em 10/09/2021 (fl. 285), julgou procedente a ação penal para condenar o apelante AILSON APARECIDO DO NASCIMENTO FILHO às penas de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 11 (onze) dias-multa mínimos, como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal, e de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 11 (onze) dias-multa mínimos, como incurso no artigo 12 da Lei nº 10.826/03, em concurso material de infrações, deferindo-se-lhe o direito de apelar em liberdade do *decisum*.

Inconformado, apelo o acusado.

Busca a absolvição do crime de posse irregular de munições de uso permitido, por insuficiência probatória, e do delito de receptação simples, por erro de proibição inevitável. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para receptação culposa e, ainda quanto ao crime patrimonial, a fixação da pena base no mínimo legal, dada a ausência de nexo causal entre o cargo público

Acesso ao Sumário

ocupado e referido delito (fls. 288/295).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 301/302), contando os autos com respeitável parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo não provimento do apelo (fls. 311/323).

É o relatório.

Prima facie, consigno que a apelação defensiva não comporta conhecimento, dada sua intempestividade.

Com efeito, o prazo para interposição do recurso de apelação é de cinco dias (CPP, art. 593, *caput*), cuja contagem, nos termos da legislação processual penal em vigor, opera-se de forma contínua (CPP, art. 798, *caput*).

No caso dos autos, com a disponibilização da respeitável sentença condenatória no DJE em 14/09/2021 (fl. 287), considera-se a data da publicação o primeiro dia útil subsequente (Lei nº 11.419/06, art. 4º, § 3º), ou seja, em 15/09/2021; excluído o termo inicial (Lei nº 11.419/06, art. 4º, § 4º), o prazo recursal iniciou-se em 16/09/2021 e **findou-se em 20/09/2021**. Contudo, o reclamo foi protocolizado somente em 21/09/2021 (fls. 288/295), fora, portanto, do prazo legal, o que impede seu conhecimento, por falta de pressuposto recursal objetivo.

Neste ponto, observo que, em razão da previsão expressa de norma referente ao prazo recursal no processo penal, não há que se cogitar em incidência de normas de processo civil, que só se aplicam ao procedimento penal supletivamente, na falta de previsão expressa na lei de ritos penais. O artigo 3º do Código de Processo Penal aponta para a aplicação da norma processual civil apenas em situação de lacuna da norma processual penal, o que não é o caso em apreço, em face do que dispõe *expressamente* o artigo 798, *caput*, do Código de Processo Penal, que dá conta da fluência contínua e peremptória dos prazos recursais.

Assim, a despeito do que dispõe o artigo 219, *caput*, do Código de Processo Civil, que determina a contagem do prazo recursal em dias úteis, o caso concreto trata de apelação em processo criminal, no qual as regras do processo civil somente se aplicam subsidiariamente, onde houver lacuna. No conflito entre regras formalmente expressas em lei, há de ser aplicado o critério da especialidade. Destarte, não há que se cogitar em prazo do processo civil, tampouco em fluência de prazo apenas em dias úteis, de previsão exclusiva do processo civil.

Por fim, consigno que a intimação pessoal do apelante Ailson Aparecido, acerca da sentença condenatória, era mesmo desnecessária, já que se trata de réu solto (fls. 139/140), que constituiu defensor (fl. 50), de sorte que não se aplica a regra da dupla intimação (CPP, art. 392, II). Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) tratando-se de réu solto, mostra-se suficiente a intimação do defensor constituído acerca da r. sentença condenatória."* (STJ, Quinta

Acesso ao Sumário

Turma, RHC 66.254/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 19/5/2016, DJe de10/6/2016).

"Este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que, em se tratando de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído a respeito da sentença condenatória para a garantia do contraditório e da ampla defesa." (STJ, Sexta Turma, REsp 1.383.921/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 16/06/2015, DJe de 25/06/2015).

"É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, 'nos termos do art. 392, inciso II, do Código de Processo Penal, tratando-se de réu solto, é suficiente a intimação do seu causídico da sentença condenatória proferida em primeiro grau, não se exigindo a intimação pessoal do acusado quando o advogado já teve ciência da prolação do édito' (...)." (STJ, Quinta Turma, AgRg no AgRg no AREsp 1.686.136/RO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20/10/2020, DJe de 26/10/2020).

Restou evidenciada, então, a fata de requisito objetivo de admissibilidade do recurso (tempestividade), o que impede seu conhecimento.

Por outro lado, ante a manifesta ilegalidade na fixação das penas do acusado Ailson Aparecido, quanto ao crime de receptação simples (CP, art. 180, *caput*), afigura-se imperiosa a **concessão de *habeas corpus* de ofício** (CPP, art. 654, § 2º) para corrigi-las, como se demonstrará a seguir.

Isso porque o cargo público ocupado pelo acusado, agente penitenciário (fls. 19 e 30), não contribuiu à receptação dolosa do aparelho celular – *mas tão somente ao cometimento do crime previsto no Estatuto do Desarmamento* – e, por essa razão, não denota culpabilidade acentuada do agente, por ausência de nexo causal, afigurando-se imperioso o afastamento dessa circunstância judicial negativa quanto ao crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal. Assim, afastada a culpabilidade acentuada do agente, fixa-se a pena base do crime de receptação simples no mínimo legal, **1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa mínimos**, que é a definitiva, à míngua de circunstâncias modificadoras.

Acesso ao Sumário

E, uma vez afastada a circunstância judicial desfavorável, seria o caso de fixar o regime aberto para o crime de receptação simples (CP, art. 33, §§ 2º e 3º). Todavia, considerando que o apelante Ailson Aparecido foi condenado também pelo crime de posse irregular de munições de uso permitido (Lei nº 10.826/03, art. 12), em concurso material com o delito patrimonial cuja pena ora se redimensiona, mantenho a fixação do regime inicial semiaberto para ambos os delitos (LEP, art. 111, *caput*), que é prevalente àquele.

Do mesmo modo, ante as circunstâncias judiciais desfavoráveis do delito de posse irregular de munições de uso permitido, inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (CP, art. 44, III, e 69, § 1º).

Ante o exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO DO RECURSO DEFENSIVO E CONCEDO *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO** para redimensionar as penas do apelante Ailson Aparecido do Nascimento Filho, quanto ao crime de receptação simples, para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa mínimos; mantida, no mais, a respeitável sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503526-19.2019.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.T.V., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, determinando que, no primeiro ano da suspensão condicional da pena, o apelante cumpra a prestação de serviços à comunidade, conforme for estipulado em execução. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.453)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Ementa: Ameaça, por duas vezes, e divulgação de cenas de nudez e sexo. Réu que, após término do relacionamento amoroso com a vítima, divulga, através de aplicativo de mensagens pela *internet* e sem o consentimento dela, imagens de nudez e de sexo envolvendo a ofendida. Imagens enviadas para pessoas do ciclo de relacionamento da vítima. Réu que, ademais, procura a ofendida em pelo menos duas ocasiões, e ameaça divulgar as imagens caso ela não lhe entregue o dinheiro que devia. Prova hábil. Autoria e materialidade comprovadas do cotejo da prova oral. Confissão nas duas fases da persecução penal. Declarações judiciais da ofendida coerentes e seguras. Relato da testemunha, amiga de ambos, confirmando que recebeu as imagens do réu. Condenações bem decretadas. Penas que

Acesso ao Sumário

não comportam reparo. Regime aberto. Concessão da suspensão condicional da pena, determinando-se o cumprimento de prestação de serviços à comunidade, no primeiro ano do prazo. Apelo improvido, com determinação.

VOTO

Apelação Criminal contra sentença que condenou J.T.V. como incurso no artigo 218-C, "caput", do Código Penal, à pena de 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e, ainda, no artigo 147, "caput", por duas vezes, do Código Penal, à pena de 1 mês e 5 dias de detenção para cada ameaça, reconhecido o concurso material de infrações, de modo que, somadas, as penas alcançaram 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 2 meses e 10 dias de detenção. O regime estipulado foi o aberto e, nos termos do artigo 77 e seguintes, do mesmo diploma legal, foi concedido o benefício da suspensão condicional da pena, por dois anos, estipuladas as condições consistentes na proibição de ausentar-se da comarca, sem autorização e, ainda, de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (páginas 107/116).

Sustenta o recorrente que o crime do artigo 218-C, do Código Penal, não restou comprovado, tendo a própria vítima afirmado que ficou sabendo por amigas da divulgação de suas imagens, as quais sequer confirmou ter visto. Alega que as testemunhas são a amiga e a mãe da vítima, de modo que elas possuem interesse no resultado do processo. Argumenta, também, que embora tenha reconhecido a prática do fato, não há outro elemento de prova que corrobore a confissão. Quanto aos crimes de ameaça, assevera que negou a prática dos delitos e que sua versão tem valor probatório. Invocando a ausência de provas, busca a absolvição. Alternativamente, quanto aos crimes de ameaça, pretende seja reconhecida a atipicidade da conduta, eis que agiu em estado emocional alterado, de modo que as palavras proferidas não podem ser tidas como ameaças. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, vez que não possui qualquer antecedente criminal e que não há prova de que enviou as imagens para número elevado de pessoas. Pede, por fim, o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 218-C, § 1º, do Código Penal, ao argumento de que não agiu com o objetivo de se vingar ou humilhar a vítima (páginas 131/140).

Processado o recurso, com resposta (páginas 145/148), subiram os autos. Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (páginas 155/163).

É o relatório.

O réu foi denunciado como incurso nos artigos 218-C, "caput" e § 1º, e no artigo 147, este por duas vezes, ambos do Código Penal, tudo em concurso ma-

terial de infrações. E isso porque no dia 13 de novembro de 2019, nesta Capital, por meio de sistema de informática e telemática (aplicativo Whatsapp), J., no contexto de violência doméstica e familiar contra mulher, divulgou fotografias e vídeos que continham cena de nudez de natureza íntima de sua ex-companheira, T.A.S., sem o consentimento dela.

Consta da denúncia, também, que, no dia 26 de novembro de 2019, no período vespertino, nas proximidades da Rua Sol do Trópico, Parque Savoy City, nesta Capital, J., no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, ameaçou sua ex-companheira, T.A.S., de lhe causar mal injusto e grave.

Igualmente consta da inicial que, no dia 12 de dezembro de 2019, na Rua Júlia Antonieta Tepedino Guerra, altura do nº (...), Parque Savoy City, nesta Capital, J., no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, ameaçou sua ex-companheira, T.A.S., de lhe causar mal injusto e grave.

Relata a exordial que o acusado e a vítima conviveram em união estável por dez anos, relacionamento que já havia se findado à época dos fatos. Ocorre que, irritado com o não pagamento de valores que a vítima lhe devia, J. enviou, por meio de mensagens no aplicativo Whatsapp e sem o consentimento da vítima, vídeos e fotografias com cena de nudez de natureza pornográfica dela, para pessoas de seu círculo de relacionamento.

Continua a denúncia, narrando que, no dia 26 de novembro de 2019, J. abordou a vítima durante seu horário de almoço no trabalho e a ameaçou, afirmando que: "Se você não der meu dinheiro, vai vir uma segunda parte, vagabunda, eu vou acabar com você". Por fim, no dia 12 de dezembro de 2019, o apelante abordou a vítima quando ela chegava à própria residência e a ameaçou ao afirmar: "Você está fugindo de mim, mas eu vou acabar com você" (páginas 31/32).

As materialidades dos delitos estão comprovadas nos autos pelo boletim de ocorrência (páginas 3/5) e pela prova oral colhida.

E a autoria, de outro lado, é absolutamente clara.

J., no distrito policial, confirmou ter vivido em união estável com a vítima, que o traiu várias vezes. Em dezembro de 2018, tomou a decisão de terminar o relacionamento e deixou o lar. Ocorre que a vítima lhe devia R$ 10.000,00 (dez mil reais), de modo que, passado algum tempo, procurou por T. e a cobrou, tendo ela simplesmente dito que não o pagaria, o que o deixou irritado. Admitiu que disse à ofendida que, caso ela não o pagasse, a exporia. Assim, enviou fotos íntimas da vítima para pessoas do ciclo de relacionamento dela. Negou, contudo, ter abordado T. na via pública, no final de novembro de 2019, de modo que não proferiu ameaça à integridade física dela. Em meados de dezembro de 2019, abordou a ofendida na via pública, em local próximo do trabalho dela, oportunidade em que disse: "se você não der meu dinheiro, vai vir uma segunda parte,

Acesso ao Sumário

sua vagabunda, eu vou acabar com você". T. foi embora para casa. Foi até lá e disse para a vítima: "você está fugindo de mim, mas eu vou acabar com você", momento em que a vítima se recusou a conversar consigo, bem como passou a filmá-lo pelo celular. Ato contínuo, pegou o celular da vítima e o levou consigo, porém, na mesma data, devolveu o aparelho para ela (páginas 18/19). Em juízo, acabou admitindo que compartilhou fotos íntimas da vítima, justificando que assim agiu porque ela lhe apresentou dois produtos vendidos em "sex shop" e disse que eram fornecidos em hospitais. Não agiu para se vingar. Negou ter feito ameaças à ofendida. Foi até o local de trabalho dela para saber como ela pagaria uma dívida que tinha consigo. Confrontado com a versão ofertada na fase de inquérito, afirmou que: "eu falei pra ela que ela ia se ver se ela não pagasse meu dinheiro". Divulgou as fotos da vítima pelada antes de entrarem em acordo sobre o pagamento da dívida. Encontrou com T. apenas uma vez, nas proximidades da casa dela, para falar sobre a dívida (mídia – digital página 106).

A vítima T.A.S. relatou que, em um primeiro momento, J. a ameaçou. Ele pediu que entregasse dinheiro, caso contrário divulgaria as fotos e os vídeos. Não deu o dinheiro e, alguns dias depois, ele enviou as fotos e vídeos para a rede de amigos que tinham em comum. Depois, ele a ameaçou em seu local de trabalho, oportunidade em que a insultou e disse que, se não o pagasse, veria o que aconteceria consigo e que ele liberaria as fotos e os vídeos para algumas pessoas. Depois, ele foi até sua casa, onde a ameaçou novamente. J. queria que entregasse R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Esclareceu que, em sua residência, o réu a ameaçou "umas três vezes", não sabendo se registrou todas em boletim de ocorrência. Todas as ameaças eram ligadas ao dinheiro que ele queria que entregasse, tendo ele dito que veria o que aconteceria caso não anuísse. Ele chegou, inclusive, que acabaria consigo. Em determinado dia, estava saindo de casa, quando o recorrente a abordou, tomou sua bolsa e levou seu celular. Depois de algumas horas, ele devolveu o aparelho, colocando-o em sua garagem. Não tinha conhecimento das imagens íntimas e somente as viu quando as pessoas que receberam lhe mostraram. Havia cenas de nudez e sexo. M.H., S., L. e R. são algumas das pessoas que receberam as imagens. Foram cerca de quinze pessoas que receberam (mídia digital – página 106).

Acesso ao Sumário

A testemunha M.H.N. disse ser amiga do réu e da vítima. Disse que, como tinha contato com J. pelo Whatsapp, ele enviou imagens de T. nua e fazendo sexo com ele. Perguntou ao acusado por qual motivo havia enviado tais imagens, tendo ele respondido que estava lhe mostrando que tipo de mulher T. era e que ela o traia. Ele se mostrou indignado. Perguntou se ela o traia com ele mesmo, já que era J. quem aparecia nas imagens. O réu, então, quis dizer que havia outra pessoa nas imagens, "mas não tinha". A imagem estava um pouco embaçada, mas dava para ver que era ele. Então, bloqueou o acusado porque não queria mais falar a respeito disso. Conversou com T. e contou o ocorrido. Ela

comentou que J. estava proferindo ameaças e pediu dinheiro, indo até seu local de trabalho e em sua casa (mídia digital – página 106).

T.A.J., mãe da vítima, disse que soube pela filha que J. havia enviado fotos e vídeos dela para algumas pessoas. Soube, também, que o réu ameaçou a ofendida. Segundo T., ele exigia dinheiro, caso contrário divulgaria as imagens (mídia digital – página 106).

A prova colhida dá a exata ideia da conduta do acusado, que divulgou, sem o consentimento da vítima, por meio do aplicativo de mensagens Whatsapp, fotografias e vídeos contendo imagens de nudez e de sexo envolvendo a ofendida, vindo, ainda, a ameaçá-la, em pelo menos duas oportunidades, de enviar as imagens e acabar com sua pessoa caso não lhe entregasse quantia em dinheiro.

O próprio recorrente admitiu ter praticado os delitos, com a nota de que a confissão deve ser prestigiada. É que, sem razão extraordinária, não é comum alguém mentir contra si próprio. E na espécie, não se vislumbram fatos que pudessem implicar no reconhecimento de uma falsa confissão, seja por coação, seja para beneficiar terceiro. A confissão, ademais, merece eficácia probatória, porque crível e verossímil, fruto da clara correlação entre os testemunhos, tudo a permitir a responsabilização penal do recorrente.

Anote-se, neste ponto, que J., na primeira fase da persecução penal, admitiu o envio das imagens, bem como as ameaças de divulgá-las caso a vítima não lhe pagasse o que devia. Já em juízo, embora tenha tentado amenizar suas condutas e responsabilizar T. pelas atitudes que ele próprio praticou, acabou admitindo que divulgou as imagens e que disse à vítima que ela "ia se ver" caso não lhe entregasse o dinheiro.

Frise-se, também, que o relato da ofendida e as palavras da testemunha M.H., amiga de J. e de T., revestem-se de coerência, robustez e segurança e não demonstram qualquer tendência para o exagero ou prejuízo injusto, devendo ser aceitas como elementos hábeis à condenação. Destaque-se que M.H. foi clara ao afirma que recebeu imagens de nudez e sexo envolvendo T., e que tais imagens foram enviadas por J., de que também era amiga, de sorte que não há falar que a testemunha agiu com parcialidade e tinha interesse no resultado do processo.

Os crimes de ameaça, de outro lado, restaram devidamente comprovados. Frise-se que, para a caracterização do delito, não se exige ânimo calmo e refletido, até porque é natural que as ameaças sejam mesmo direcionadas quando o clima emocional revela certo descontrole. O que importa é a intenção de impor temor, bem clara na ação examinada nos autos, tanto que a vítima, amedrontada, providenciou o registro policial das ocorrências, solicitou o deferimento, em seu favor, de medidas protetivas de urgência e ofertou representação criminal contra o réu (páginas 7/9).

Acesso ao Sumário

A prova, assim, não deixa dúvidas de que J. divulgou cena de nudez e de sexo envolvendo a vítima, sem o seu consentimento, ameaçando-a, ainda, de divulgar tais imagens caso não recebesse o dinheiro que ela lhe devia, de sorte que não há falar em absolvição.

Resta examinar as penas.

Para o crime do artigo 218-C, do Código Penal, a pena-base foi corretamente majorada em 1/3, em razão dos maus antecedentes (condenação definitiva por furto qualificado – páginas 36/43) e das circunstâncias do delito, eis que o acusado divulgou as imagens para mais de uma dezena de pessoas, o que justifica o recrudescimento. Frise-se que restou evidenciado que várias pessoas receberam as imagens, conforme afirmado pela vítima e admitido pelo próprio acusado, que revelou o envio para pessoas do ciclo de relacionamento de T. (aliás, uma vez nas redes sociais, não há como impedir as retransmissões ou definir a quantidade delas). Na segunda fase de fixação, a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, foi compensada com a atenuante da confissão. Por fim, presente a causa de aumento prevista no artigo 218-C, § 1º, do Código Penal, vez que o crime foi cometido com o fim de vingança, motivada pelo fato de a vítima não ter entregado o dinheiro exigido pelo réu, a sanção foi majorada em 1/3 (mínimo legal), totalizando 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão. Anote-se, ademais, que a intenção também era humilhar a vítima, o que se denota do depoimento da testemunha M.H., clara ao afirmar que J. disse que queria mostrar que tipo de mulher T. era, a justificar, ainda mais, o reconhecimento da majorante.

Para os crimes de ameaça, a pena-base foi corretamente majorada em 1/6, em razão dos maus antecedentes (condenação definitiva por furto qualificado páginas 36/43). Na segunda fase de fixação, a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, foi compensada com a atenuante da confissão. Ausentes outras causas modificativas, a reprimenda restou cristalizada em 1 mês e 5 dias de detenção para cada um dos dois crimes de ameaça.

Por fim, diante do reconhecimento do concurso material, eis que os delitos decorreram de ações distintas e desígnios autônomos, as penas foram somadas, totalizando 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão e 2 meses e 10 dias de detenção.

O regime fixado foi o aberto.

E diante das circunstâncias do caso e das condições pessoais do réu, foi bem concedido o "sursis", por 2 anos. Observo, no entanto, que a E. Magistrada não estabeleceu a condição a ser observada e cumprida no primeiro ano do prazo, conforme preceitua o artigo 78, § 1º, do Código Penal, razão pela qual determino o cumprimento, pelo apelante, da prestação de serviços à comunidade, conforme estipulado em execução.

Meu voto, pois, **NEGA PROVIMENTO** ao recurso, determinando que,

Acesso ao Sumário

no primeiro ano da suspensão condicional da pena, o apelante cumpra a prestação de serviços à comunidade, conforme for estipulado em execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0057986-41.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante VANDRE DALRRI MARCOLINO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Adv. Sandro Matias Salvador. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Walter Tebet Filho", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.428)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: ESTELIONATO SIMPLES (CONTINUIDADE). Recurso defensivo.

ABSOLVIÇÃO. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. Dolo evidenciado.

DOSIMETRIA. Penas, regime e substituição (CP, art. 44) preservados.

DESPROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta por VANDRÉ DALRRI MARCOLINO DOS SANTOS contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Campinas, que o **condenou** às penas de 1 ano, 11 meses, 15 dias de reclusão e 20 dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo – substituída, a privativa, por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, com regime aberto, no descumprimento –, como incurso no CP, art. 171, *caput*, (5x), na forma do art. 71, recurso em liberdade, pleiteando absolvição, por insuficiência probatória ou atipicidade – ausência das elementares; subsidiariamente, de forma genérica, redução das sanções.

Acesso ao Sumário

Devidamente processada, a **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** opinou pelo não provimento.

É o relatório.

A acusação inicial era a de que, segundo a denúncia, "*(...) no período compreendido entre os dias 21 de Maio e 06 de Julho de 2012, na qualidade de sócios da empresa Trip Fun Agência de Viagem e Turismo, que tem filial nesta cidade na Rua dos Alecrins, nº 368, Cambuí, teriam, de forma reiterada, se apropriado de R$ 5.790,00, em prejuízo de Gerson Baggio, R$ 1.735,00, pertencentes a Roberta Bertolini Oliveira, R$ 2.547,00, de Andreia Chagas Pereira Amarante, R$ 8.237,00, em prejuízo de Maria Cecília Gadia da Silva Leme Machado, e R$ 4.663,00 de Jeverson José Benedito Barbieiri, valores de que tinham posse ou detenção em razão da profissão*" (fls. 350/353), conduta desclassificada ao CP, art. 171 (CPP, art. 383).

Interrogado, negou as imputações. Afirmou ter constituído a sociedade com a corré Jandira – que nunca participou da administração – e com o corréu Rafael – que surgiu posteriormente, adquirindo 5% das cotas sociais. Esclareceu que a empresa sempre trabalhou com colégios e enfrentou crises muito pontuais, em virtude de diversos acontecimentos, como os surtos de gripe suína, meningite e a erupção de vulcão no Chile. Todavia, em 2012, a empresa "White Jets" exigiu quantia exorbitante para realizar fretamento, pela elevação do preço do combustível e cotação do dólar. Houve tentativa de negociação, pois parte do valor previamente acordado, cerca de R$ 450 mil, já havia sido pago; contudo, pouco dias antes da viagem, informou que não iria "decolar e desejou boa sorte".

Asseverou, ainda, que a maior parte dos passageiros foi avisada acerca do cancelamento das viagens, porém, como a imprensa noticiou que alguns compareceram ao aeroporto sem conseguir embarcar, a imagem da empresa ficou comprometida, impossibilitando manutenção das parcerias e, consequentemente, prestação dos serviços contratados. Além disso, foram feitos muitos cancelamentos, motivo pelo qual, apesar do esforço para ressarcir os contratantes, nem todos foram reembolsados.

Sua versão, contudo, não traduz com fidedignidade a realidade, especialmente porque contrariada pelas vítimas e porque não apoiada nos documentos trazidos com a resposta à acusação, que não se referem ao ressarcimento das vítimas mencionadas.

Roberta disse ter adquirido um pacote de viagem para sua filha e realizado o pagamento por meio de cheques, alguns dos quais compensados. Ao saber que as viagens não ocorreriam, sustou o pagamento dos remanescentes. Foi ao local de funcionamento da empresa, mas estava fechado. Não houve qualquer contato para tentativa de acordo, tampouco recuperou o valor pago.

Jeverson, de igual modo, confirmou a aquisição de um pacote de viagem

para Cancun para a filha, mas apenas oito dias antes da viagem, quando já havia quitado o total de R$ 4.663,00 tomou conhecimento de que pessoas que viajariam pela empresa não embarcaram devido à falta de pagamento aos hotéis e agências aéreas. Entrou em contato com um funcionário da empresa, Artur, mas não foi ressarcido.

No mesmo sentido, Gerson declarou ter adquirido da empresa "Trip & Fun" pacote de viagem para Cancun para a filha, por R$ 5.800,00, divididos em três cheques – dois foram compensados enquanto, o terceiro, seria para um dia após a data do embarque. Assim, ao tomar conhecimento pela TV de que uma agência de viagem teria "dado um golpe", ligou para a emissora e confirmou se tratar da "Trip & Fun", para onde se deslocou, encontrando diversas pessoas em situação semelhante, sem, contudo, conseguir contato com qualquer representante, motivo pelo qual sustou o pagamento da terceira cambial.

Maria Cecília também arcou com prejuízo, pois comprou um pacote de viagem para a Disney para a filha, mas, poucos dias antes do embarque, quando já havia pagado R$ 8.237,50 em três cheques, tomou conhecimento de que outros passageiros em situação semelhante à sua não estavam embarcando. Por três dias, conseguiu contato telefônico com a empresa, mas, depois, o estabelecimento fechou e ninguém entrou em contato para ressarci-la.

Andreia Chagas contou ter comprado um pacote para Bariloche para o filho, cujo valor de R$ 4.197 foi dividido em 17 vezes, por meio de cheques. Após o pagamento de cerca de metade, sustou os títulos ainda não apresentados.

As testemunhas defensivas procuraram endossar a versão exculpatória.

Fábio limitou-se a dizer ter adquirido pacotes de viagem da empresa do apelante entre 2010 e 2012, e se encontrava em viagem a Cancun quando soube do "problema" causado pela "Trip & Fun".

Mere Ellen, funcionária da empresa no setor "operacional", de 2007 a 2011, disse que, em 2012, soube, pela TV, sobre problemas com embarque de passageiros da "Trip & Fun". Conheceu VANDRÉ, responsável pela "parte financeira", e Rafael, do marketing.

Ana Lúcia, proprietária de uma escola, esclareceu ter mantido relação comercial com a empresa por 10 anos, até novembro de 2012, mas nada acrescentou sobre os fatos, confirmando apenas que VANDRÉ era o administrador da "Trip & Fun", enquanto, Rafael, responsável pela venda de pacotes turísticos.

Josiane Lopes, funcionária da empresa no setor de cobranças, informou que somente parte dos cheques foi devolvida aos ofendidos; além disso, esclareceu que VANDRÉ era o administrador, apenas sabendo da participação de Rafael e Jandira no decorrer dos processos judiciais.

Como se vê, as provas são lídimas, havendo cabal demonstração do nexo causal, consubstanciado no emprego do engodo e induzimento das vítimas em

Acesso ao Sumário

erro, pois a empresa, mesmo passando por problemas financeiros, continuou negociando viagens que não poderia honrar.

Neste particular, bem ponderou o Magistrado: "*como administrador da empresa, VANDRÉ tinha pleno conhecimento dos inúmeros problemas que há muito vinham dificultando suas operações, mas ainda assim continuou a realizar a venda e a receber pelos serviços que sabia não poderiam ser prestados (...) as vítimas, tomaram conhecimento de que os embarques não iriam acontecer por meio da imprensa. Muitas delas foram à agência buscar esclarecimentos e a encontraram fechada. Outras contataram as empresas aéreas e os hotéis e tomaram conhecimento de que não havia reservas das viagens.*

A defesa justificou o reiterado inadimplemento alegando que a White Jets, responsável pelo fretamento aéreo da maioria de seus destinos, exigiu quantia exorbitante e superior ao convencionado como condição para a realização dos voos, às vésperas do primeiro embarque com destino a Cancun, México. Como a empresa não dispunha dos valores, os embarques deixaram progressivamente de acontecer.

No entanto, além de inexistirem nos autos nem mesmo indícios de veracidade de tal versão, também não se tem notícia da devolução à vítimas acima nominadas dos valores delas recebidos pelas viagem que não aconteceram.

Ora, se a empresa não pagou o preço exigido para realização dos voos e os ofendidos não foram ressarcidos, é óbvio que os valores recebidos constituíram a vantagem ilícita obtida com a fraude levada a efeito" (fls. 1992/2000).

Com efeito, a justificativa de que a "White Jets", responsável pelo fretamento aéreo da maioria de seus destinos tenha exigido quantia exorbitante e superior ao convencionado como condição para a realização dos voos, não houve comprovação por qualquer elemento de prova, ônus que lhe competiria (CPP, art. 156).

O elemento subjetivo, igualmente, é evidente, porquanto o apelante auferiu benefício financeiro, imbuído de dolo *ab initio* (desde o começo), fraudulentamente, induzindo e mantendo em erro as vítimas, ao lhes oferecer pacotes turísticos, ciente de que não seriam honrados. Além disso, os produtos negociados estavam destituídos de seus elementos essenciais, ***v.g.***, reservas de passagens aéreas e hotel, tonando mais evidente o elemento subjetivo diante do encerramento de suas atividades, dificultando localização das vítimas e eventual para recuperação do prejuízo.

Assim, inarredável a condenação.

Dosimetria

As bases partiram com justificado acréscimo de 2/5, 1 ano, 4 meses, 24 dias e 14 dias-multa, alicerçado na magnitude dos graves prejuízos causados às vítimas, não reembolsadas de viagens previamente programadas e que foram

Acesso ao Sumário

canceladas, frustrando justas expectativas, sem se olvidar ter o apelante se valido de ambiente comercial para a realização das fraudes.

Ausentes agravantes ou atenuantes.

Na derradeira, pela continuidade delitiva – cinco estelionatos perpetrados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução – operou-se correto acréscimo de 2/5, atingindo, a privativa, 1 ano, 11 meses e 15 dias de reclusão. Não observada a regra do CP, art. 72, quanto à pecuniária – aplicação distinta e integral, que deveria corresponder a 70 dias-multa – agora não pode haver correção, sob pena de *reformatio in pejus*, mas não há óbice em que se estabilize nos 20 dias-multa já fixados. Sem causas de diminuição, assim definitivas.

Cada dia-multa foi estabelecido em um salário-mínimo, mediante exauriente e irretocável fundamentação, ora encampada:

"*Fixo o valor do dia-multa em um salário mínimo, levando-se em conta não apenas o proveito econômico obtido com as práticas delitivas, mas sobretudo porque o réu era sócio administrador da aludida empresa, que, como consignado, não pagou pelas viagens que vendeu e nem restituiu os valores recebidos.*

Ademais, estabelecer montante irrisório e desproporcional à vantagem ilícita obtida só serviria para desmoralizar o instituto da a pena pecuniária e o próprio Poder Judiciário" (fls. 1999).

Por fim, já beneficiado com substituição por apenas uma restritiva de direitos, em inobservância ao CP, art. 44, § 2º, *in fine*, com regime aberto no descumprimento, nada mais podendo pretender.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2233378-94.2021.8.26.0000, da Comarca de Santa Isabel, em que é corrigente PAULO SÉRGIO GOMES, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu HELVIO NICOLAU MONTEIRO COSTA.

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 à correição parcial. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.401)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – Destituição de advogado dativo que não aguardou a realização da audiência – Atraso de mais de 30 minutos para o início da solenidade – Réu que compareceu ao fórum e informou que participaria do ato de forma presencial, por não possuir *e-mail* – Magistrada que se encontrava no local e tentava resolver a situação, que demandou transferência e configuração de equipamentos de informática para a sala do Tribunal do Júri, visando a realização da solenidade obedecendo aos protocolos de segurança em razão da pandemia do COVID-19 – Inaplicabilidade da prerrogativa prevista no art. 7º, XX, da Lei nº 8.906/94 – Audiência não realizada em virtude da ausência do advogado – Destituição justificada – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de **correição parcial** tirada por PAULO SÉRGIO GOMES contra a r. decisão que o destituiu e determinou a nomeação de novo advogado ao réu, por ter se retirado da sala virtual em razão do atraso para o início da audiência (fls. 137/138, dos autos de origem).

Alega, em síntese, que o *decisum* carece de amparo legal, pois deixou o *lobby* da sala virtual por conta do atraso de mais de 30 (trinta) minutos para o início da audiência, utilizando-se de suas prerrogativas, pautadas no artigo 7º, XX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Afiança que ficou à espera, no *lobby*, para ingresso na audiência, das 13h55min às 14h42min, e não foi informado acerca dos problemas para a realização da solenidade, tendo deixado a sala virtual e peticionado nos autos.

Enfatiza que o horário de início do ato não pode variar entre as 14 e 15 horas, pois este se refere ao tempo aproximado de duração da solenidade, não estando atrelado ao seu começo.

Afirma que não teve contato com o assistido antes da audiência, por se tratar de réu solto, que deveria ter procurado o seu defensor, não sendo atribui-

Acesso ao Sumário

ção do advogado entrar em contato com o acusado que se encontra em liberdade.

Sustenta, ainda, a impossibilidade de comunicação ao réu da saída do *lobby*, pois o contato seria proporcionado pela funcionária responsável pela sala virtual, que ingressou às 13h58min e deveria saber que o advogado já estava aguardando o começo da audiência.

Ressalta ter questionado a serventuária sobre a realização da audiência, via *WhatsApp*, às 14h27min e 14h30min, obtendo resposta somente às 14h48min, quando já havia deixado a sala por ter outro compromisso, tendo peticionado nos autos as 14h53min, requerendo a redesignação da solenidade.

Assevera, outrossim, que o fato de o termo de audiência ter sido assinado pela MMª Juíza da 1ª Vara Judicial deve ser melhor esclarecido, pois as Varas e Cartórios são independentes, frisando que as assinaturas digitais são pessoais e intransferíveis.

Requer, por conseguinte, a antecipação da tutela, suspendendo-se os efeitos da decisão ora hostilizada e, no mérito, pleiteia a cassação do *decisum*, a fim de que seja declarada nula a destituição, remediando-se o *error in procedendo* (fls. 03/08).

Indeferida a liminar e regularmente processado o reclamo, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento da correição parcial (fls. 26/29).

É o relatório.

A correição parcial, como é cediço, tem por finalidade sanar *error in procedendo* que importe em abuso ou inversão tumultuária dos atos processuais, sem que haja, ainda, previsão legal de recurso específico.

Pois bem.

Extrai-se das informações prestadas pelo MM. Juízo corrigido (fls. 16/18) que, em 03/08/2021, quando da abertura da audiência virtual, o réu compareceu ao fórum e informou que participaria do ato de forma presencial, uma vez que não possuía *e-mail.*

Inexistindo local adequado para tal finalidade, houve a necessidade de adaptação da sala do Tribunal do Júri, a fim de que fossem obedecidos os protocolos de segurança, em razão da pandemia do COVID-19, o que gerou certa demora, pois foi necessária a transferência e configuração de equipamentos de informática, tendo a audiência se iniciado às 14h48min, com a presença da Magistrada, do representante do Ministério Público, do acusado e de duas testemunhas arroladas pela acusação.

No entanto, frustrou-se a realização do ato, mercê da ausência do ora corrigente, que embora avisado dos problemas técnicos que geraram o atraso da audiência e da presença do acusado no fórum, simplesmente saiu da sala virtual,

Acesso ao Sumário

alegando ter outro compromisso e que peticionaria nos autos.

A MMª Juíza constatou, ainda, que o acusado não havia tido sequer contato prévio com o advogado dativo e que não foi avisado que o defensor sairia da sala virtual.

Assim, entendendo que a ausência do patrono trouxe prejuízo ao acusado, determinou a nomeação de novo defensor, com a designação de nova data para a realização da audiência de instrução, debates e julgamento.

O corrigente peticionou nos autos, explicando que "*esteve a disposição pelo link enviado para acesso desde as 13h55min até às 14h42min, sem que houvesse o ingresso a sala, bem como manifestação pelo WhatsApp da escrevente do Juízo. Desta forma, tendo em vista o atraso de 42 (quarenta e dois minutos) requer- se a remarcação da audiência, pelo atraso apontado, uma vez que este peticionário tem outros compromissos*" (fls. 136, dos autos de origem).

Segundo o artigo 7º, da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), é direito do advogado:

> *"XX - retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo".*

Entretanto, como visto, a culta e zelosa Magistrada estava no local tentando resolver o problema técnico surgido, diante do inesperado comparecimento do acusado ao fórum para participar presencialmente da audiência, já que não possuía *e-mail*, não sendo, pois, o caso de aplicação da prerrogativa prevista no artigo 7º, XX, da Lei nº 8.906/94.

Confira-se, nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA. OITIVA. TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO. ATRASO NO INÍCIO DO ATO. ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA VOLUNTÁRIA JUNTAMENTE COM O RÉU. NOMEAÇÃO DE DATIVO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.* ***1. O art. 7º, XX da Lei nº 8.906/94 autoriza o advogado a se ausentar do ato processual se a autoridade que vai presidi-lo não se apresentar depois de trinta minutos de atraso. 2. No caso concreto, não estava a juíza ausente, mas presente no fórum, realizando outra audiência, daí o atraso, não sendo, pois, aceitável a invocação do mencionado dispositivo pelo advogado para ir embora****, levando consigo o acusado. 3. Não há, portanto, se falar em nulidade, por cerceamento de defesa, tanto mais se não demonstrado prejuízo, realizada que foi a audiência de oitiva de testemunhas da acusação, assistida por advogado dativo. Precedentes. 4. Ordem denegada"* (HC nº 97.645/PE, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 22/06/2010, DJe 02/08/2010 – grifei).

Acesso ao Sumário

Embora o intervalo de tempo estipulado para a realização audiência não se refira exatamente ao início do ato, asseverou o MM. Juízo corrigido que o advogado foi avisado dos problemas técnicos gerados pela necessidade de adaptação da sala do Tribunal do Júri para a realização da audiência com o réu presente, de acordo com as normas de segurança implementadas por conta da pandemia.

Ademais, como bem observado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, "*... quando se tem uma audiência marcada, não se sabe com antecedência quanto tempo a mesma vai durar pois os depoimentos podem ser longos, inclusive serem eventualmente realizados os debates orais. Assim, para participar de uma audiência de instrução, jamais pode se ter outro compromisso marcado de forma a impossibilitar a presença pelo tempo que for necessário*" (fls. 28/29).

E, como destacou a MMª Juíza, não houve sequer contato prévio entre o assistido e o advogado, que, embora tenha permanecido no *lobby* até as 14h42min, não aguardou o início da audiência, justificando, assim, a nomeação de outro patrono para a defesa do acusado, ante "*a incerteza da atitude do corrigente frente a possíveis intercorrências que pudessem acontecer na nova Audiência Virtual, ocasionando, assim prejuízo ainda maior ao réu, bem como aos envolvidos no caso*" (fls. 18).

Por fim, a questão acerca da assinatura do termo de audiência, embora extrapole o tema tratado nos presentes autos, foi devidamente esclarecida pela douta Magistrada.

Destarte, inexistindo *error in procedendo* a ser corrigido, o feito deve prosseguir, nos moldes preconizados pelo MM. Juízo *a quo*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à correição parcial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2267947-24.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu SERGIO EXPEDITO DE BARROS SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento à presente correição parcial para que o Juízo da Vara das Execuções Criminais determine à Serventia a extração das cópias indicadas para traslado, instruindo-se o respectivo agravo em execução. Comunique-se. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.955)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), PINHEIRO FRANCO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

DAMIÃO COGAN, Desembargador Relator

Ementa: Correição Parcial. Traslado de peças para instrução de agravo em execução. Alegação de processamento incorreto. Existência de erro ou abuso de poder que implique inversão tumultuária do processo. Correição procedente.

VOTO

O i. Promotor de Justiça da Comarca de Presidente Prudente/SP impetra a presente correição parcial contra r. despacho juntado por cópia a fls. 08/09, proferido pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP, que recebeu o recurso de agravo interposto pela Justiça Pública, determinando que o traslado das peças indicadas no recurso de agravo deveria ser providenciado pela parte, sem a colaboração do Juízo.

Sustenta que o agravo em execução segue o mesmo procedimento do recurso em sentido estrito, sendo de rigor a observância dos arts. 587 a 589, do Código de Processo Penal, competindo à parte a indicação das peças, enquanto que o traslado cabe ao Escrivão.

Aduz que o agravante tem assegurado o direito de obtenção de cópias que são imprescindíveis para instruir o agravo em execução e deve o Juízo *a quo* providenciar o necessário, inclusive como garantia da autenticidade dos documentos que formarão o instrumento.

Liminar indeferida a fls. 11/13 e mantida a decisão por fls. 16/20.

A douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento da correição parcial (fls. 23/35).

É o relatório.

Objetiva o i. Promotor de Justiça da Comarca de Presidente Prudente/SP que seja determinado o processamento do agravo na forma preconizada na Lei sem a inversão promovida pelas decisões, sendo certo que o agravo em execução deve seguir o mesmo procedimento de recurso em sentido estrito e que o traslado das peças cabe ao escrivão.

Com razão o i. Representante do Ministério Público.

A i. Magistrada de primeiro grau determinou que o traslado das peças indicadas deveria ser providenciado pelo agravante ao argumento de que é ônus das partes a extração e o fornecimento das cópias das peças que pretendam jun-

Acesso ao Sumário

tar aos seus recursos, não cabendo tal providência ao Juízo *a quo.*

O recurso de agravo está previsto no artigo 197, da Lei de Execução Penal, e, não obstante não haja previsão de forma ou rito recursal, consolidou-se na jurisprudência que seguirá as mesmas normas que regem o recurso em sentido estrito, no que forem aplicáveis.

O artigo 587, do Código de Processo Penal, que rege o recurso em sentido estrito, dispõe que "*quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado*".

Assim, o agravante tem assegurado o direito de obtenção de cópias que são imprescindíveis para instruir o agravo em execução e deve o Juízo *a quo* providenciar o necessário, inclusive como garantia da autenticidade dos documentos que formarão o instrumento.

E assim já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

Ementa

RECURSO ESPECIAL Nº 1.576.814 - RS (2016/0005644-3) - RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ - RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - RECORRIDO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE LAGOA VERMELHA DECISÃO CORREIÇÃO PARCIAL. TRASLADO DE PEÇAS. EXTRAÇÃO DE CÓPIAS NECESSÁRIA À FORMAÇÃO DO AGRAVO EM EXECUÇÃO. ÔNUS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CABIMENTO.

1. Os artigos 587 a 590 do CPP que incumbem ao escrivão extrair as peças indicadas na interposição do agravo em execução devem ser interpretados em consonância com a realidade judiciária, levando em conta o acúmulo de serviço e a carência de pessoal.

2. A designação de um servidor para cumprir a diligência, onera e prejudica o andamento das funções cartorárias, de modo que a transferência do encargo ao Ministério Público não configura inversão tumultuária de fórmula legal. Correição parcial indeferida (Correição Parcial n. 70065137226). Alega o recorrente negativa de vigência dos arts. 587 e 588, ambos do CPP, pois, no agravo em execução penal basta que a parte interessada indique as peças a serem juntadas para formação do instrumento recursal, cabendo ao escrivão proceder ao traslado dos documentos aos autos. Requer "seja determinado o seguimento do rito previsto para o agravo em execução, que determina ao escrivão cartorário a extração de cópias para a formação do traslado" (fl. 38). Foram os autos ao Ministério Público Federal, que pugnou pelo provimento do recurso. Decido. Depreende-se dos autos que o Tribunal a quo indeferiu correi-

Acesso ao Sumário

ção parcial interposta contra decisão da Juíza das Execuções Criminais da Comarca da Lagoa Vermelha, que incumbiu ao Ministério Público a extração de cópias e traslado das peças para formação de agravo em execução. O colegiado considerou que, "embora a legislação vigente determine que em casos onde o recurso 'houver de subir por instrumento', o traslado das peças indicadas pelo recorrente seja feito pelo escrivão judicial, essas normas devem ser interpretadas em consonância com a realidade judiciária, levando em conta o acúmulo de serviço e a carência de pessoal" (fl. 25). O acórdão foi proferido em confronto com a jurisprudência desta Corte de que, na hipótese de interposição de agravo em execução, ante a ausência de previsão legal, deve ser observado o rito do recurso em sentido estrito, sendo suficiente, para o seu processamento, que a parte indique as peças que deverão ser trasladadas, cuja extração compete ao escrivão. Confiram-se:

[...]

2. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em razão da falta de expressa previsão legal, deve-se observar, para a interposição de agravo em execução previsto no art. 197 da Lei n. 7.210/1984, o rito processual aplicável ao recurso em sentido estrito. Precedente.

3. Nos termos do art. 587 do Código de Processo Penal, "a parte indicará [...] as peças dos autos de que pretenda traslado". Se o agravante se desincumbiu do referido ônus processual, é defeso à instância originária não conhecer do agravo em execução por deficiência na instrução do recurso, porquanto compete ao escrivão a extração das peças indicadas. Precedentes.

4. Hipótese em que o agravante, ora paciente, apontou os documentos que deveriam ser trasladados para a necessária instrução do feito.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, após a baixa dos autos para o traslado das peças indicadas pelo recorrente, o Tribunal a quo reaprecie o agravo em execução defensivo [...] (HC n. 294.659/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 18/5/2015, destaquei).

[...]

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, à míngua de expressa previsão legal, deve ser observado o rito do recurso em sentido estrito quando do manejo do recurso de agravo em execução.

2. Conforme o art. 587 do Código de Processo Penal, quando o recurso tiver que subir por instrumento, a parte fará a indicação das peças que deverão ser trasladadas, cuja extração compete à escrivania do Juízo de primeiro grau. Precedentes.

Acesso ao Sumário

3. Logo, tendo sido indicados os documentos necessários para a instrução do agravo, não poderia a Corte de origem deixar de conhecer do recurso em razão da sua ausência.

4. Recurso especial provido para determinar que, após a baixa dos autos para o traslado das peças indicadas pelo recorrente, o agravo em execução ministerial seja submetido a julgamento pelo Tribunal a quo [...] (REsp n. 1.497.029/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 25/2/2015, destaquei). A carência de funcionários, portanto, deve ser solucionada em nível administrativo e não pode obstar o direito do recorrente de ter sua impugnação processada. À vista do exposto, com fundamento no art. 932, V, "a", do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a violação do art. 587 do CPP e determinar que a escrivania judicial providencie o traslado das peças indicadas pelo Ministério Público no agravo em execução. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 10 de junho de 2016. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 14/06/2016).

Isso posto, **dá-se provimento** à **presente correição parcial para que o Juízo da Vara das Execuções Criminais determine à Serventia a extração das cópias indicadas para traslado, instruindo-se o respectivo agravo em execução. Comunique-se.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial Criminal nº 2264255-17.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA e Réu ALEX PEREIRA RANGEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO à presente correição parcial, mantida a r. decisão por seus próprios fundamentos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), FREITAS FILHO e MENS DE MELLO.

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Correição Parcial – Decisão que determinou, antes de receber o agravo em execução, nova vista ao Ministério Público, para instrução do recurso – Corrigente que pretende seja determinado à Serventia a extração das cópias indicadas para traslado – Agravo em execução – Ausência de expressa previsão legal quanto ao procedimento a ser seguido – Entendimento consolidado de que deve ser aplicado o rito do recurso em sentido estrito – Ausência de regramento específico no Código de Processo Penal nos casos de processos digitais – Conflito aparente de normas – Adoção das regras do processo civil, por analogia, nos termos do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal, até mesmo por se tratar de regramento posterior – Traslado e juntada das peças necessárias para a formação do agravo que competem às partes – O Ministério Público é órgão institucional que possui estrutura para tanto – Na hipótese de processos físicos, deve ser mantida a aplicação da regra contida no art. 587 do Código de Processo Penal, que impõe à serventia a extração do traslado – Negado provimento.

VOTO

Trata-se de Correição Parcial interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito do DEECRIM 5ª RAJ, que a ele determinou, antes de receber o recurso de agravo em execução, a realização do traslado das peças indicadas.

Alega, em síntese, que o agravo em execução segue as normas do recurso em sentido estrito, sendo de rigor, portanto, a observância do art. 587 do Código de Processo Penal, que dispõe que compete à parte a indicação das peças e ao escrivão o seu traslado.

Assevera, ainda, que o procedimento está caminhando rumo ao não recebimento do recurso, pelo que solicita o deferimento de medida liminar para suspender a decisão impugnada, a fim de se evitar gravame maior, notadamente pelos inúmeros casos semelhantes que também serão impactados pelo tumulto processual demonstrado.

Ao final, requer seja deferida a correição, para que o Juízo de Direito do Departamento Estadual de Execuções Criminais da 5ª RAJ – Presidente Prudente/SP – determine à Serventia a extração das cópias indicadas para traslado, instruindo-se o respectivo agravo em execução.

Acesso ao Sumário

A liminar foi indeferida (fls. 25) e prestadas informações pelo MM. Juízo Corrigido às fls. 30/33.

Por fim, opinou a d. Procuradoria de Justiça pelo provimento da presente correição (fls. 36/40).

É o relatório.

Revendo posicionamento anteriormente adotado, entendo que o pedido de correição parcial deve ser improvido.

Consta dos autos que o Ministério Público interpôs recurso de agravo em execução contra a decisão que desclassificou a infração disciplinar grave imputada ao sentenciado Alex Pereira Rangel e a considerou de natureza média. Na oportunidade, foi requerido o traslado das peças indicadas.

A douta magistrada *a quo*, então, entendendo competir à própria parte o traslado pretendido, determinou, antes mesmo de receber o recurso, a abertura de nova vista ao Ministério Público para instrução do agravo em execução penal.

É contra essa r. decisão que se insurge o Ministério Público, sustentando que ela se encontra em descompasso com as normas do Código de Processo Penal.

Sem razão, contudo.

É certo que, em relação ao agravo em execução, ante a falta de expressa previsão legal sobre o procedimento a ser seguido, consolidou-se o entendimento de que deve ser aplicado o rito do recurso em sentido estrito. E, de acordo com o disposto nos arts. 587 e 588 do Código de Processo Penal, incumbiria às partes apenas a indicação das peças a serem trasladadas para a instrução do agravo em execução, ficando a cargo do escrivão a devida extração para a formação do instrumento.

Ocorre que a questão deve ser analisada também sob a ótica dos processos digitais e, não havendo regramento específico no Código de Processo Penal, de rigor a aplicação das regras do processo civil, por analogia, nos termos do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal, até mesmo por se tratar de regramento posterior.

E, segundo o art. 10 da Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e alterou o Código de Processo Civil, cabe às partes a juntada de petições, documentos, diretamente e sem a participação da serventia: "*A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo*".

Acesso ao Sumário

Inclusive, nesse mesmo sentido, ainda, o art. 1.197 das Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça desta Corte, que prevê a responsabilidade do advogado na formação do processo eletrônico: "*A correta formação do processo eletrônico constitui responsabilidade do advogado ou procurador, que deverá carregar as peças essenciais e documentos na ordem que devam aparecer no processo: I – petição; II – procuração; III – documentos pessoais e/ou atos constitutivos; IV – documentos necessários à instrução da causa e; V – comprovante do recolhimento das despesas processuais, se o caso*".

Assim, forçoso concluir que, em se tratando de processo penal eletrônico, como é o caso dos autos, compete às partes o traslado e a juntada das peças necessárias para a formação do agravo, sendo oportuno frisar que o Ministério Público é órgão institucional que possui estrutura para tanto.

Já na hipótese de processo físico, deve ser mantida a aplicação da regra contida no art. 587 do Código de Processo Penal, que impõe à serventia a extração do traslado.

Ante o exposto, por meu voto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** à presente correição parcial, mantida a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 1502470-42.2021.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado COLENDA 1ª. CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Votaram pelo acolhimento dos embargos de declaração para aclarar o Acórdão, sem a atribuição dos pretendidos efeitos infringentes. V.U, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.401)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), ANDRADE SAMPAIO e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – CUMULAÇÃO DE MAJORANTES – APLICAÇÃO DE UMA ÚNICA MAJORANTE – VIOLAÇÃO AO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP – ENTENDIMENTO PESSOAL CONCORDANTE COM O INCONFORMISMO MINISTERIAL – POSICIONAMENTO VENCIDO PELA MAIORIA – MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DE UMA ÚNICA CAUSA DE AUMENTO DE PENA – VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA – DESPROPORCIONALIDADE – PENA-BASE JÁ FIXADA EM 3 ANOS ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA ACLARAR O ACÓRDÃO, SEM A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público em face do Acórdão de fls. 453/467.

Às fls. 01/05, sustenta violação ao art. 68, parágrafo único, do Código Penal e ao art. 617 do Código de Processo Penal, porquanto ignoradas as causas de aumento de pena sobejantes do art. 157, § 2.º, do Código Penal.

FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, em *obiter dictum*, ressalto que comungo do entendimento esposado pelo Ministério Público acerca da viabilidade de cumulação de causas de aumento de pena, a teor do próprio art. 68, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual o juiz **pode** se limitar a um só aumento ou a uma só diminuição.

Contudo, trata-se de posicionamento vencido perante a Turma julgadora e, em atenção à uniformização da jurisprudência, a ela me curvo, eis que prevalece a interpretação de exclusiva aplicabilidade de uma majorante em caso de multiplicidade.

Nesse sentido: AP n.º 1502609-28.2019.8.26.0320, rel. Desembargador FIGUEIREDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 16/12/2021, AP n.º 1501279-47.2019.8.26.0594, rel. Desembargador ANDRADE SAMPAIO, Data de Julgamento: 07/01/2022, AP n.º 1501646-68.2020.8.26.0616, rel. Desembargador IVO DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 22/09/2021.

Quanto ao argumento da possibilidade de valoração de majorante sobejante na primeira fase da dosimetria da pena, a título de circunstância judicial, é

Acesso ao Sumário

procedente. A pena-base, entretanto, já foi fixada no patamar de 7 anos de reclusão e 10 dias-multa, ou seja, quase o dobro do patamar mínimo, mostrando-se desproporcional fixá-la em patamar ainda maior.

Dessarte, acolho os embargos de declaração para aclarar o Acórdão embargado, inclusive quanto ao entendimento pessoal deste relator quanto à aplicação concomitante **obrigatória** das majorantes dos §§ 2.º e § 2.º-A do art. 157 do Código Penal, ante a previsão fixa desta, mas para mantê-lo incólume, ante a posição dominante desta Câmara Criminal.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo acolhimento dos embargos de declaração para aclarar o Acórdão, sem a atribuição dos pretendidos efeitos infringentes.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1504514-19.2020.8.26.0228/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CLEISON SANTOS, é embargado EGRÉGIA 5ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

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: "por maioria de votos, DESACOLHERAM os embargos infringentes, vencido o Eminente 3º Juiz, Desembargador Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho, que manteve seu voto absolutório", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 27.480)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO, TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 10 de janeiro de 2022.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos infringentes – Tráfico ilícito de drogas – "Lança-perfume" – Atipicidade – Descabimento – Cloreto de metileno/diclorometano que está inserido no rol de substâncias proibidas, na Lista de Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS nº

344/1998 – Tratando-se de norma penal em branco heterogênea e estando o complemento expressamente contido em norma procedente de outra instância administrativa, inarredável o reconhecimento de que a conduta denunciada se subsome, integral e perfeitamente, ao preceito primário do tipo penal descrito no crime de tráfico de drogas, permitindo, a partir de sua afronta, a incidência das penalidades ali previstas – Exegese do parágrafo único, do artigo 1º, da referida Lei Antidrogas – Precedentes – Infringência desacolhida.

VOTO

Vistos...

Ao relatório do v. Acórdão, que ora se adota, acrescenta-se que, por maioria de votos, foi dado parcial provimento ao apelo interposto defensivamente, para redução das penas a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa menores, substituída a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e mais 10 (dez) diárias mínimas, vencido o Eminente Relator Sorteado, que acolhia o recurso, em maior extensão, para absolver o réu Cleison Santos (fls. 235/240 e 241/250, dos autos originários).

Postula-se, por esta via, o acolhimento do entendimento adotado no v. Voto Vencido, com o reconhecimento da "...atipicidade da conduta atribuída ao embargante, ensejando sua absolvição, nos termos do art. 386, III, CPP..." (fls. 01/05).

O recurso foi recebido e devidamente processado, com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo desprovimento dos infringentes (fls. 09/11).

É o relatório complementar.

Respeitado o entendimento do Eminente Relator Sorteado, Desembargador Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho, entendo que, com toda vênia, a razão está com a Douta Maioria.

A acusação que restou acolhida é a de que o embargante, previamente ajustado, com unidade de desígnios e divisão de tarefas com o menor infrator L.H.S.F., portou, transportou, trazia consigo, mantinha sob sua guarda e em depósito, para venda a consumo de terceiros, contendo 37 microtubos contendo 666 mililitros de cloreto de metileno/diclorometano, substância entorpecente causadora de dependência química e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A tipicidade é inafastável.

Acesso ao Sumário

Ora, a substância apreendida com o ora embargante está sujeita a controle especial, porquanto categoricamente inserta na Portaria ANVISA nº 344/98 e atualizações posteriores, conforme concluiu, aliás, o laudo pericial juntado nestes autos, do qual se pode extrair que se desvelava como insumo destinado ao preparo de entorpecente denominado "lança-perfume" (vide fls. 32/34).

Urge acrescentar, pela relevância, que o cloreto de metileno/diclorometano está inserido no rol de substâncias proibidas, na Lista de Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, não sendo demais acrescentar que o "adendo" constante da referida lista estabelece, expressamente, que "*fica proibido o uso humano de CLORETO DE METILENO/DICLOROMETADO e de TRICLOROETILENO, por via oral ou inalação*" (vide item 6).

Logo, em se tratando de norma penal em branco heterogênea e estando o complemento expressamente contido em norma procedente de outra instância administrativa (Portaria ANVISA nº 344/98 e atualizações posteriores), inarredável o reconhecimento de que a conduta denunciada se subsome, integral e perfeitamente, ao preceito primário do tipo penal descrito no crime de tráfico de drogas, permitindo, a partir de sua afronta, a incidência das penalidades ali previstas.

É, pois, o quanto basta para a completa configuração do crime em discussão, até porque o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 11.343/06, é concludente em preceituar que, "...***para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União***".

Esta Relatoria, analisando recentemente caso análogo, assim já se pronunciou:

> "***Tráfico ilícito de drogas – 'Lança-perfume' – Atipicidade – Descabimento – Cloreto de etila que está inserido no rol de substâncias proibidas, na Lista de Substâncias Psicotrópicas, da Portaria SVS/MS nº 344/1998 – Tratando-se de norma penal em branco heterogênea e estando o complemento expressamente contido em norma procedente de outra instância administrativa, inarredável o reconhecimento de que a conduta denunciada se subsume, integral e perfeitamente, ao preceito primário do tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, permitindo, a partir de sua afronta, a incidência das penalidades ali previstas – Exegese do parágrafo único, do artigo 1º, da referida Lei Antidrogas – Precedentes – Recurso do Ministério Público – Dosimetria penal – Redutor especial previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas – Afastamento da benesse – Impossibilidade, ante as circunstâncias favoráveis concretamente sopesadas, que bem justificam o patamar monocraticamente aplicado – Pena adequadamente motivada e dosada para reprovação***

Acesso ao Sumário

***e prevenção da prática criminosa, em observação a determinação emanada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Habeas Corpus Coletivo nº 596.603/SP – Sentença mantida – Recurso ministerial desprovido.*"** (TJSP, 5ª Câmara Criminal, Apelação nº 0089342-42.2018.8.26.0050, DJ 22.04.2021).

O entendimento, ora perfilhado, encontra respaldo em precedentes ajustáveis à espécie:

"*Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Provas suficientes da autoria e materialidade delitiva. Lança perfume. Atipicidade da conduta afastada. Precedentes. Provas. Valorização das palavras dos policiais responsáveis pela prisão do agente. Destinação mercantil dos entorpecentes deduzida, com segurança, pelas particularidades do caso concreto. Condenação mantida. Penas. Inadmissibilidade de aplicação do redutor do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, pois o réu possui vínculo habitual com o tráfico. Apelo desprovido.*" (TJSP, 6ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº 1523206-03.2019.8.26.0228, Rel. Des. Marcos Correa, DJ 15.04.2020).

"*TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – APREENSÃO DE 23 FRASCOS DE CLORETO DE METILENO (DICLOROMETANO) – ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO CABIMENTO – SUBSTÂNCIA APREENDIDA ELENCADA COMO PROSCRITA NA PORTARIA Nº 344, DA ANVISA – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO DEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.*" (TJSP, 15ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº 0000444-19.2019.8.26.0050, Rel. Des. Willian Campos, DJ 07.04.2020).

"*1. A tese relativa à suposta violação ao art. 617 do Código de Processo Penal não foi objeto de debates na origem, de modo que o conhecimento da matéria nesta Corte mostra-se inviável, diante da ausência do indispensável prequestionamento. 2. Ressai dos autos a deficiência na fundamentação do recurso, uma vez que o dispositivo indicado não guarda relação de pertinência com os temas debatidos no recurso. Tal circunstância impede o conhecimento do recurso, a teor do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 3. Verifica-se a conformidade entre o posicionamento adotado pelas instâncias ordinárias e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se firmou no sentido de reconhecer como típica a conduta de possuir matérias-primas e insumos usualmente associados à produção de substância entorpecente, como no caso destes autos, em que o agravante foi flagrado na posse de, aproximadamente, 10 litros de clorofórmio, substância empregada na produção de cloreto de etila, também conhecido como 'lança-perfume'. (...).*" (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp nº 1.068.525/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 17.12.2018).

Acesso ao Sumário

"(...) 8. O cloreto de etila está elencado como substância psicotrópica na Portaria n. 344/98 da ANVISA, cuja comercialização é defesa em todo o território nacional, tratando-se de droga para fins do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, norma penal em branco heteróloga. 9. Recurso parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ilegalidade das provas obtidas no celular do recorrente e determinar o seu desentranhamento dos autos." (STJ, 5ª Turma, RHC nº 67.379/RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 09.11.2016).

"1. O artigo 12 da Lei 6.368/1976 é norma penal em branco, vez que necessita de complementação para que se possa apreender seu âmbito de aplicação. 2. Na compreensão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Resolução nº 104/2000 editada pelo Diretor da ANVISA é inválida, por não ter sido referendada pelo colegiado. Precedentes. 3. O ato nulo não produz efeitos no mundo jurídico. 4. O cloreto de etila, vulgarmente conhecido como lança-perfume, continua sendo substância proibida pela Lei Antidrogas, de modo que a sua venda e manutenção em depósito constitui, em tese, crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem denegada." (STJ, 6ª Turma, HC nº 97.355/BA, Rel. Min. Jane Silva, DJe 14.04.2008).

Nesse quadrante, inviável o acolhimento do entendimento adotado no v. Voto Vencido, como pretendido pelo embargante.

Ante o exposto, **DESACOLHO** os presentes embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0025336-31.2017.8.26.0577/50000, da Comarca de São José dos Campos, em que é embargante WALDECIR DOS SANTOS, é embargado 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: Conheceram e rejeitaram os embargos infringentes, por maioria de votos, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. Não haverá declaração de voto pelo Desembargador Hermann Herschander, que votou contrariamente ao Relator. **(Voto nº 46.991)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente), MARCO DE LORENZI, MIGUEL MARQUES E SILVA e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

WALTER DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06 – PRETENSÃO DE PREVALÊNCIA DO VOTO NÃO UNÂNIME, A FIM DE QUE SEJA DESCLASSIFICADA A CONDUTA DO AGENTE – CONFIGURADO O TRÁFICO DE DROGAS – CONDUTA DE TRAZER CONSIGO DROGA, PARA FINS DE ENTREGA A TERCEIRO – HIPÓTESE DE DESCLASSIFICAÇÃO AFASTADA – CONDENAÇÃO MANTIDA. EMBARGOS IMPROVIDOS.

VOTO

WALDECIR DOS SANTOS, por meio da Defensoria Pública, interpõe **EMBARGOS INFRINGENTES**, objetivando a reforma do v. acórdão de fls. 292/298 que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, mantida a condenação editada em primeiro grau, vencido o Desembargador Hermann Herschander, que dava parcial provimento para desclassificar a conduta do apelante para aquela descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 c.c. o art. 29 do Código Penal.

Requer sejam os Embargos conhecidos, recebidos e julgados procedentes, a fim de que prevaleça o voto vencido do eminente Desembargador Hermann Herschander (fls. 01/05).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência dos Embargos Infringentes (fls. 10/12).

É O RELATÓRIO.

Os presentes embargos infringentes e de nulidade foram corretamente recebidos nos limites da divergência, consoante o disposto no artigo 609, parágrafo único, parte final, do Código de Processo Penal.

O fulcro da controvérsia diz respeito ao reconhecimento ou não da prática do crime de tráfico de entorpecentes pelo embargante. O ilustre Desembargador Hermann Herschander, contrário à maioria, entendeu que a ação do embargante não se amolda ao tipo penal do tráfico de drogas e que ele, em verdade, teria sido partícipe do crime de porte de drogas para uso próprio, praticado pela corré Sumaia.

Em que pesem as bem lançadas razões expendidas no respeitável voto vencido do ilustre Desembargador Hermann Herschander, peço vênia para acompanhar a Douta Maioria.

A acusação é de que, no dia 27 de setembro de 2017, por volta das 16h30min, na Rua Antônio Pinto da Cunha, na Vila Guarani, na cidade e Co-

Acesso ao Sumário

marca de São José dos Campos, WALDECIR DOS SANTOS, foi surpreendido por policiais civis trazendo consigo, após ter adquirido, com a finalidade de entregar a Sumaia Jebara para consumo, 0,97 g (noventa e sete centigramas) da droga éster metílico da benzoilecgonina, vulgarmente conhecida como cocaína, conforme Laudo de Exame Químico Toxicológico juntado a fls. 57, na forma de pedras de "crack", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

É incontroverso que o embargante, taxista, comprou porções de drogas para repassar à corré Sumaia. O próprio embargante admitiu tal conduta, o que foi corroborado pelos relatos da corré Sumaia e das testemunhas policiais.

E tal conduta – adquirir droga para fornecer a outrem –, por ele desenvolvida, não se amolda a qualquer outro tipo penal, senão àquele descrito no *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, sobretudo se considerarmos que Sumaia não era pessoa do relacionamento do embargante e em momento algum ele informou que a droga adquirida seria compartilhada entre ambos (o que já afasta o tipo do artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06), e que o crime do artigo 28 da Lei de Drogas não admite participação.

Como se pode verificar, como dito alhures, os fatos deduzidos na exordial acusatória restaram devidamente comprovados pela prova oral produzida, aliando-se aos demais elementos colhidos nos autos, de modo que a condenação do acusado, ora embargante, pelo crime de tráfico de drogas, era mesmo de rigor.

Destarte, presente esse contexto fático, inviável a prevalência da discórdia manifestada no voto minoritário.

Do exposto, **REJEITO OS PRESENTES EMBARGOS INFRINGENTES** interpostos, para que subsista o v. Acórdão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0048807-90.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de Osasco, em que é embargante MICHAEL BISPO LIMA, é embargado COLENDO 1º GRUPO DE CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Votaram pelo não conhecimento dos embargos infringentes por ausência de cabimento. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.602)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO

GONÇALVES (Presidente), LUIZ FERNANDO VAGGIONE, ANDRADE SAMPAIO, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES EM REVISÃO CRIMINAL – DECISÃO NÃO UNÂNIME DESFAVORÁVEL EM REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 333, II, DO RISTF – IMPOSSIBILIDADE – ATO NORMATIVO PRIMÁRIO EMBASADO NA EC DE 24/01/1967 (CF/1969) – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO STF RESERVADA, À ÉPOCA, ÀS COMPETÊNCIAS DA PRÓPRIA SUPREMA CORTE – NORMAS ESPECIAIS SEM O CONDÃO DE REVOGAR OU MODIFICAR NORMAS GERAIS (LINDB, ART. 2.º, § 2.º) – INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA POR ANALOGIA RESERVADA À OMISSÃO DA LEI (LINDB, ART. 4.º) – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA DE NORMA GERAL EM FACE DE NORMA ESPECIAL – INAPLICABILIDADE DO RISTF AO CPP – ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP – PREVISÃO DE CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA DECISÃO NÃO UNÂNIME DESFAVORÁVEL PROLATADA EM SEDE DE RECURSO – REVISÃO CRIMINAL – AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – SILÊNCIO ELOQUENTE QUANTO AO CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA DECISÃO NÃO UNÂNIME DESFAVORÁVEL DE SEGUNDA INSTÂNCIA EM SEDE DE AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – EMBARGOS INFRINGENTES NÃO CONHECIDOS.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por MICHAEL BISPO LIMA em face do Acórdão de fls. 98/105, cujo relatório é adotado e acrescenta-se que, por maioria de votos, julgou-se parcialmente procedente a revisão criminal

ajuizada pelo embargante para reduzir as penas para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, vencidos parcialmente os Exmos. Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES e MÁRCIO BÁRTOLI que, por seus votos, deferiam o pedido em maior extensão para reduzir as penas a 3 anos e 4 meses de reclusão e 444 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Embargos às fls. 110/122. Preliminarmente, pede o conhecimento do recurso nos termos do art. 333, II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, analogicamente. No mérito, pede a prevalência dos votos vencidos.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às fls. 126/129, opinou pelo não conhecimento do recurso.

FUNDAMENTAÇÃO

Respeitado o entendimento esposado pelo embargante em sede de preliminar, bem como juízo de admissibilidade provisório de fl. 131, por meio do qual o recurso foi recebido pelo Exmo. Desembargador relator da revisão criminal ora embargada, entendo incabível o recurso interposto.

Os embargos infringentes foram incluídos no Código de Processo Penal pela Lei n.º 1.720-B/1952, a qual conferiu nova redação ao art. 609 de referido Código, *in verbis*:

> *"Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.*
>
> *Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência."*

Supervenientemente, com base na Emenda Constitucional de 24/01/1967 – para adeptos, Constituição Federal de 1969 –, art. 120, parágrafo único, "c"[1], o Supremo Tribunal Federal ao legislar sobre o seu regimento interno, previu novas hipóteses ao cabimento dos embargos infringentes:

> "*Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma.*
>
> *I – que julgar procedente a ação penal;*
>
> *II – que julgar improcedente a revisão criminal;*
>
> *III – que julgar a ação rescisória;*
>
> *IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade;*
>
> *V – que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado.*
>
> *Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo*

Acesso ao Sumário

1 "*Art. 120. O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas. [...] c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; e [...]*."

nos casos de julgamento criminal em sessão secreta."

Pretende-se a aplicação analógica de referido dispositivo para o conhecimento dos embargos infringentes opostos contra decisão não unânime em revisão criminal julgada por este Tribunal de Justiça.

Com efeito, à época da entrada em vigor do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, 1.º de dezembro de 1980, a norma constitucional supracitada a ele conferia caráter de ato normativo primário.

Significa dizer, o Regimento Interno da Suprema Corte possuía natureza jurídica de lei ordinária.

Contudo, nos termos do mesmo permissivo constitucional, a competência legislativa do Supremo Tribunal Federal se limitava à sua própria competência originária e recursal.

Dessarte, as normas emanadas do Supremo Tribunal Federal, devido ao caráter *interna corporis*, consistiam em normas especiais em face da disposição geral do Código de Processo Penal, razão pela qual este não revogou ou modificou (Decreto-Lei n.º 4.657/1942, art. 2.º, 2.º).

Consequentemente, não há que se falar em aplicação analógica do art. 333, II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, pois, nos termos do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), a integração legislativa por analogia se restringe à "*quando a lei for* ***omissa*** *[...]*".

Inexiste omissão legislativa de norma geral em face de norma especial. Do contrário, o art. 2.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 4.657/1942[2], seria "letra morta", pois todas as normas especiais dispõem sobre questões não tratadas ou diversamente tratadas por normas gerais.

Aceita a premissa, os embargos infringentes não são cabíveis contra decisão não unânime desfavorável de segunda instância em revisão criminal, pois, nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, referido recurso se reserva à decisão prolatada também em sede de recurso, tanto que previsto no "*Capítulo V – DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO E DAS APELAÇÕES, NOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO*", ao passo que a revisão criminal está prevista em Capítulo próprio ("*Capítulo VII – DA REVISÃO*"), tratando-se de ação penal originária e não de recurso.

O silêncio quanto ao cabimento de embargos infringentes às decisões de segunda instância prolatadas em sede de ação penal originária é eloquente.

Nesse sentido:

2 "*Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. [...] § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. [...]*"

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PRÉVIO **EMBARGOS INFRINGENTES. DESCABIMENTO EM REVISÃO CRIMINAL**. DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. ADOÇÃO DE UMA DAS TESES POSSÍVEIS. REEXAME DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. INDEFERIMENTO. APRESENTAÇÃO DE VÁRIOS FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO DE APENAS UM. INSUFICIÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ARGUIÇÃO EM REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL EM CURSO. SIMPLES PETIÇÃO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

1. **NÃO SENDO CABÍVEIS EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO POR MAIORIA, CONTRA A DEFESA, MAS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL**, A INTERPOSIÇÃO DIRETA DE RECURSO ESPECIAL NÃO VIOLA A EXIGÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

[...]

5. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, MAS CONHECENDO APENAS PARCIALMENTE O PRÓPRIO RECURSO ESPECIAL, NEGANDO-LHE PROVIMENTO. **(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGRG NO ARESP N.º 1.291.623/SP, REL. MINISTRO RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DATA DE JULGAMENTO: 17/11/2020, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 23/11/2020 –** GRIFEI**)**

Negativo o juízo de admissibilidade, prejudicada a análise do mérito.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo não conhecimento dos embargos infringentes por ausência de cabimento.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2258034-18.2021.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é paciente THIAGO HENRIQUE DE BRITO e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA 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: Concederam a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.235)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 16 de dezembro de 2021.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Ameaça, descumprimento de medida protetiva de urgência, violação de domicílio e resistência no âmbito de violência doméstica – Pleito de revogação da prisão preventiva – Possibilidade – A despeito de exaustivamente fundamentada a r. decisão de primeiro grau, a prisão é ilegal – Impossibilidade de decretação da prisão de ofício pelo magistrado – Entendimento pacificado pela Terceira Seção do C. STJ e fixado pela Segunda Turma do E. STF – Constrangimento ilegal verificado – Ordem concedida, ratificando-se a liminar deferida.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de THIAGO HENRIQUE DE BRITO, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito do Anexo de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Santo André.

Narra, de início, que o paciente foi preso por suposta prática dos crimes de ameaça, descumprimento de medida protetiva de urgência, violação de domicílio e resistência no âmbito de violência doméstica e se encontra preso após decretação da custódia cautelar.

Sustenta o impetrante que a decretação da prisão do paciente se deu de ofício; que a r. decisão que decretou a prisão preventiva é inidônea e estão ausentes os requisitos da prisão preventiva, tratando-se de paciente primário com residência fixa e exercendo atividade laboral lícita. Acena, ainda, que em caso de eventual condenação, poderá ser imposto o regime diverso do fechado, o que reforça a desproporcionalidade da medida, destacando, ainda, o cenário atual, marcado pela pandemia do COVID-19.

Por fim, requer a revogação da prisão preventiva e que seja concedido

Acesso ao Sumário

a liberdade provisória ainda que mediante a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão (fls. 01/26).

A liminar foi deferida à fls. 127/130.

Foram prestadas as informações de estilo (fls. 133/134), tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela concessão da ordem, mediante a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão (fls. 181/186).

Relatei.

A presente ordem é de ser concedida, ratificando-se a liminar deferida.

No momento da análise do pleito liminar, consignou-se que: *"(...) a despeito de exaustivamente fundamentada a r. decisão de primeiro grau, é a prisão é ilegal, porque o entendimento sedimentado é pela impossibilidade de decretação da prisão de ofício pelo magistrado (...). Justamente o caso em tela, em que o Ministério Público, a despeito de existir notícias de reiterados descumprimentos de medida protetiva; a despeito da existência de condenação anterior transitada em julgado que não ultrapassou o período depurador (fls. 62), e, ainda, não obstante a somatória das penas dos crimes em que o réu está sendo investigado superarem 04 anos de reclusão, manifestou-se o Parquet, no momento da conversão da prisão em flagrante em preventiva, pela concessão da liberdade provisória (fls. 65). Portanto, diante da ilegalidade da prisão preventiva, porquanto decretada de ofício pela magistrada de primeiro grau, CONCEDO LIMINARMENTE a ORDEM, revogando a prisão preventiva decretada, impondo, no entanto, medidas cautelares alternativas à prisão, consistente em comparecimento mensal em juízo para informar e justificar as atividades (art. 319, I, do CPP); proibição de frequentar bares e lanchonetes, boates (art. 319, II, do CPP); proibição de manter qualquer contato com a vítima (art. 319, III, do CPP); e recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga (art. 319, V do CPP). Observo, ainda, que a qualquer momento, nos termos da decisão acima colacionada, o Ministério Público pode requerer a decretação da prisão preventiva*." (fls. 78/79).

Portanto, diante da impossibilidade de decretação da prisão de ofício pelo magistrado, de rigor a confirmação da liminar deferida.

Acesso ao Sumário

A propósito, registra-se que este Relator entendia que não há óbice à conversão – o que se distingue de "decretação" – da prisão em flagrante em preventiva pelo magistrado, de ofício, conforme, inclusive, entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça[1].

Posteriormente, porém, com julgamento da questão pelo E. Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção da C. Corte Superior fixou entendimento no sentido de que, "*em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º*, e 311, caput, todos do CPP[2]".

1 Veja-se, *v.g.*: AgRg no HC 611.940/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

2 RHC 131.263/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em

Com efeito, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 188.888/MG, o Pretório Excelso assim decidiu:

> *"HABEAS CORPUS" – (...) IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO "EX OFFICIO" DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL), INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 ("LEI ANTICRIME"), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, "SPONTE SUA", A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGURADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. – A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 ("Lei Anticrime") modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público" (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. – A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em*

24/02/2021, DJe 15/04/2021.

Acesso ao Sumário

prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE – NATUREZA JURÍDICA – ELEMENTOS QUE O INTEGRAM – FUNÇÃO PROCESSUAL – O auto de prisão em flagrante, lavrado por agentes do Estado, qualifica-se como ato de formal documentação que consubstancia, considerados os elementos que o compõem, relatório das circunstâncias de fato e de direito aptas a justificar a captura do agente do fato delituoso nas hipóteses previstas em lei (CPP, art. 302), tendo por precípua finalidade evidenciar – como providência necessária e imprescindível que é – a regularidade e a legalidade da privação cautelar da liberdade do autor do evento criminoso, o que impõe ao Estado, em sua elaboração, a observância de estrito respeito às normas previstas na legislação processual penal, sob pena de caracterização de injusto gravame ao "status libertatis" da pessoa posta sob custódia do Poder Público. Doutrina. – Mostra-se inconcebível que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, limitado a relatar o contexto fático- jurídico da prisão, permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita da autoridade policial, objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva. – A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume – independentemente da gravidade em abstrato do crime – a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina. PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO "STATUS LIBERTATIS" E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL. – Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberda-

Acesso ao Sumário

de jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209- -MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. (HC 188.888, Relator: CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020).

Isto posto, **CONCEDO** a presente ordem, ratificando a liminar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2235882-73.2021.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é paciente EMIDIO CESAR DE OLIVEIRA RIBEIRO e Impetrante HELDER FERREIRA DA SILVA, é impetrado MMJD DA 1ª VARA CRIMINAL DO FORO DE ASSIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam em parte a ordem, para determinar que o R. Juízo de conhecimento analise o pedido de indulto do paciente, expedindo-se contramandado de prisão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.548)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO.

São Paulo, 17 de dezembro de 2021.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – INDULTO – DECRETO 9.246/2017 – COMPETÊNCIA PARA APRECIAÇÃO DO PEDIDO EM CASO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO DE RÉU PRIMÁRIO – DEVE SER APLICADA A DISPOSIÇÃO DO DECRETO (ART. 13, § 4º) – COMPETE AO JUÍZO DE CONHECIMENTO – PRECEDENTES DO C. STJ – EXPEDIÇÃO DE CONTRAMANDADO DE PRISÃO ATÉ A ANÁLISE DO PEDIDO PELO R. JUÍZO *A QUO* – ORDEM CONCEDIDA EM PARTE, COM EXPEDIÇÃO DE CONTRAMANDADO DE PRISÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ordem de *HABEAS CORPUS* impetrada por Helder Ferreira da Silva, advogado, em favor de Emidio Cesar de Oliveira Ribeiro.

Pugna o d. impetrante, em suma, com pedido de liminar, seja determinada a expedição de contramandado de prisão em favor do paciente, bem como seja-lhe concedido o indulto pleno, com fulcro no Decreto 9.246/2017, ou, subsidiariamente, a progressão ao regime aberto ou a concessão do benefício do livramento condicional.

Sustenta, a propósito, que o indulto foi formulado perante o R. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis (Juízo do Conhecimento), conforme previsto no art. 13, § 4º, do Decreto 9.246/2017, mas o R. Juízo *a quo* não analisou o mérito do pleito, por entender que o Juízo competente para tanto é o das Execuções Criminais, o que constituiria constrangimento ilegal.

Aduz, ainda, que o paciente permaneceu preso, cautelarmente, de 22/08/2015 a 20/02/2017, o que representa mais de 1/3 (um terço) da pena privativa de liberdade imposta, de modo que preenche os requisitos legais para a progressão ao regime aberto e para a obtenção do livramento condicional.

A guia de recolhimento ainda não foi expedida, pois o mandado de prisão emitido em desfavor do paciente permanece em aberto.

Indeferida a liminar (fls. 43/45), foram solicitadas informações à D. Autoridade Judiciária apontada como coatora.

O paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (Proc. 0000310- 90.2015.8.26.0580 – fls. 38/39).

A defesa e a acusação apelaram.

O apelo ministerial foi provido, para dar o paciente como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e majorar suas penas para 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Em decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça no *HABEAS CORPUS* 198.639, a pena fixada em primeiro grau de jurisdição foi restabelecida (fls. 98/105).

A solução condenatória transitou em julgado.

O R. Juízo *a quo*, em 26/03/2021, determinou a expedição de mandado de prisão, mas a prisão do paciente ainda não foi efetivada (fl. 93).

O R. Juízo *a quo*, quanto ao pedido de indulto formulado pelo paciente, decidiu os seguintes termos (fls. 14/16):

> *"[...]*
> *Em que pesem os argumentos trazidos pela Defesa, considero*

Acesso ao Sumário

que este Juízo é incompetente para examinar o pedido.

Não se despreza que o art. 13, § 4º, do decreto 9.246/17, como bem invocado pelo i. Defensor, preceitua que "A concessão do indulto natalino e da comutação de que trata este Decreto serão aplicadas pelo juiz do processo de conhecimento na hipótese de condenados primários, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação".

Assim, por força dessa disposição, preenchidos os requisitos primariedade e trânsito em julgado para a acusação, a competência para examinar o pedido de indulto seria do juízo do processo de conhecimento.

Entretanto, respeitado entendimento em sentido contrário, reputo que tal regra não pode prevalecer, porquanto francamente colidente com as disposições da Lei das Execuções Penais (art. 66, inc. II, "f", 112, § 2º, 193 e 194), das quais emerge a competência da Vara das Execuções Penais para apreciação dos pedidos de indulto e outros incidentes e questões atinentes à execução penal.

De se salientar que o decreto, ainda que autônomo, como no caso em tela, não tem o condão de revogar a lei ou suspender-lhe a eficácia, porquanto isso colide com o princípio do paralelismo das formas.

Relevante destacar que não há qualquer incompatibilidade dessa premissa com a legitimidade constitucional do decreto do Presidente da República como instrumento hábil à veiculação da concessão do induto, porquanto, nesse aspecto, o art. 84, inc. XII, da Constituição Federal não permite qualquer espaço para dúvida.

Entretanto, tendo em vista a excepcionalidade da referida espécie normativa na ordem jurídica, não poderia o decreto ir além, como o fez, fixando a competência do juízo do conhecimento para examinar o pedido de indulto, na contramão do que disciplina a Lei das Execuções Penais.

Portanto, uma vez extrapolado os limites que lhe seriam próprios, a regra prevista no art. 13, § 4º, do decreto 9.246/17 não pode prevalecer.

Por fim, registro que não se trata de questão jurídica de menor relevância, passível de superação em prestígio da celeridade e outros princípios ou valores, pois a competência é pressuposto processual inafastável.

Consequentemente, diante da incompetência deste juízo, resulta prejudicado o exame do mérito. Vale dizer: se há ou não o pretendido direito ao indulto, visto que tal matéria que deverá ser examinada pelo juízo competente, qual seja, o das execuções penais, que, nesta Comarca, é o da primeira Vara Criminal.

Dessa forma, reconhecida a incompetência deste juízo, deixo de examinar o mérito do pedido, ou seja, o deferimento/indeferimento do pedido."

Acesso ao Sumário

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 117/1120).

É, em síntese, o relatório.

Impõe-se a concessão parcial da ordem.

Pelo que verte dos autos, o paciente é primário e a r. sentença condenatória transitou em julgado.

A situação do paciente, portanto, insere-se na prevista no art. 13, § 4º, do Decreto 9.246/17, que dispõe:

"A concessão do indulto natalino e da comutação de que trata este Decreto serão aplicadas pelo juiz do processo de conhecimento na hipótese de condenados primários, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação".

Desse modo, respeitado entendimento em contrário, diante das peculiaridades da situação do paciente, compete à D. Autoridade Judiciária apontada como coatora a apreciação do pleito de indulto, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal.

Nesse sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Agravo em Recurso Especial 1.884.612-SP (2021/0140067-0), em 21/06/20201:

> "Sem dúvida, ao contrário do entendimento do v. acórdão, o MM. Juízo de primeira instância, prolator da r. decisão questionada pelo Órgão Ministerial, é também competente para a concessão do indulto e declaração da extinção da punibilidade, nos termos do artigo 13, § 4º do Decreto Presidencial nº 9.246/2017 (fls. 2826). Como se vê, o MM. Juízo da fase de conhecimento, ao contrário do entendimento da Egrégia Turma Julgadora, possui competência para proferir a decisão que extinguiu a punibilidade do recorrente, pois o executado preenche todos os requisitos acima referidos, ou seja, é primário e não há dúvida de que, no presente caso, a decisão condenatória já transitou em julgado. (fls. 2826). Não bastasse, deve ser reformado o v. acórdão e restabelecida a r. sentença de primeira instância, uma vez que o recorrente preenche todos os requisitos para a concessão do indulto natalino e extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso II, do Código Penal, o qual restou contrariado pelo Egrégio Tribunal a quo. (fls. 2827). Por outro lado, a fuga do recorrente não deve ser considerada falta grave a ponto de impedir, nesse caso, a concessão do indulto. Com efeito, ao contrário do entendimento da E. Turma julgadora, eventual falta grave cometida pelo recorrente, ainda que tenha acontecido, não impede no presente caso a concessão do indulto, visto que a falta ocorreu, em tese, na data de 13 de outubro de 2009, sendo aplicada uma sanção em 20 de outubro de 2009, não havendo, portanto, notícias da prática de falta grave nos doze meses anteriores a publicação do referido Decreto (em 21/12/2017). (fls.

Acesso ao Sumário

2828). Logo, restou evidente que o executado preenche todos os requisitos contidos no aludido decreto presidencial de indulto, fazendo jus ao benefício e extinção da sua punibilidade. (fls. 2828)."

No mesmo sentido, é a decisão do C. Superior Tribunal de Justiça ao analisar dispositivo similar, previsto no Decreto 8.380/2014 (HC 363.563/SP, DJe 27/02/2018):

"*No presente caso, entretanto, é plenamente aplicável o quanto disposto no art. 11, 6º, do Decreto Presidencial n. 8.380/2014, in verbis: "§ 6º Faculta-se ao juiz do processo de conhecimento, na hipótese de pessoas condenadas primárias, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, a declaração do indulto contemplado neste Decreto." Ante o exposto, defiro o pedido de tutela provisória e determino ao Juízo do conhecimento que analise o pedido de concessão de indulto com base no Decreto n. 8.380/2014, sem condicionar o benefício à prisão do paciente, desde que transitada em julgado a sentença para o Ministério Público, nos termos do disposto no art. 11, § 6º, do Decreto Presidencial n. 8.380/2014, ficando suspensa a ordem de prisão*.".

Importa considerar, ainda, que o indulto é ato discricionário e privativo do Exmo. Sr. Presidente da República (art. 84, XII, da Constituição Federal) e, no presente caso, quanto à possibilidade de concessão pelo R. Juízo de conhecimento, não se vislumbra ofensa de limitações constitucionais expressas ou implícitas.

De rigor, portanto, a concessão parcial da ordem, para determinar que o R. Juízo do conhecimento analise o pedido de concessão de indulto em questão, pleito que não comporta análise na presente instância sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Quanto aos demais pedidos de benefício, importa anotar que a presente via jurisdicional, em regra, é incompatível com a análise de incidentes da execução criminal, o que demanda procedimento adequado a ser devidamente instruído em primeiro grau de jurisdição e o caso em tela não apresenta contornos de excepcionalidade.

Por derradeiro, diante das especificidades do presente caso, dos requisitos previstos pelo Decreto 9.246/2017 para a concessão do indulto, da primariedade do paciente e do trânsito em julgado da acusação, como reconhecido pelo R. Juízo *a quo* (fl. 14), apresenta-se como razoável o recolhimento do mandado de prisão até, ao menos, que a D. Autoridade Judiciária apontada como coatora analise do pleito de indulto, como ora determinado.

Face ao exposto, meu voto concede em parte a ordem, para determinar que o R. Juízo de conhecimento analise o pedido de indulto do paciente, **expedindo-se contramandado de prisão**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2272899-46.2021.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é paciente JULIANO DOS SANTOS e Impetrante JULIO GELIO KAIZER FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.457)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente) e MARCELO SEMER.

São Paulo, 20 de dezembro de 2021.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: ***HABEAS CORPUS*** – Tráfico de drogas – **Presença de pressupostos legais que autorizam a manutenção do paciente no cárcere – Despacho suficientemente fundamentado – Insuficiência de imposição de medidas cautelares diversas da prisão Alegação de nulidade da busca e apreensão, diante da ausência de mandado judicial na ação policial e em razão da falta de laudo de constatação da droga – Inocorrência – Crime de tráfico de drogas, de natureza permanente, constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática do delito, o torna legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial – Ordem denegada.**

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo i. Advogado Julio Gelio Kaizer Fernandes em favor de Juliano dos Santos, sob a alegação de constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial do Foro de Dracena/SP, consistente na conversão da sua prisão em flagrante em preventiva, por suposta prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

Em suas razões, alegou o impetrante, em síntese, que a r. decisão atacada é desprovida de fundamentação idônea, argumentando que ilações abstratas da gravidade dos delitos não seriam suficientes para admitir a segregação cautelar do paciente.

Apontou a suposta ilegalidade na ação policial, pois os agentes teriam

invadido a residência sem permissão do paciente, inclusive arrombando portas para encontrar os 54 tabletes de maconha com peso aproximado de 54 kg –, os quais seriam de sua propriedade, além das contradições e inconsistências na versão dos policiais.

Ademais, destacou a vedação do uso da prisão preventiva como forma de antecipação da pena, em respeito ao princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, bem como destacou a ausência dos requisitos necessários, previstos no artigo 312 do CPP para manutenção da segregação cautelar.

Diante disso, requereu a concessão da ordem, em liminar, para que fosse concedido ao paciente a liberdade provisória, com a imediata expedição de alvará de soltura.

Indeferida a liminar reclamada (fls. 143/144), sobrevieram as informações da D. Autoridade tida como coatora (fls. 147/168), bem como parecer da Procuradoria Geral da Justiça, no sentido de denegação da ordem (fls. 171/174).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Inicialmente, importa ressalvar que inviável, na via sumaríssima do "writ" eleito, a avaliação quanto a inocência do paciente, porquanto a análise da matéria, "in casu", requer o seu exame aprofundado, confundindo-se com o próprio mérito da Ação Penal, o qual deverá ser apreciado oportunamente pelo Juízo de Primeira Instância, sob o crivo do contraditório, incompatível com a via estreita do "habeas corpus", sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

No mais, infere-se dos autos que em 18 de novembro de 2021, o paciente supostamente mantinha consigo armazenados cerca de 54 kg de maconha, autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, policiais militares da Força Tática de Dracena obtiveram informações de que o indivíduo José Ferreira dos Santos Neto estaria comercializando entorpecentes "no peso", utilizando-se de uma casa na Rua Vendramim, 1485, onde reside seu comparsa, Juliano dos Santos, como uma espécie de "casa cofre" para armazenar drogas.

Assim, de forma velada, os policiais posicionaram-se nas cercanias daquela localidade para observarem o imóvel. Por volta das 17h50, o indiciado "Neto" estacionou seu veículo, um VW Golf, de cor prata, defronte àquela residência. "Neto" desceu do veículo, foi até a porta traseira do mesmo automóvel e pegou um saco opaco, semelhante aos destinados ao descarte de lixo, no interior do qual, pelo formato, podia se constatar tratar-se de tabletes. Observaram o indiciado ingressar na casa e sair logo em seguida. Que em função da rapidez de sua ação, não conseguiram abordá-lo.

Permaneceram no local e algum tempo depois viram Juliano dos Santos

Acesso ao Sumário

chegar ao imóvel. Acompanharam Juliano e com sua permissão, após o orientarem quanto a seus direitos, ingressaram na residência. Durante as buscas, em um cômodo da casa, localizaram 52 tabletes prensados mais duas porções fracionadas de uma erva ressequida com aparência e odor característicos de maconha, no interior de um saco escuro idêntico ao que José Ferreira dos Santos Neto havia descarregado de seu carro, bem como 3 balanças digitais. Ao ser inquirido, Juliano alegou que havia "emprestado" o cômodo onde estavam as drogas para seu amigo "Neto", não sabendo precisar para qual finalidade. José Ferreira Santos neto foi localizado no centro da cidade. Em sua posse, havia $2.500,00 em espécie. Havia ainda um contrato de um imóvel residencial em seu carro. Em razão dos fatos, conduziram os indivíduos à Delegacia de Polícia.

O impetrante pretende o relaxamento da prisão em flagrante do paciente sob os argumentos de que os policiais sem mandado judicial adentraram no imóvel em desrespeito ao estatuído na Constituição Federal.

Em que pesem os argumentos lançados pelo impetrante, não se evidencia nulidade ou irregularidade capaz de comprometer a higidez da prisão em flagrante do paciente.

De início, importa anotar que o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal declara que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Nesse norte, ressalte-se que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades "expor à venda", "ter em depósito" e "guardar" é considerado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares, o que torna legítimo o ingresso na residência sem autorização judicial.

Ademais, entende-se permitido o ingresso a residência alheia sem ordem judicial, quando fundadas razões, ainda que posteriormente expostas, indiquem que no local da busca estava sendo cometido um crime, isto é, em flagrante delito.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal possui tese fixada sobre o tema, no seguinte sentido:

> *"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. STF. Plenário. RE 603616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/11/2015 (repercussão geral).*

Desse modo, ausente a ilegalidade apontada, eis que conforme mencionado, por se enquadrar o tráfico de drogas na classificação de crime de natureza

permanente, não há que se exigir o mandado de busca e apreensão para que policiais adentrem a residência do acusado, tendo em vista a constância do estado de flagrante.

Portanto, verificam-se presentes indícios veementes de autoria e prova de materialidade, restando satisfeitos os requisitos da medida extrema, nos termos do art. 312, *caput*, do CPP.

A presença de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, extraem-se dos documentos anexados aos autos e relatório de investigação, todas dos autos principais.

O *periculum libertatis*, igualmente, se faz presente, consubstanciado na garantia da ordem pública, visto que tal condição tem como escopo resguardar a sociedade da reiteração de ações delituosas por parte do paciente, caso permaneça em liberdade.

Desse modo, não há como lhe conceder a pretendida liberdade ou substituir a cautelar extrema por medidas mais brandas, pois estas não se mostram adequadas e suficientes para assegurar a ordem pública, nos termos do artigo 282, inciso II e parágrafo 6°, do Código de Processo Penal.

Observa-se, outrossim, pela simples leitura da decisão de 1º grau que a digna autoridade impetrada não fundamentou a prisão preventiva de forma genérica e vaga, pois, no caso concreto, a manutenção da prisão do paciente foi analisada detalhadamente, trazendo os elementos de convicção que motivaram a medida de exceção, encontrando-se, portanto, devidamente fundamentada, em total consonância com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 312 do Código de Processo Penal, porquanto se baseou nas características e nas consequências do crime cometido, descrevendo fatos graves que justificam a segregação cautelar do paciente.

Desse modo, embora se exija que o Juiz ou o Tribunal dê as razões de seu convencimento, não há necessidade de que seja extensamente fundamentada, tendo em vista que uma decisão com motivação sucinta é, sim, decisão motivada (STF AgReg no AI 387.318/RS, rel. Min. Carlos Veloso, DJ 6.9.2002, p. 90; RE 566.087/RJ, rel. Min. Ellen Gracie Dje 25.10.2010).

No mais, registre-se que a prisão preventiva não afronta o princípio da presunção de inocência, vez que a própria Constituição Federal autoriza a custódia mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), a exemplo do que ocorre no caso em tela.

Anote-se, outrossim, que residência fixa e outras condições subjetivas favoráveis (primariedade e bons antecedentes) não constituem motivos aptos a impedir, *per si*, a manutenção da custódia provisória, notadamente quando presentes os requisitos e pressupostos ensejadores da medida extrema (HC 410.511/AM, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe

Acesso ao Sumário

15/02/2018).

Assim, a prisão cautelar merece ser mantida, de modo a autorizar o encarceramento provisório com vistas a tutelar o meio social e impedir a recalcitrância criminosa, não havendo, ao menos a priori, como conceder ao paciente a pretendida liberdade ou substituir a cautelar extrema por medidas mais brandas, pois estas não se mostram adequadas e suficientes para garantia da ordem pública.

Desta forma, por inexistir qualquer vício, não há falar-se em ilegalidade da segregação imposta ao paciente.

Diante de tais considerações e, em consonância com o parecer ministerial, **denega-se** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2265447-82.2021.8.26.0000, da Comarca de Andradina, em que são impetrantes EDILSON GOMES DA SILVA e TAINÁ DE LIMA VENANCIO e Paciente FABIAN FERNANDES HOMEM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.730)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente sem voto), POÇAS LEITÃO e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

BUENO DE CAMARGO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*: audiência por videoconferência. Acusado que, negando estar presente, acompanha o interrogatório de corréu.

Imposição de multa de 10 salários mínimos (art. 77, I, § 2º, Cód. Proc. Civil): desrespeito ao art. 191, Cód. Proc. Penal.

Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil: adequação, como medida de interação e unidade do direito processual, ou por analogia, autorizada pelo art. 3º, Cód. Proc. Penal (doutrina e STJ).

Readequação ao art. 80, V, Cód. Proc. Civil: desnecessidade, presente igual reprimenda (art. 81, § 2º, Cód. Proc. Civil).

Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos i. Advogados Edilson Gomes da Silva e Tainá de Lima Venancio, em favor de Fabian Fernandes Homem, alegando que este sofre constrangimento ilegal por ato do MM. Juízo da 2ª Vara do Foro da Comarca de Andradina, que aplicou a multa de 10 salários mínimos ao Paciente, com aplicação subsidiária do art. 77, inc. I, e § 2º, do Código de Processo Civil (fls 14/16).

Alegam, em síntese, (**i**) falta de justa causa e (**ii**) ser defesa a analogia *in malam partem*.

Diante disso, requerem a concessão da ordem para que seja pronunciada a nulidade do r. decisum impugnado (fls 1/12).

Indeferida a liminar (fls 208/210) e prestadas informações pelo MM Juízo *a quo* (fls 213/214), a Douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou o parecer de fls. 217/220, pela concessão da ordem.

Por fim, não constam objeções ao julgamento virtual.

É o relatório.

Versa o caso sobre a imposição de sanção ao Paciente, por desrespeito ao quanto disposto no artigo 191, do Código de Processo Penal, porquanto presenciou o interrogatório do corréu, tendo negado, no início da audiência por videoconferência, estar presente no ambiente.

De proêmio, como ponderado quando do indeferimento da liminar, a finalidade da multa é zelar pelo cumprimento das regras que estruturam o processo, bem como pela observância ao dever de boa-fé processual (fls. 208).

Nesse contexto, *ex vi* do art. 191, do Código de Processo Penal, havendo concurso de agentes, cada réu deve ser ouvido sem a presença dos demais:

> Inexiste direito ao acusado preso de ser requisitado para a audiência de interrogatório dos coacusados, já que não tem direito de presenciá-la, diferentemente do que ocorre com os seus respectivos defensores. Hipótese em que não há nulidade na realização de interrogatórios em separado, conforme autoriza o art. 191 do Código de Processo Penal, a fim de prevenir eventual combinação fraudulenta de depoimentos.
>
> • **STJ: HC 565.860**, 5ª Turma, rel. Min Sebastião Reis Júnior, j. 25.5.2020 (endereço eletrônico constante no texto original).

Trata-se, pois, de cautela para obstar orquestração nas respostas.

Acesso ao Sumário

Isso posto, no mérito, quanto ao incidente que gerou a reprimenda processual, malgrado o colorido dispensado pelos Impetrantes aos fatos, de que fruto de " lapso", " apenas um equívoco", como pontuado nas informações:

> **I)** O paciente juntamente com o corréu Thiago Cotunho, foram denunciados pelo Ministério Público pela prática de crime de tráfico de drogas e associação para o mesmo crime, envolvendo crianças/adolescentes (fls. 175/ 182).
>
> **II)** às fls. 188/189, consta decisão que indeferiu o pedido de prisão preventiva representado pela Autoridade Policial e Ministério Público em face do paciente.
>
> **III)** às fls. 369/ 370, foi recebida a denúncia e designada audiência de instrução e julgamento.
>
> **IV)** No dia aprazado, razão das informações que ora presto, foram ouvidas as testemunhas arroladas e interrogado o corréu Thiago, atualmente preso por estes autos. No início do interrogatório, foi indagado ao Patrono do paciente, ora impetrante, a respeito da presença de Fabian na sala, o que foi negado nos aproximados 6'44" da gravação que consta dos autos (fl. 426/428). E, no decorrer do interrogatório, na medida em que o impetrante manuseia a câmara (aproximados 19'45"), é possível a todos constar que o paciente estava na mesma sala que o advogado impetrante, acompanhando o interrogatório de Thiago. Diante dos fatos, forçoso aplicar a multa disciplinada no inciso I do art. 77 do CPC, por analogia, por afronta a norma estatuída no art. 191 do Código de Processo Penal (fls. 213).

Não havendo como, portanto, debitar o incidente como fruto de "lapso", "apenas um equívoco", digno de nota que:

> Como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno [...], uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.
>
> [...] E, com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual, como os da jurisdição, ação, defesa e processo são comuns àqueles ramos distintos, autorizando assim a elaboração científica de uma teoria geral do processo.
>
> • **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**: *Teoria Geral do Processo*, 15ª ed., 1999, Malheiros, p. 48.

Assim, fixada essa diretriz, a aplicação *subsidiária* do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal, no rigor dos conceitos, não decorre da *analogia*, mas da interação desses Diplomas, pela *unidade* do direito processual.

Acesso ao Sumário

Outrossim, de qualquer modo, *o Código de Processo Penal admite, expressamente, que haja interpretação extensiva, pouco importando se para beneficiar ou prejudicar o réu, o mesmo valendo no tocante à analogia.*

• **Guilherme de Souza Nucci**: *Código de Processo Penal Comentado*, 20ª ed., 2021, Forense, p. 34.

Em suma, nada obstante os doutos entendimentos em contrário, prevalece que:

> O embaraço ao exercício da jurisdição, inspirado no *contempt of court* do direito norte-americano, embora descrito no Código de Processo Civil, pode, também, ocorrer no Processo Penal, admitindo- se, assim, a imposição de multa por descumprimento de ordem judicial, também na seara penal, tanto em virtude da permissão de aplicação analógica admitida no art. 3º do Código de Processo Penal, quanto em razão da teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.
>
> • **STJ: RMS 45.525**, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 19.6.2018 (endereço eletrônico constante no texto original).

Por fim, não se olvida do erro material da tipificação no art. 77, inc. I, do Código de Processo Civil, quando incide na espécie o art. 80, inc. V, desse Diploma.

Todavia, tal não demanda correção porquanto também tem por consequência a aplicação de "multa [...] em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo" (art. 81, § 2º, Cód. Proc. Civil).

Do exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2250585-09.2021.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que é paciente WANDERLEI RAMOS DA SILVA, Impetrantes NILTON BARRETO LINO DE MORAES e LEONARDO FERREIRA DE MELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: CONCEDERAM A ORDEM, para anular a ação penal respectiva, a partir da intimação da pronúncia, expedindo-se ALVARÁ DE SOLTURA clausulado, com determinação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.977)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. "*HABEAS CORPUS*". HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO CONDENATÓRIA.

Pretendida nulidade do feito, com expedição de alvará de soltura. *Cabimento*. Hipótese em que o paciente nunca foi cientificado, pessoalmente, da existência da ação, tendo ocorrido citação por edital e, posteriormente, intimação por edital da pronúncia, com realização de plenário igualmente sem sua presença. Ainda que legítima, pela data do crime, citação por edital, a intimação pessoal da pronúncia, de forma excepcional, se fazia necessária, para conferir, de forma plena, a garantia do devido processo legal, com respeito ao contraditório e a ampla defesa. Inviabilidade, atual, de se condenar alguém que não teve conhecimento efetivo da ação penal, sem defensor constituído. Nulidade absoluta reconhecida. Alvará de soltura por consequência lógica da ilegitimidade da motivação do mandado de prisão.

Ordem concedida, com determinação.

VOTO

VISTO.

Trata-se de ação de "***HABEAS CORPUS***" (fls. 01/47), sem pedido liminar, proposta pelos Drs. Nilton Barreto Lino de Moraes e Leonardo Ferreira de Melo (Advogados), em benefício de WANDERLEI RAMOS DA SILVA.

Consta na longa petição inicial, em resumo, que o **paciente** foi denunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c.c., artigo 29, todos do Código Penal (denúncia oferecida no dia 14 de junho de 1995), restando, ao final, pronunciado, por decisão proferida em 17.04.2002 (fls. 10). A decisão transitou em julgado em **12.06.2002** (fls. 10). Posteriormente, foi condenado à pena de 16 anos, perante o Tribunal do Júri, em sessão realizada no dia 18 de agosto de 2018 (sem a presença do paciente, haja vista não ter sido encontrado – fls. 12).

Ao que parece, a decisão condenatória é da Comarca de "Embu das Artes/SP", embora conste na petição inicial "Embu das Artes/RO (fls. 12 e fls. 45/46). O paciente foi intimado da sentença por edital (fls. 13). Narram os impetrantes que o paciente foi preso no dia 08 de agosto de 2021 (fls. 13).

Os impetrantes, indicando o Juiz da 2ª Vara da Comarca de Embu das Artes/SP, como "autoridade coatora", alegam, em síntese, ilegalidade na prisão, afirmando que o **paciente** foi o denunciado e condenado sem "jamais ter sido notificado ou intimado pessoalmente da ação penal que se iniciou com número 564/92 e desde 2009, com a numeração 0002349-21.2009.8.26.0176 que ainda se encontra na origem, nem foi representado por advogado constituído por sua pessoa" (fls. 14), afirmando que existe "*nulidade absoluta posterior a pronúncia*", por ausência de citação ou intimação pessoal do paciente, havendo somente intimação por edital e nunca por meio de advogado constituído. Alega que nos autos existe registro de que o **paciente** foi interrogado na fase policial e, depois disso, não se soube mais de seu paradeiro. Pretendem a concessão da ordem para declarar a "*nulidade absoluta posterior a pronúncia*" dos autos (antigo nº 564/92), com expedição de alvará de soltura.

Posteriormente, foram juntados documentos (fls. 803/805).

Inexistente pedido de Liminar (fls. 803/805).

Informações remetidas pelo juízo impetrado (fls. 88/89).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 813/817).

É o relatório.

A ordem deve ser concedida.

Conforme **informado** pelo Juiz de origem:- "O paciente foi denunciado pelo Ministério Público em 14/06/1995, como incurso no artigo 121, 2º, inciso I e IV, c.c. 29, ambos do Código Penal, pois no dia 27 de maio de 1992, nesta Comarca, junto com os corréus, previamente ajustados e comungando de idênticos propósitos, mediante disparos de arma de fogo, mataram a vítima, pois, segundo se apurou, a vítima narrava as ações infracionais perpetradas pelos denunciados à autoridade devida.

A denúncia foi recebida em 23/06/1995, bem como deprecou-se o interrogatório o paciente.

O paciente não foi localizado e foi determinada sua citação e intimação por edital. Após não comparecer ao interrogatório designado, em 10/01/1995 foi decretada a revelia do paciente.

Em 27/08/1996 os autos foram suspensos nos termos do art. 366 com relação ao paciente, mesmo momento em que foi decretada sua prisão preventiva.

Os corréus foram pronunciados em 27/10/1997.

Acesso ao Sumário

Na data de 20/10/2000 a decisão decretando a suspensão do feito foi revogada, determinando-se o prosseguimento do feito em relação ao paciente. "*vistos. Quando a Lei 9271/96 entrou em vigor ocasionou diversas interpretações quanto a sua aplicação, gerando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais diversos. Foi neste diapasão que determinou-se a suspensão do feito, por entender este Juízo possuir a Lei efeito retroativo. Contudo, atualmente pacificou-se a jurisprudência no sentido de não ser aplicável a Lei 9271/96 aos crimes cometidos antes de sua vigência, ou seja, 17/06/1996. Em sendo assim, revogo a decisão de fls. 350/351 e determino o regular prosseguimento do feito, retirando-se as tarjas pretas, e ainda, determino que seja dado vista dos autos às partes para que sejam as alegações finais já oferecidas ratificadas ou não. Int.*"

O paciente foi pronunciado em 17/04/2002, sendo intimado por edital.

Após as partes se manifestaram nos termos do art. 422, foi designado o julgamento do Júri para 19/09/2013.

O paciente foi condenado a 16 anos de reclusão em regime fechado, por incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal. Não sendo localizado novamente, foi intimado por edital.

Em 08/08/2021 foi preso em Ji-Paraná/RO. Na data de 23/09/2021, foi expedida Guia de Execução, mesma data em que foi expedida Carta Precatória para intimação do réu" (fls. 808/809).

No caso ora analisado, a situação, de visualização clara, justifica, perfeitamente, concessão da ordem de *habeas corpus*. Conforme informado, o crime é de **27/05/1992**. O **paciente**, então, denunciado, não foi encontrado, daí que **citado** por edital (10/01/1995), tampouco comparecendo para interrogatório, restando, então, decretada sua **revelia**. Com modificação de interpretação, que inicialmente determinou suspensão do feito, o processo prosseguiu, sendo que o paciente foi **pronunciado** em **17 de abril de 2002**, sendo, também por isso, **intimado por edital**, com final condenação, em sessão do Tribunal do Júri.

Observa-se que em nenhum momento houve citação/intimação pessoal. De fato, pela data do crime, a citação inicial, por edital, se fez legítima, para justificar o prosseguimento do feito. A pronúncia, entretanto, ocorrida em **2002**, exigia, no caso, excepcionalmente, intimação pessoal. Nota-se que a atual redação do artigo 420 do Código de Processo Penal, que admite a intimação por edital da pronúncia, viabilizando realização de plenário sem a presença do réu, de acordo com a **Lei 11.689/08**, surgiu depois que se exigiu **citação** pessoal ou constituição de advogado para prosseguimento do feito, dando certeza de conhecimento dos fatos pelo então acusado. Antes, exigia-se a intimação pessoal da pronúncia, com obrigação da presença do acusado no plenário do Júri, situação, portanto, que se corrigiu, felizmente, viabilizando-se julgamento daqueles que, conhecendo a ação, procuraram não contribuir para sua conclusão. No

Acesso ao Sumário

caso, admitindo-se sanada irregularidade *temporal*, ou seja, intimação por edital da pronúncia em 2002, antes, portanto, de 2008 (data da alteração do artigo 420 do CPP), o certo é que, no caso, em momento algum houve certeza de conhecimento da ação por parte do réu, ora **paciente**, antes também CITADO por edital, sendo defendido, sempre, por defensor NOMEADO. Assim, a situação, excepcional, exigiria intimação pessoal da sentença de pronúncia, única forma de se concretizar a garantia da ampla defesa e do contraditório, adequando-se o devido processo legal, que exige o conhecimento concreto, por parte do réu, da existência da ação.

Interessante, a respeito, entendimento idêntico da 7ª Câmara de Direito Criminal deste C. Tribunal, em processo de relatoria do Desembargador Reinaldo Cintra (participando os Excelentíssimos Desembargadores Fernando Simão e Alberto Anderson Filho), processo nº 0000032- 92.1984.8.26.0510, Comarca de Rio Claro, de 11 de agosto de 2021, com a seguinte ementa, perfeitamente aplicado ao presente caso:

> **"Apelação. Homicídio qualificado. Artigo 121, §2º, II e IV, do Código Penal (CP). Preliminar de intempestividade. Não acolhida. Apelo conhecido. Preliminar de nulidade do processo em razão da falta de citação pessoal do réu na fase de *judicium accusationis*. Não acolhida. Citação editalícia realizada em conformidade com os arts. 351 e 361 do CPP. Preliminar de nulidade em razão da intimação por edital da decisão de pronúncia. Acolhida. A lei nova aplica-se imediatamente na instrução criminal em curso, respeitando-se, contudo, a eficácia jurídica dos atos processuais já constituídos. A nova redação conferida aos arts. 420, *parágrafo único*, e 457, ambos do CPP, contudo, não pode ser aplicada aos processos submetidos ao rito escalonado do Júri, em que houve a citação por edital e o réu não compareceu em Juízo ou constituiu advogado para defendê-lo, os fatos apurados ocorreram antes da Lei nº 9.271/96 e ocorreu a paralisação do feito, decorrente da regra anterior inscrita no art. 414 do CPP. Violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Hipótese em que um acusado foi condenado pelo Conselho de Sentença sem nunca ter tomado conhecimento da acusação.**
>
> **Precedentes do STJ. Nulidade do processo desde a intimação da decisão de pronúncia reconhecida. De ofício, reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. Recurso parcialmente provido, com acolhimento da preliminar, reconhecimento da nulidade e extinção de punibilidade do agente".**

A situação, então, é de nulidade absoluta, a partir da intimação da pronúncia. Nova intimação deverá, desde logo, ser providenciada, o que ora se **DETERMINA, quando do cumprimento de alvará de soltura**, cuja expedição se exige no caso, por ausência de condenação legítima para o encarceramento,

Acesso ao Sumário

e que o sustentava, prosseguindo-se, então, o feito, com realização de novo plenário.

Diante de todo exposto, pelo meu voto, **CONCEDO A ORDEM** a ordem, para **anular** a ação penal respectiva, a partir da intimação da pronúncia, expedindo-se ALVARÁ DE SOLTURA clausulado, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2279210-53.2021.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é paciente LEANDRO FLAVIO DOS SANTOS e Impetrante SIMONE PAGLIARINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.242)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 11 de janeiro de 2022.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

Impetrante que aponta ilegalidade da r. decisão. Inexistência de aplicação ou descumprimento de medida protetivas. Primariedade e bons antecedentes. Vítima que, ao ser ouvida em fase policial, se manifestou pela desnecessidade de imposição das acautelatórias. Medida extrema que não se justifica. Substituição por medidas cautelares diversas, com imposição de medidas protetivas. Constrangimento ilegal configurado. ORDEM CONCEDIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pela ilustre advogada, Dra. Simone Pagliarini, em favor de LEANDRO FLÁVIO DOS

SANTOS, contra ato do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Amparo, consubstanciado na manutenção da prisão preventiva do paciente, acusado da prática do delito tipificado no artigo 129, §13º, do Código Penal.

Sustente, em apertada síntese, ausentes os requisitos autorizadores da custódia preventiva, pelo que pugna pela concessão da liberdade provisória.

O pedido liminar foi deferido (fls. 85/87).

Dispensadas as informações, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 93/95).

É o relatório.

A ordem deve ser concedida, ratificando-se a liminar.

O paciente foi preso em flagrante em 16 de novembro de 2021 porque, supostamente, ofendeu a integridade corporal de sua esposa.

Segundo narra a inicial, *autor e a vítima são casados há seis anos. Consoante o apurado, na data dos fatos, o denunciado, após desentendimento entre as partes, começou a quebrar diversos objetos da residência do casal e, em seguida, agrediu a vítima com uma vassoura e com empurrões, causando lesões no corpo da ofendida. Policiais militares foram acionados para atender a uma ocorrência no local dos fatos. Ao chegarem lá, se depararam com o autor agredindo a vítima, que, por sua vez, caiu no chão, para fora da residência, devido às agressões do autor. Ato contínuo, o denunciado novamente se insurgiu para cima da vítima, sendo contido neste momento pelos policiais que estavam no local, que logo após o prenderam em flagrante.*

Com efeito, em que pese a gravidade da situação noticiada nos autos, as circunstâncias do caso concreto autorizam a concessão da liberdade.

Nos termos do artigo 313, III, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/11, a prisão preventiva poderá ser decretada "*se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*".

Ou seja, quando se tratar de crime envolvendo violência doméstica e familiar, a prisão preventiva se destina a garantir a execução de medidas protetivas de urgência e, no presente caso, o magistrado converteu a prisão em flagrante em preventiva.

Não se desconhece a elevada gravidade da violência doméstica, no entanto, pelo que observo das peças informativas, não houve imposição prévia de medidas protetivas, o que torna a segregação cautelar ilegítima, porquanto sua aplicação somente deverá ocorrer quando as imposições não cumprirem sua finalidade.

Cumpre apontar ainda que o paciente é primário e ostenta bons antece-

Acesso ao Sumário

dentes. A própria vítima, ao prestar suas declarações na Delegacia de Polícia, afirmou que é a primeira vez que o autor lhe agride fisicamente, contudo, aduz que o autor costumeiramente lhe inferioriza, dizendo que ela não presta para nada, não presta como dona de casa, dentre outros. A vítima afirma não querer a concessão de medidas protetivas *pois acredita que após todo ocorrido o autor vai aceitar o divórcio e se afastar dela.*

Logo, tomando-se em conta as circunstâncias da prática delitiva, e atentando-se ao Princípio da Proporcionalidade, que exige a relação entre a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, aliado ao *fumus commissi delicti* e ao *periculum libertatis*, no caso concreto, reputo que a custódia cautelar se mostra mesmo desnecessária.

Anoto, por oportuno, que apesar da insegurança gerada pelos crescentes números de casos que envolvem violência doméstica, e mesmo diante da vulnerabilidade das vítimas, não se pode partir do pressuposto da insuficiência das medidas protetivas de urgência, as quais foram especificamente previstas para coibir esses tipos de crimes; o que seria, sobretudo, uma negativa de eficácia da lei e, em última análise, ofensa ao próprio princípio da legalidade.

Nesse contexto, impositiva a concessão da liberdade ao paciente, porém com imposição das medidas protetivas de urgência.

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem de *habeas corpus*, tornando subsistente a liminar de fls. 85/87.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2268194-05.2021.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é impetrante/paciente MARCELO SARAIVA VINHOLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.454)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 12 de janeiro de 2022.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR ATO DE MAGIS-

TRADO CONSISTENTE NA SOLICITAÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL – PRETENDIDO O TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O SEU PROSSEGUIMENTO – INADMISSIBILIDADE – Havendo indícios da prática delitiva, bem como de sua autoria, não há que se falar em constrangimento ilegal contra o Paciente a ser sanado pela via do remédio heroico em razão da requisição de instauração de inquérito policial e, por ora, em trancamento do inquérito policial. Necessidade de exame de provas, inviável na estrita via do *writ*. Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Marcelo Saraiva Vinholi, Advogado inscrito na OAB/SP sob nº 370.784, impetra, em favor próprio, este *Habeas Corpus*, com pedido liminar, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itanhaém, alegando, em síntese, que está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da ausência de justa causa para a instauração de inquérito policial, requisitado pela referida autoridade, tendo em vista a atipicidade de suas condutas. Aduz que não restou configurado crime de falso testemunho, pois sequer as partes ou testemunhas foram ouvidas em juízo; o fato de ter arrolado como testemunhas as únicas pessoas conhecidas da autora do processo de usucapião não caracteriza o crime, pois suas oitivas poderiam ter sido indeferidas, ou poderia o Juízo ou Ministério Público ter diligenciado para apurar a veracidade da informação ou designado audiência de oitiva de testemunha, para verificar a autenticidade de eventuais declarações; e porque o fato de a autora da ação ter arrolado como testemunhas pessoas que o Paciente já patrocina também não caracteriza crime; bem como porque não pode o advogado ser punido pelo referido crime, por defender os interesses de seus clientes, pois não se enquadra como testemunha, perito, contador, tradutor e intérprete, sendo que nunca solicitou que testemunhas mentissem. Afirma que é advogado atuante em diversos processos de usucapião, nem sempre conseguindo conferir "*toda a verdade da alegada posse*", ou quem a parte arrola como testemunha, devido ao excesso de trabalho. Sustenta que não houve crime de fraude processual, pois os fatos narrados por ele na inicial correspondem aos dados descritos em documentação apresentada pela parte, não tendo o Paciente induzido o Juiz a qualquer tipo de erro ou agido com dolo. Salienta que não configura crime de associação criminosa o fato de o Paciente advogar para a autora da ação e para algumas das testemunhas, não tendo sido

Acesso ao Sumário

designada audiência para oitiva das testemunhas em nenhum dos processos. Informa que agiu acobertado pelo manto da inviolabilidade de seus atos e manifestações, prerrogativa conferida pelo Estatuto da Advocacia. Acrescenta que já decorreu o prazo para a conclusão do inquérito policial.

Assim, requer a concessão da liminar, para que seja determinado o trancamento do inquérito policial ou que este seja suspenso até o julgamento do presente *writ*, bem como, ao final, concedida a ordem de *Habeas Corpus*, convalidada a liminar, para sanar o constrangimento ilegal que sofre (fls. 01/21).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 397/399).

Prestadas as informações pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Itanhaém (fls. 402/403), manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da ordem (fls. 507/516).

É o relatório.

No caso presente, verte das informações prestadas pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Itanhaém, datadas de 22.11.2021, que, em 06.10.2021, a Autoridade Policial, ciente do ofício encaminhado pelo MMº. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Itanhaém, editou portaria de instauração de inquérito policial, para a apuração da suposta ocorrência de crimes tipificados nos artigos 288, 342 e 347, todos do Código Penal, tendo como investigados o ora Paciente, além de Nelly Ferreira Guedes, Dionísio Santos de Almeida, Valdineia Menezes de Almeida, Adriana Menezes de Almeida, Aline Menezes de Almeida e Andrea Menezes de Almeida. No inquérito policial, até o presente momento, foram juntadas peças processuais e requisitadas cópias de procedimento disciplinar em curso perante a Ordem dos Advogados do Brasil, bem como foi diligenciada a localização dos investigados, para serem ouvidos. Houve um único pedido de dilação de prazo pela Autoridade Policial até o momento, que teve anuência do Ministério Público, sendo os autos devolvidos à Delegacia de origem, para prosseguimento das investigações. Não houve nenhum requerimento perante o Juízo competente para a supervisão do inquérito policial, não tendo havido pronunciamento do Juízo, sequer para dilação de prazo, encontrando-se os autos na Delegacia de Polícia, aguardando a conclusão das investigações (fls. 402/403).

Acesso ao Sumário

E, consta da manifestação da autoridade dita coatora: "*Na mesma esteira exsurge dos autos a coincidência a envolver a autora, os cedentes, as testemunhas arroladas e o próprio causídico, visto as provas trazidas pelo requerido, consistentes no ajuizamento de outras duas ações de usucapião pelo advogado nas quais figuraram como postulantes Andrea Menezes de Almeida e Aline Menezes de Almeida. Reportou o demandado que, na ação movida por Aline (autos n. 1003551-56.2017.8.26.0266 junto à 2ª Vara local), a autora nestes autos, Nelly, e seu esposo Cleiton, foram arrolados como testemunhas, comprovado por meio do documento juntado às fls. 187/188.*

Tal conjuntura remonta à caso semelhante já julgado por este juízo, pa-

trocinado pelo mesmo causídico, em que se apurou a troca de partes autoras e testemunhas em processos de usucapião, onde, aquele que figurava como autor na ação havia elencado testemunha que já havia sido requerente em outra ação e vice-versa. (...)

(...)

Por fim, por tudo quanto exposto, não há como negar a existência de condutas lesivas ao trâmite processual, isso sem prejuízo da reprovabilidade em eventual seara criminal, pois, ***sem qualquer cautela, partes e causídico flagrantemente se uniram para obter vantagem ilícita por meio dos mencionados processos ajuizados na Comarca*** *(fls. 187/188 e 189/190), restando indene de dúvidas a* ***litigância de má-fé****, em que pessoas mancomunadas hora surgem como requerentes, ora como testemunhas, de forma a endossar as pretensões umas das outras, contando que o julgador nada perceberá, vencido pela quantidade de processos aos quais atende todos os dias.*

Não é o caso. Por essas razões, verifico, de ofício, a litigância de má-fé da autora, claramente ajustada com o causídico e as testemunhas arroladas para que atuem endossando as pretensões umas das outras nas ações de usucapião distribuídas na Comarca.

(...)

Em razão do quanto exposto na presente sentença, notadamente para a apuração de eventual prática de infração penal, REQUISITO a instauração de inquérito policial, remetendo-se cópia integral do feito para à ***Delegacia de Investigações Gerais, para as providências cabíveis***" (fls. 437/442).

Com efeito, verifico que os documentos que instruíram estes autos demonstram a existência de elementos indiciários para, ao menos, justificar a instauração de inquérito policial contra o Paciente.

Ora, a coação será considerada ilegal, quando exercida sem que haja um motivo lícito, restringindo total ou parcialmente a liberdade de locomoção do Paciente.

Portanto, somente se pode falar em falta de justa causa a ensejar o trancamento do inquérito ou da ação pela estrita via do *Habeas Corpus* quando provado, de modo inequívoco, que o agente não participou, de modo algum, da ação criminosa, ou que a sua conduta não caracteriza infração penal, o que não se verifica na espécie, neste momento, em cognição sumária.

De fato, o trancamento do inquérito ou da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, *de plano*, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 93.720/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/06/2009).

Acesso ao Sumário

Além disso, pelo que se depreende dos documentos que constam dos autos, em especial, a sentença proferida nos autos da ação de usucapião extraordinária (fls. 432/442), há indícios para a instauração do inquérito policial, não restando comprovada, de plano, a manifesta atipicidade da conduta, fazendo-se necessária a apuração dos fatos.

No mais, as alegações constantes da impetração implicam análise profunda do mérito e das provas do processo principal, o que é inadmissível na estrita via do *Habeas Corpus*.

Portanto, inviável, por ora, o trancamento do inquérito policial, sob pena de limitar a atuação da autoridade policial e do órgão da acusação, bem como de impedi-lo de eventualmente provar os fatos.

A propósito: "*Ação Penal. Trancamento. Pretensão formulada por meio de habeas corpus. Inadmissibilidade se a denúncia descreve fato que constitui crime e o acusado aparenta ser seu autor. Descrevendo a denúncia fato que constitui crime em tese, havendo razoável aparência de realidade de ser o denunciado o seu autor, não pode o Tribunal trancar a ação penal por meio de habeas corpus, a pretexto de não estar provado aquilo que o Ministério Público se propõe a demonstrar no curso da instrução*" (RT - 748/627).

Nesse contexto, não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal contra o Paciente a ser sanado pela via do remédio heroico em razão da requisição de instauração de inquérito policial.

Frise-se que o Paciente ainda sequer foi indiciado, tratando-se o inquérito policial de mero procedimento destinado à formação da *opinio delicti*. Assim, não houve, até o momento, oferecimento da inicial acusatória e, consequentemente, prolação de decisão de recebimento de denúncia pela autoridade competente, conforme se observa das informações prestadas, aguardando-se a conclusão do inquérito policial.

Cumpre mencionar, por oportuno, que, não tendo sido apreciado pelo Juízo de primeira instância os requisitos para o recebimento de eventual denúncia, não se pode atribuir a tal autoridade a submissão do Paciente a qualquer constrangimento ilegal. Dessa forma, a análise das alegações de ausência de justa causa implicaria em inconteste supressão de instância, não havendo o que se falar, portanto, em constrangimento ilegal por ela praticado.

Por fim, quanto à alegação de que já decorreu o prazo para a conclusão do inquérito policial, anoto que, conforme entendimento de nossos tribunais, os prazos legais para a realização dos atos processuais não são absolutos, devendo ser aferidos de acordo com as particularidades do caso concreto, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Confira-se:

"*HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM*

Acesso ao Sumário

FLAGRANTE E PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312. ADMISSIBILIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PRECEDENTES. ***COMPLEXIDADE DA AÇÃO PENAL E PLURALIDADE DE RÉUS. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO****. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. PRECEDENTES. 1. Não se conhece de habeas corpus impetrado contra decisão de indeferimento de liminar proferida por Tribunal Superior. Entendimento sumulado por esta Corte. 2. O impetrante não demonstrou a excepcionalidade do caso concreto, que poderia conduzir à superação da súmula nº 691 desta Corte e ao conhecimento de ofício de suas alegações. 3. É plenamente justificada a manutenção da custódia cautelar decorrente da prisão em flagrante por tráfico de drogas quando, além da proibição da liberdade provisória legalmente imposta pelo art. 44 da Lei nº 11.343/06, estiverem presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP. 4.* ***A duração do processo se submete ao princípio da razoabilidade, havendo inúmeros critérios que auxiliam na determinação do excesso. A complexidade da ação penal e a pluralidade de réus podem ser motivos bastantes a uma tramitação processual menos célere que a habitual.*** *5. Habeas corpus não conhecido*". (STF, HC 104845 /SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 10.08.2010). – grifos nossos.

E, *in casu*, verifico que a portaria que instaurou o inquérito policial foi expedida em 06.10.2021 (fls. 405/406) e o pedido de dilação de prazo foi solicitado em 08.11.2021 (fls. 469), tendo havido a superação do prazo somente em 02 dias, sendo certo que eventual demora no encerramento das investigações não pode ser imputada ao Juízo a quo, mas, sobretudo, à necessidade da realização de diligências.

Ante o exposto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2266555-49.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente FRANKLIN SANTOS SIMOES e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA 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: Concederam a ordem de *habeas corpus*, para que o paciente Franklin Santos Simões seja dispensado da prestação de fiança, nos termos do artigo 325, § 1º, inciso I, do Código de Processo Penal, mantendo-se as demais cautelares já fixadas pela primeira instância. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra

Acesso ao Sumário

este acórdão. **(Voto nº 18.999)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO GORDO (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 13 de janeiro de 2022.

MARCELO SEMER, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. Pedido de afastamento do pagamento da fiança. Cabimento. Liberdade provisória concedida, independentemente do pagamento da fiança arbitrada. Manutenção das medidas cautelares alternativas fixadas pelo Juízo de origem. Inteligência dos artigos 325, § 1º, e 350 do CPP. Precedente do STJ no *Habeas Corpus* Coletivo nº 568.693/ES. Ordem Concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Franklin Santos Simões, contra ato do MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de São Paulo, que, ao receber auto de prisão em flagrante pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 306 e 303 da lei 9.503/1997, condicionou a liberdade provisória ao recolhimento de fiança, fixada em um salário-mínimo.

Em suas razões (fls. 01/08), a impetrante alega, em síntese, que a imposição da fiança como uma condição para a liberdade é desarrazoada no período da atual pandemia do COVID-19, razão pela qual o STJ, no julgamento do HC N.º 568.693, determinou a soltura independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança. Sustenta, ainda, que o condicionamento da soltura ao pagamento da fiança é ilegal, uma vez que a pessoa é mantida presa cautelarmente sem uma decisão judicial que reconheça a presença dos requisitos para tanto, especialmente se considerando a completa escassez de recursos financeiros para satisfazer o pagamento do valor determinado.

A decisão de fls. 65/67, proferida durante plantão judiciário, deferiu a liminar, "*para afastar a determinação de recolhimento de fiança, mediante o cumprimento das medidas cautelares já impostas pelo juízo na origem*", decisão esta que veio a ser ratificada por esta Relatoria (fls. 74/76).

Informações da autoridade impetrada às fls. 80/96.

Acesso ao Sumário

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 103/107 pela denegação da ordem.

É O RELATÓRIO.

Extrai-se dos autos de origem que, em 15/11/2021, o paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, dos crimes de embriaguez ao volante e lesão corporal na direção de veículo, após, supostamente, ocasionar um acidente automobilístico, quando submetido a bafômetro e constatado que estava com 1,06 mg/L de álcool por litro alveolar.

A decisão de fls. 52/55 dos autos de origem, após manifestação do Ministério Público, concedeu a liberdade provisória ao paciente, subordinada, porém, à observância das seguintes medidas cautelares:

a) comparecimento mensal em Juízo para informar e justificar suas atividades, bem como eventual atualização de endereço; b) proibição de frequentar bares, boates, festas populares e afins; c) proibição de ausentar-se da Comarca por mais de oito dias sem prévia comunicação ao Juízo do lugar onde será encontrado; d) recolhimento domiciliar no período noturno (das 22 horas às 6 horas) e nos dias de folga; e ainda, como condição para a liberação, e) prestação de fiança, no valor de 1 salário-mínimo.

Assim entendeu o juízo "*a quo*" quanto à fiança:

> *Assim, a cautelar pecuniária é de rigor: não bastasse sua nítida eficácia na senda de vincular o agente ao processo, assegurando seu comparecimento aos atos jurisdicionais, é precisamente pedagógica a quem, pelo visto, conduzia veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, sendo que os valores poderão, alternada ou complementarmente, ser revertidos: à reparação da vítima, ao pagamento das custas processuais, bem como ao abatimento de eventual prestação pecuniária e/ou multa. Os indícios de capacidade econômica para arcar com a condicionante estão demonstrados, até porque tem posse e conduzia automóvel (bem de consumo de valor considerável).*

Pois bem.

Estabelece a Constituição da República de 1988 que o *habeas corpus* será concedido "*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, LXVIII).

Trata-se de uma ação de natureza mandamental com status constitucional, com o intuito de tutelar a liberdade de locomoção dos cidadãos frente ao arbítrio e abusos por parte do Estado, em suas mais diversas formas, o que inclui atos jurisdicionais. Segundo explica Aury Lopes Jr., "*a efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito, e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente*

Acesso ao Sumário

céleres e eficazes" (*in* Direito processual penal – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1743).

No caso dos autos, necessário reconhecer que a decisão impugnada padece de ilegalidade, razão pela qual a ordem merece ser concedida em favor do paciente.

Tratando-se de acusado assistido pela Defensoria Pública, a presunção é de que não tenha condições de arcar com o pagamento da fiança, a revelar o seu estado de hipossuficiência, especialmente se considerando que é cabelereiro, não possui formação em ensino superior, não possui imóvel próprio e mora de aluguel em habitação coletiva (fls. 18/19).

Dessa forma, pode ser beneficiado com a exoneração a que alude os artigos 325, § 1º, e 350 do Código de Processo Penal, revelando-se adequada ao regular andamento processual a manutenção das medidas cautelares já impostas pelo douto magistrado "*a quo*", pois, caso haja o descumprimento injustificado de alguma delas, cabe aplicar o disposto no artigo 282, § 4º, do referido diploma Processual.

Ademais, não constatada pelo Magistrado a presença dos requisitos da prisão, injustificável a manutenção da custódia cautelar, dado se afigurarem suficientes e adequadas, no caso, medidas cautelares alternativas à prisão.

Ressalta-se, ainda, que em 14/10/2020 a Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça concedeu *habeas corpus* coletivo para soltar todos os presos que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, no contexto da pandemia de COVID-19, entendendo que "*não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos notoriamente de menor gravidade não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo*" (*Habeas Corpus* Coletivo nº 568.693/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 14/10/2020).

Nesse sentido, em casos assemelhados, assim já entendeu esta C. Câmara e este E. Tribunal:

> *Habeas corpus. Insurgência contra decisão que condicionou a concessão da liberdade provisória ao pagamento de fiança. Liminar concedida. Diante do panorama evidenciado nos autos, fixar fiança a quem não pode com ela arcar equivale a manter/decretar prisão desproporcional, visto que o Código de Processo Penal prevê solução para a hipótese, com dispensa da fiança e imposição das obrigações dos artigos 327 e 328 (art. 350 CPP). Não se pode desconsiderar também que, haja vista a situação excepcional causada pela pandemia de COVID-19, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu conceder liberdade provisória para quem a tinha condicionada ao pagamento de fiança, independentemente de seu*

Acesso ao Sumário

recolhimento, estendendo os efeitos da decisão para todo o território nacional (HC n. 568.693). Ordem concedida para que o paciente passe a gozar da liberdade provisória, independentemente do pagamento de fiança, mantidas, porém, as demais medidas cautelares já fixadas anteriormente pelo juízo de origem. Liminar que se confirma. (HC 2239575-65.2021.8.26.0000, Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, 13ª Câmara de Direito Criminal, j. 28/10/2021).

HABEAS CORPUS – Artigo 306 da Lei nº 9.503/97 – Flagrante – Fiança fixada – Dispensa de fiança, mantidas as outras medidas cautelares – Hipossuficiência econômica – Artigo 350 do Código de Processo Penal – Liminar confirmada, mantendo-se as medidas cautelares anteriormente fixadas – Ordem CONCEDIDA. (HC 2178001-41.2021.8.26.0000, Rel. Heitor Donizete de Oliveira, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 26/08/2021).

HABEAS CORPUS. Violência doméstica. Ameaça e violação de domicílio. Fiança arbitrada. Impossibilidade de pagamento do valor arbitrado pela hipossuficiência do paciente. Liberdade do paciente que não pode depender de sua capacidade financeira.

Afastamento da fiança. Ordem concedida, confirmando-se a liminar. (HC 2127758-93.2021.8.26.0000, Rel. Leme Garcia, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 21/06/2021).

Assim, de rigor a concessão da ordem postulada, para confirmar a liminar e afastar a medida cautelar de prestação de fiança.

Ante o exposto, pelo meu voto, confirmo a liminar e concedo a ordem para que o paciente Franklin Santos Simões seja dispensado da prestação de fiança, nos termos do artigo 325, § 1º, inciso I, do Código de Processo Penal, mantendo-se as demais cautelares já fixadas pela primeira instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2274115-42.2021.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é paciente ROSELI SILVESTRE DONATO, Impetrantes PRYNCE SCARLAT MARRONY CARVALHO BARBOSA e GLAUBER BETTIN MORGADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.981)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Prisão domiciliar em razão da disseminação da COVID-19 – Indeferimento pelo juízo da execução criminal – Sucedâneo de recurso de agravo – Ausência de ilegalidade manifesta – Paciente sem indicações que está em risco iminente no estabelecimento prisional, ou que não possa receber tratamento médico adequado naquele local – Avanço da vacinação e melhora nas condições da pandemia, principalmente em relação aos casos mais graves – Constrangimento ilegal – Inexistência – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Dr. Prynce Scarlat Marrony Carvalho Barbosa e Dr. Glauber Bettin Morgado em favor de ROSELI SILVESTRE DONATO, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Taubaté.

Alegam, em síntese, que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal, na medida em que foi revogada a sua prisão domiciliar, sob o argumento de que o benefício tem o prazo de 360 dias e houve a redução dos casos de contaminação pela covid-19, de sorte que a sentenciada deveria se apresentar à unidade prisional, para a continuidade do cumprimento da pena.

Bem por isso, por entenderam que a decisão não possui motivação idônea, e a paciente é pessoa idosa e se enquadra no grupo de risco da covid-19, buscam a concessão da ordem para o restabelecimento da prisão domiciliar em favor da paciente.

Indeferida a medida liminar (fls. 96/98) e prestadas as informações (fls. 101/119), a d. Procuradoria de Justiça se manifestou pela denegação da ordem (fls. 122/130).

É o relatório.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ROSELI SILVESTRE DONATO buscando o restabelecimento da prisão domiciliar em razão da disseminação da COVID-19.

Acesso ao Sumário

Mas, na análise dos argumentos trazidos com a impetração, a denegação da ordem é medida que se impõe.

Inicialmente, não é demais observar que contra as decisões do juízo das execuções, inclusive aquela que indefere a concessão da prisão domiciliar, o recurso cabível é o de agravo (art. 197, da Lei de Execuções Penais).

É certo, por outro lado, que nos termos da jurisprudência tranquila tanto do Colendo Superior Tribunal de Justiça, como do Egrégio Supremo Tribunal Federal, não se admite a utilização do *writ* como substitutivo de recurso próprio ou de revisão criminal.

Nesse sentido:

"*O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que* é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.**"** (STF, HC 109713/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, DJe 05/03/2013).

"À luz do disposto no art. 105 da Constituição Federal, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do habeas corpus como substituto de recurso ordinário, recurso especial, ou revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional. (...) ***6. Habeas corpus não conhecido.*****"** (STJ, HC 256252/SP, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013).

Por outro lado, não se discute que esta 11ª Câmara de Direito Criminal, por ocasião do julgamento do agravo de execução penal nº 0003059-66.2020.8.26.0000 e *habeas corpus* nº 2218796-26.2020.8.26.0000 e 2265453-26.2020.8.26.0000, concluiu que não havia qualquer razão ou fato novo para a revogação da prisão domiciliar da paciente pelo juízo da execução, na medida em que a sentenciada tem mais de 60 anos de idade, é integrante do grupo de risco da covid-19 e vinha cumprindo as condições da prisão domiciliar.

Acontece que, diante do avanço da vacinação, e da melhora nas condições referentes à pandemia, principalmente em relação aos casos mais graves, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ponto de justificar o imediato restabelecimento da prisão domiciliar.

Afinal, esses fatos novos demonstram que não há indícios de que a sentenciada será colocada em risco iminente no estabelecimento prisional ou que não possa receber tratamento médico adequado naquele local.

Acesso ao Sumário

Não custa lembrar que o disposto no art. 1º, §1º, da Recomendação nº 91/2021, de 15/03/2021, do E. Conselho Nacional de Justiça tem a seguinte orientação: "***As disposições da Recomendação CNJ nº 62/2020 e suas atualizações permanecem aplicáveis no que couber, até 31 de dezembro de 2021, competindo a cada autoridade judicial e tribunal compatibilizá-las com o contexto epidemiológico local e a situação concreta dos casos analisados, devendo ser observado que as medidas previstas nos arts. 4º e 5º da Recomendação nº 62/2020 não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher***."

Bem por isso, a decisão que indeferiu o pedido formulado pela paciente veio devidamente fundamentada e trouxe elementos concretos aptos a concluir que não faz jus – agora – à prisão domiciliar, inclusive porque, conforme informou a autoridade apontada coatora, não há notícias de focos de contaminação na unidade prisional em que a paciente deverá permanecer custodiada (fls. 92/94 e 101/104).

Não é demais anotar, como argumento de reforço, que a Secretaria de Administração Penitenciária, em ofícios encaminhados nos dias 8 de abril, 13 e 27 de maio, 13 de julho e 12 de agosto de 2020, à E. Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, informou que tem adotado uma série de "***medidas preventivas de higiene, tais como o aumento da frequência de limpeza de todos os espaços de circulação e permanência das pessoas privadas de liberdade; atenção especial para a higienização de estruturas metálicas, viaturas de transporte e algemas; instalação de dispensadores de álcool em gel nas áreas de circulação, entre outros***.", inclusive com a distribuição de quase 853.000 máscaras reutilizáveis a todos os custodiados e funcionários do sistema prisional.

Além disso, ressaltou a existência de, aos menos, um profissional de saúde pertencente à SAP para pronto atendimento aos sentenciados, além de convênios com equipes médicas dos municípios e que, na ausência de equipe de saúde, os sentenciados podem ser atendidos pela rede pública de saúde local, nos termos da Portaria Interministerial nº 01, entre as pastas dos Ministérios da Saúde e da Justiça, de 2 de janeiro de 2014.

Acesso ao Sumário

E, ainda, esclareceu que desde o dia 15 de junho de 2020, o Governo do Estado iniciou o programa de testagem em massa de populações vulneráveis – incluindo-se a população carcerária – e os resultados apontaram que "***Absolutamente TODOS que testaram positivo (em quaisquer exames) são assintomáticos e não despertam maiores cuidados, exceto pelo distanciamento e observação exigidos, ao passo em que aumentam a população imunizada***.",

sem focos de contaminação da doença no sistema prisional, de sorte que não se vê situação a ponto de justificar o deferimento da ordem de ofício, tampouco violação a direito do paciente.

Em suma, não se vislumbrando constrangimento ilegal a ser remediado pelo *habeas corpus*, a denegação da ordem é medida que se impõe.

Diante do exposto, **DENEGA-SE A ORDEM.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2270893-66.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente JOSÉ MARTINS SOUZA NETO e Impetrante LUCIANO OLIVEIRA DE JESUS.

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 ordem para, independentemente do recolhimento do paciente à prisão, determinar a formação, expedição e encaminhamento da guia de recolhimento, de modo que a Defesa possa formular perante o Juízo das Execuções Criminais os pedidos que entender pertinentes. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.941)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente) e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – Tentativa de Furto Simples – Sentença Condenatória Definitiva – Regime Semiaberto – Foragido – Alega que faz jus à detração do período em que permaneceu preso provisoriamente, que possibilitaria a aplicação da detração e a fixação do regime inicial aberto – Pleiteia a expedição da guia de recolhimento antes do cumprimento do mandado de prisão – POSSIBILIDADE – Segundo recente entendimento firmado pelas Cortes Superiores, 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, con-

Acesso ao Sumário

cluindo, assim, que não será possível a apreciação dos pedidos executórios até que a referida guia chegue ao conhecimento da autoridade competente.

Ordem concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de José Martins Souza Neto, com pedido liminar, apontando o MM. Juiz da 17ª Vara Criminal da Capital como autoridade coatora, nos autos da ação penal nº 1528145-26.2019.8.26.0228.

Aduz o impetrante que o paciente foi preso em flagrante delito em 26 de novembro de 2019, pelo crime previsto no artigo 155, *caput*, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, permanecendo preso até 27 de janeiro de 2020, quando foi prolatada a sentença, remanescendo condenado à pena de 9 (nove) meses de reclusão, em regime semiaberto, com direito ao recurso em liberdade, sendo interposta a apelação que restou improvida.

Afirma não houve a expedição da guia de recolhimento, tendo em vista que não houve o cumprimento do mandado de prisão.

Sustenta que o paciente cumpriu preso cautelarmente 60 dias de prisão, preenchendo o lapso de 20% da pena imposta, fazendo jus ao regime inicial aberto, pela aplicação da detração, com base no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da falta de aplicação da detração, de modo que não pode ser obrigado a ser recolhido à prisão em regime mais gravoso, para poder ser progredido a regime prisional ao qual já cumpriu o lapso necessário.

Enfatiza que houve violação do artigo 387, § 2º, do CPP, bem como ao artigo 9º da Resolução n. 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, quando do recebimento do recurso.

Requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja determinada a expedição de contramandado de prisão em favor do paciente, além de determinar ao Juízo impetrado que expeça guia de recolhimento definitiva (fls. 1/8).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 62/63).

Prestadas informações pela autoridade judiciária, apontada como coatora (fls. 66/67), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da ordem (fls. 70/732).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Verte das informações prestadas pela digna autoridade judiciária em 6 de dezembro de 2021, *in verbis*:

"O paciente foi preso em flagrante, regularmente processado e ao final condenado, em 27 de janeiro de 2020, à pena de 9 meses de reclusão, em regime semiaberto, e multa de 8 diárias no valor unitário mínimo, porque incurso nas penas do artigo 155, *caput*, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, sendo-lhe facultado o apelo em liberdade dado já ter cumprido o lapso de tempo necessário à progressão, sendo também confesso e pessoa doente.

"O paciente interpôs recurso de apelação, o qual foi devidamente recebido aos 05 de fevereiro de 2020. Houve trânsito em julgado para o Ministério Público aos 03 de fevereiro de 2020.

"Aos 20 de outubro de 2020 foi proferido V. Acórdão pela C. 12ª Câmara de Direito Criminal negando provimento ao recurso interposto, mantendo-se a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

"Aos 15 de abril de 2021 foi determinada a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente.

"Aos 3 de novembro de 2021 foi requerido pelo d. Patrono do ora paciente a expedição de contramandado de prisão e expedição de guia de recolhimento definitiva, o qual foi indeferido aos 9 de novembro de 2021, haja vista a competência para apreciação de detração e cálculo de pena ser do Juízo das Execuções Criminais, que possui os informes suficientes a comprovar o real tempo em que o sentenciado permaneceu provisoriamente preso, sendo observado, ainda, que o sentenciado não possui apenas o processo em epígrafe, motivo pelo qual não se aplicou a analogia pelo presente juízo para o reconhecimento de detração antecipada.

"O feito aguarda cumprimento do mandado de prisão expedido" (fls. 66/67).

A ordem comporta concessão.

Inicialmente, oportuno consignar que este relator possuía entendimento no sentido de que a guia de recolhimento para início da execução da pena reclusiva somente poderia ser expedida quando o condenado estivesse ou viesse a ser preso, nos moldes expressamente previstos tanto no art. 647 do Código de Processo Penal, quanto no art. 105 da Lei de Execução Penal.

Dessa forma, não há como se pleitear benefícios executórios que possam ser obtidos durante o cumprimento da pena, se essa sequer teve início.

Entretanto, segundo recente entendimento firmado pelas Cortes Superiores, 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.

Acesso ao Sumário

A despeito da vedação prevista nos artigos 647 do CPP e art. 105 da LEP supracitados, ponderam os eminentes ministros que o prévio recolhimento à prisão para que uma pessoa em liberdade tenha seus benefícios executórios analisados constitui ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Assim, revendo o tema em questão, tenho por necessária a modificação do entendimento até então adotado, inclusive para adequar o julgado à orientação jurisprudencial sedimentada nas Cortes Superiores e, desta forma, resguardar a celeridade processual, o aprimoramento e a eficácia da prestação jurisdicional.

Confiram-se os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 691 DO STF NÃO SUPERADA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NÃO DEMONSTRADA. NÃO RECOLHIMENTO DA PACIENTE AO CÁRCERE. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. EMISSÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO JUSTIFICADA. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. RELATORIA DE OUTRO JULGADOR. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. CONCESSÃO DO *HABEAS CORPUS*, DE OFÍCIO. [...] 4. Nos termos dos arts. 105 da Lei n. 7.210/1984 e 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento - e consequente início da competência do juízo das execuções - demanda prévia custódia do réu. 5. No entanto, estabelece o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. 6. Justifica-se a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão, a fim de possibilitar a análise do pedido de progressão de regime ou de prisão domiciliar pelo Juízo competente (Precedentes do STJ e do STF). 7. Impossível avaliar se há ou não similitude fática, aos ditames do art. 580 do CPP, entre as condutas atribuídas à ré e à beneficiada do proveito de segregação domiciliar, mormente porque abordadas cada qual em um processo distinto. Não há falar em estender efeitos de decisão proclamada em outro feito, à acusada em demanda diversa (não existe concurso de pessoas), sobretudo de relatoria de outro julgador. 8. Ordem denegada. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, para determinar, independentemente do recolhimento da paciente à prisão, se instaure o processo de execução, com observância do art. 65 da Lei n. 7.214/1984, e se submeta à análise do juízo competente o pleito de progressão de regime ou prisão domiciliar. (STJ, HC n. 599.475/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 29/9/2020).

Ainda.

Acesso ao Sumário

"*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 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

Acesso ao Sumário

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 n. 525.901/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 26/11/2019).

Assim, consignado o atual posicionamento adotado por este relator acerca da possibilidade de expedição e encaminhamento da guia de recolhimento ao juízo da execução para que analise imediatamente eventual detração e/ou progressão ao regime aberto, nos moldes do artigo 112 da Lei de Execução Penal, procedimento que não pode ficar condicionado à prévia prisão do condenado.

Ante o exposto, concede-se a ordem para, independentemente do recolhimento do paciente à prisão, determinar a formação, expedição e encaminhamento da guia de recolhimento, de modo que a Defesa possa formular perante o Juízo das Execuções Criminais os pedidos que entender pertinentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2264028-27.2021.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é paciente C.P.S. e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.978)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

SILMAR FERNANDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa*: HABEAS CORPUS* – Paciente citada através do aplicativo *WhatsApp* – Pretendida decretação

de nulidade – Constrangimento ilegal inexistente – Excepcionalidade da atual situação – Confirmação do recebimento feito pelo *WhatsApp* – Paciente que se declarou ciente, inclusive solicitando ser assistida pela Defensoria Pública – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de C.P.S., apontando, como autoridade coatora, o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal – 45ª CJ – Mogi das Cruzes.

Alegou que a paciente sofre constrangimento ilegal, eis que foi citada por meio de aplicativo *WhatsApp*, citação que não encontra guarida no Código de Processo Penal, nos termos dos artigos 351 e seguintes.

Diante disso requereu a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade da citação realizada por *Whatsapp*, ante a ausência de previsão legal ou, ainda, de qualquer norma administrativa autorizadora.

Sem liminar, aportaram aos autos as informações de praxe prestadas pela d. autoridade apontada como coatora (fls. 212/249) e, ao final, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da Ordem (fls. 252/258).

É O RELATÓRIO.

2. O *writ* deve ser denegado.

Justifico.

Segundo se extrai da Impetração, dos informes apresentados pela d. autoridade apontada como coatora e, ainda, de elementos extraídos dos autos de origem, em pesquisa ao sistema *e-SAJ*, a paciente, **EM TESE**, entre os dias 14 de julho de 2017 a 03 de agosto de 2017, subtraiu para si, 01 par de brincos de ouro com pedras preciosas, avaliado em R$ 1.000,00, 01 pingente em ouro com pedras preciosas, avaliado em R$ 800,00, 01 pingente em ouro retangular, avaliado em R$ 1.000,00 e 02 anéis de ouro com pedras preciosas, avaliados, cada um, em R$ 1.000,00, totalizando R$ 4.800,00, além de outras joias descritas no boletim de ocorrência, de propriedade de A.P.L.

Segundo apurado, a paciente passou a exercer a função de empregada doméstica na residência da vítima, cerca de três meses antes dos fatos, oportunidade que se aproveitou da ausência da vítima no imóvel para subtrair do interior de uma gaveta da cômoda, um saco contendo diversas joias.

Apurou-se, ainda, que, parte das joias foram guardadas em local diverso

Acesso ao Sumário

do próprio imóvel e, outra parte, vendida pela paciente a estabelecimentos não identificados, conduta confessada por ela a autoridade policial.

A denúncia foi recebida aos 18 de outubro de 2019, sendo expedida carta precatória para citação da ré na Comarca de Penedo.

Ocorre que, de acordo com o teor da carta precatória copiada as fls. de fls. 220/248 e certidão do oficial de justiça (fls. 235), a paciente foi citada via aplicativo de celular *WhatsApp*, após ter sido informado por sua genitora o número de seu telefone, eis que residia em Maceió a trabalho, sendo certo que a paciente recebeu a contrafé via anexo com as orientações devidas acerca dos seus direitos, bem como apresentou cópia fotográfica de seu documento de identidade. Além disso, expressou seu interesse em ser assistida pela Defensoria Pública.

Diante disso, a Defensoria Pública peticionou nos autos, alegando nulidade na citação e requereu a expedição de nova carta precatória para que se promova a citação pessoal da acusada, nos termos dos artigos 351 e seguintes do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade absoluta, sendo proferida decisão, nos seguintes termos: "... *No tocante ao formato da citação, é forçoso reconhecer a legalidade da citação pelo aplicativo conforme concretizado pelo juízo deprecado, na medida em que contém elementos indutivos da autenticidade da destinatária, como número do telefone, confirmação escrita e foto individual. Ademais, o Poder Judiciário não pode dar de ombros às ferramentas tecnológicas de comunicação disponíveis no seio social, sobretudo em período de grave pandemia*" (decisão copiada as fls. 196/197).

Pois bem.

Não obstante inexista previsão expressa de realização de citação mediante o aplicativo "*Whatsapp*" no Código de Processo Penal, é caso de se ponderar a excepcionalidade da atual situação da pandemia, até porque não há nenhum indício de que o ato não tenha atingido a sua finalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar a matéria, firmou compreensão de que "*A citação por meio eletrônico, quando atinge a sua finalidade e demonstra a ciência inequívoca pelo réu da ação penal, não pode ser simplesmente rechaçada, de plano, por mera inobservância da instrumentalidade das formas*" (HC 644543/DF, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021).

Tal flexibilização dos atos processuais em busca da efetividade do processo também encontra guarida no próprio Código de Processo Penal, à luz da redação dos artigos 563, 564, 566 e 572 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, já decidiu este E. Tribunal:

"Habeas Corpus. Alegação de constrangimento ilegal, consistente na citação do paciente, que responde ao processo em liberdade, por telefone e pelo aplicativo "WhatsApp". Pleito objetivando a declaração da nulidade

Acesso ao Sumário

de todos os atos praticados desde a citação via telefone e a subsequente realização do ato na modalidade pessoal. Inviabilidade. Embora inexista, no CPP, previsão legal expressa da realização de citação mediante o referido aplicativo, deve ser ponderada a excepcionalidade da atual situação de pandemia, em razão da qual devem ser evitados os contatos presenciais. Ademais, verifica-se haver o paciente anuído com tal forma de citação, declarando-se ciente e, inclusive, solicitando a indicação de defensor dativo, o qual já foi nomeado nos autos, de modo que o réu não se encontra indefeso. Por fim, não restou demonstrado, nos autos, qualquer prejuízo causado à parte em razão de a citação ter sido realizada via "WhatsApp", não se vislumbrando violação às suas garantias processuais. Inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela presente via heroica. Ordem denegada." (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2210475-02.2020.8.26.0000; Relator Des. Guilherme de Souza Nucci; 16ª Câmara de Direito Criminal; julgado em 07/11/2020).

Além do mais, o moderno processo penal consolida a regra matriz *pás de nullitè sans grief*, exigindo, pois, que o ato processual a ser declarado nulo tenha causado, efetivamente, prejuízo às partes, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, o que não se verificou, *in casu*.

Vale ressaltar, ainda, a ponderação feita pela douta Procuradora de Justiça: "*... Ademais, deve-se considerar que em razão da pandemia do coronavírus, o Judiciário se viu obrigado a buscar novas formas de dar seguimento aos processos, sem que fosse necessário colocar os funcionários ou os jurisdicionados em risco, uma vez que é recomendado o distanciamento social. Por tal razão, vem sendo recomendada a realização de atos por meios eletrônicos, inclusive audiências.*

Cabe, ainda, consignar que foram seguidas as recomendações, garantindo-se que os direitos da paciente fossem respeitados, uma vez que, ao que tudo indica, ela teve plena ciência acerca do processo" (fls. 258).

Por qualquer ângulo de observação não se evidenciou, pois, o acenado constrangimento ilegal.

3. Ante o exposto, **DENEGO** a Ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2283260-25.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante LEONARDO FONTES RODRIGUES e Paciente E.S.S., é impetrado MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRIMES TRIBUTÁRIOS, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE BENS E VALORES DA COMARCA

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: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.723)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 18 de janeiro de 2022.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE DINHEIRO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Pedido de acesso aos autos do inquérito policial. Decisão proferida pela digna autoridade impetrada que fundamentou suficientemente a necessidade do sigilo dos autos. Diligências imprescindíveis à investigação que ainda não foram concluídas, tampouco documentadas. Somente diligências findas e cujo acesso não comprometa a eficácia da investigação podem ser franqueadas à Defesa. Ausência de violação à Súmula Vinculante nº 14, do STF. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Advogado LEONARDO FONTES RODRIGUES, em favor de E.S.S., sustentando que o paciente sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo, consistente na impossibilidade de acesso aos autos do inquérito policial nº (...), no qual é investigado pelos delitos de organização criminosa, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas.

A medida liminar foi indeferida (fls. 7/8) e a digna autoridade impetrada prestou informações (fls. 11/14).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 17/22).

É o relatório.

Busca-se, com a presente impetração, que se conceda à Defesa o acesso

Acesso ao Sumário

aos autos de inquérito policial, pois decretada a prisão temporária do paciente.

Alega o impetrante que não conseguiu acesso integral aos autos, mesmo após protocolo de petição e envio de e-mail à Vara pela qual tramita o procedimento, ocorrendo total descumprimento na Súmula vinculante nº 14, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

A ordem deve ser denegada.

Com efeito, de acordo com as informações prestadas pela digna autoridade impetrada, confirmadas e complementadas pelo signatário por intermédio de consulta realizada aos autos digitais nº (...), verificou-se que a autoridade policial ofereceu representação pela decretação da prisão temporária do paciente e de outros dezoito investigados, com suporte no disposto no artigo 1º, incisos I e III, alíneas "b" e "c", da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, visando à apuração dos delitos de organização criminosa, lavagem de dinheiro e tráfico de entorpecentes.

O Ministério Público manifestou-se favoravelmente ao deferimento da medida, pelo prazo de 30 dias, por entender existentes fundadas razões acerca da autoria dos delitos apurados, bem como para permitir o deslinde das investigações sem intercorrências ou obstruções (fls. 1015/1028).

Por decisão proferida em 28 de outubro de 2021, a digna autoridade impetrada decretou a prisão temporária do paciente e de outros dezoito investigados (fls. 1030/1041).

Em 25 de novembro de 2021, a Defesa do paciente peticionou requerendo acesso aos autos sem juntar procuração (fls. 1276). E, em 02 de dezembro de 2021, tornou a peticionar reiterando o pedido de acesso aos autos e requereu a revogação da prisão temporária do paciente, ou, alternativamente, a substituição por medidas cautelares diversas da prisão (fls. 1310/1312). Na mesma data impetrou, perante esta Corte de Justiça, o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, requerendo a habilitação e o acesso aos autos da investigação.

Por decisão proferida em 06 de dezembro de 2021, o MM. Juízo *a quo* determinou "***que a autoridade policial se manifestasse acerca da habilitação nos autos pelo defensor de E.S.S., a fim de evitar a frustração de eventuais diligências pendentes. Ordenou também que a Defesa fosse intimada para juntar procuração aos autos a fim de regularização processual e posterior análise de seu requerimento. Sem prejuízo, a fim de evitar futura alegação de cerceamento de Defesa, envie a z. Serventia cópia da presente decisão, bem como da decisão as fls. 1030/1041 que decretou a prisão temporária do investigado, ao endereço eletrônico do referido causídico para que tome conhecimento dos fundamentos para a custódia cautelar***." (fls. 1355/1359, dos autos originais – grifo nosso).

Acesso ao Sumário

No dia 13 de dezembro de 2021, a Defesa do paciente juntou aos autos procuração outorgada pelo paciente, datada de 05 de janeiro de 2018, e renovou

o pedido de imediata liberação dos autos (fls. 1472/1473). No dia subsequente, o douto representante ministerial requereu que a Defesa do paciente apresentasse procuração atualizada e que se aguardasse a manifestação da autoridade policial sobre o pedido de habilitação e acesso aos autos (fl. 1477).

No dia 15 daquele mês e ano, o MM. Juízo *a quo* determinou que a Defesa juntasse aos autos procuração atualizada e determinou que se aguardasse manifestação da autoridade policial acerca do pedido de habilitação formulado (fl. 1493).

Por decisão proferida 17 de dezembro de 2021, o digno Juízo impetrado, expôs, de forma clara e precisa, as razões de seu convencimento para prorrogar a prisão temporária do ora paciente e dos outros investigados e manter a decretação de sigilo dos autos, assim consignando: "***Como se vê, as diligências realizadas se revelaram suficientes a reforçar os indícios de autoria até então existentes em torno da participação dos investigados nas condutas delitivas apuradas, bem como a demonstrar a necessidade premente e comprovada de esclarecimento cabal dos fatos e finalização dos trabalhos de Polícia Judiciária. Por tais razões, a representação formulada comporta acolhimento em vista dos relevantes argumentos aduzidos pela Autoridade Policial, dos elementos informativos reunidos nos autos, bem como diante da expressa anuência do Ministério Público, sendo, portanto, de rigor a prorrogação da prisão temporária dos investigados por mais 30 (trinta) dias, prazo em que devem ser encerradas as investigações e apresentado Relatório Final para oferecimento da denúncia ou liberados os suspeitos ... MANTENHO A DECRETAÇÃO de SIGILO dos autos, tendo em vista que a concessão de acesso aos investigados sobre o andamento das diligências sigilosas importaria em rico concreto de perecimento de eventuais medidas cautelares, de modo a tornarem inócuos os esforços investigativos empreendidos, motivo pelo qual, inclusive, o feito deve tramitar em segredo de justiça***" (fls. 1581/1585, dos autos principais).

Referida decisão 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 modo que não comporta alteração.

Isto porque, as diligências ainda não foram concluídas, tampouco documentadas, razão pela qual devem ser mantidas em sigilo, sob risco de se frustrar as investigações, sendo certo que, muito embora o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB – Lei 8.906/94), preveja no artigo 7º, inciso XIV, o direito do advogado de acessar e examinar os autos de procedimento de investigação, tal direito não é absoluto, como se observa do § 11, do citado dispositivo, e, ainda, do artigo 23, da Lei nº 12.850/13.

Assim, estando devidamente motivada pela autoridade impetrada, cuja convicção não pode ser desconsiderada, pois é ela quem está próxima dos fa-

tos, dos acusados e das testemunhas neles envolvidas, e, por isso, pode avaliar, com maior precisão e segurança, a necessidade da medida, a decisão merece ser prestigiada.

Como mencionado, extrai-se da decisão combatida que há diligências em andamento, ainda pendentes de cumprimento, razão pela qual, tendo a investigação caráter sigiloso, qualquer ingerência, neste momento específico, poderá prejudicá-las, tornando-as ineficazes se tornadas de conhecimento público.

É certo que constitui prerrogativa do advogado o acesso aos autos em que se desenvolve a investigação dos seus representados, pois lhe é assegurado o direito de defesa, conforme disposto nos artigos 5º, inciso LV, e 133, ambos da Constituição Federal. No entanto, é cediço que tais regras, como já referido, não são absolutas, uma que vez que o exercício profissional do advogado, embora indispensável à administração da justiça, circunscreve-se aos limites da lei.

Nesse passo, o § 11, do artigo 7º, da Lei nº 8.906/94, excetua a regra do inciso XIV, do aludido dispositivo, prevendo que "***no caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências***".

Nesse sentido, a Súmula Vinculante nº 14, do Pretório Excelso, *in verbis*: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Quando da votação desse enunciado sumular, o Ministro Cezar Peluso assim se manifestou: "***Uma coisa são os elementos de prova já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, a essas diligências, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la***".

Como visto alhures, há diligências em execução, não sendo o caso de se permitir, neste momento, o acesso aos autos pela Defesa do paciente, sob pena de se comprometer a eficácia da investigação.

Confira-se, nesse sentido, relevante trecho da decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto ao negar seguimento à Reclamação Constitucional nº 9.054, com idêntica pretensão: "(…) ***O inquérito policial é de previsibilidade cons-***

Acesso ao Sumário

titucional implícita e também explícita. [...] a Constituição contrabalança a lista dos direitos individuais, neles embutido o tema da ampla defesa e do contraditório, com o dever do Estado de investigar criminalmente na perspectiva de detectar infrações penais e identificar os respectivos autores. [...] Se, de um lado, temos direitos e garantias individuais em matéria penal, de lastro constitucional, também de lastro constitucional temos a consagração do princípio da justiça penal eficaz. [...] Penso, portanto, que a redação da súmula deve encerrar um mandado de otimização. Ela deve ter a virtude de consubstanciar um verdadeiro mandado de otimização ou de conciliação entre princípios igualmente constitucionais. De uma parte, falemos do princípio da ampla defesa; de outra parte, o princípio da justiça penal eficaz. E aí, me parece que a redação da súmula comportaria uma discussão um pouquinho mais aprofundada. Por exemplo: eu faço uma distinção entre autos do inquérito policial e diligências processadas nos autos, vale dizer, entre investigação e diligências concretizadoras da investigação. A investigação policial como um todo, uma espécie de continente; e as diligências como meios de operacionalizar a investigação. A investigação se dá por meio de sucessivas diligências. Eu me perguntaria: nós deveríamos consagrar na súmula o direito irrestrito dos advogados aos autos da investigação ou das diligências, de cada diligência já concluída? Claro que estou falando de um receio que é justo, de que o conhecimento prévio da diligência comprometa toda a linha de investigação. E comprometendo toda a linha de investigação, o princípio da justiça penal eficaz resultaria vulnerado. 9. Daqui se segue a compreensão de peças 'já documentadas', tal como está na Súmula Vinculante nº 14, são apenas os documentos decorrentes de diligências findas, e cujo acesso já não comprometa a eficácia da investigação policial. Em palavras outras, só é de ser juntado aos autos do inquérito o que não comprometa a continuidade das investigações (um dever de ofício, e não uma faculdade da autoridade policial, do Ministério Público ou do Juiz, porque estes devem zelar pela eficácia das respectivas funções). Comprometimento, esse, verificável também no caso de diligências encerradas, mas cujo conteúdo dê origem a outras diligências conexas. Afirmação de todo evidente das escutas telefônicas lícitas. Sabido que tais escutas, em regra, são as matrizes de todas as provas. Ademais, é natural que os juízes, ao negarem acesso à 'quebra do sigilo telefônico', apenas motivem sua negativa nos casos de conexão com outras diligências em andamento." (STF, Reclamação nº 0.954, Re. Min. Ayres Britto, DJe 06/11/2009).

Portanto, inexiste constrangimento ilegal a ser reparado pela via do presente remédio constitucional.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2300670-96.2021.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é impetrante LESLIÊ CAROL CARDOSO GASPAR e Paciente DAIANE CRISTINA RIBEIRO PARROTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: "Habeas corpus". Revogação de prisão preventiva ou substituição do encarceramento por medidas cautelares alternativas ou, ainda, prisão domiciliar. Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Critério judicial ponderado, notadamente pelas circunstâncias e gravidade dos crimes. Inexistência de violação ao princípio da inocência. Incompatibilidade da liberdade para casos graves. Custódia necessária. Impossibilidade da concessão dos benefícios pleiteados. Inaplicabilidade de medidas cautelares alternativas. Garantia da ordem pública preservada. Precedentes fortes na jurisprudência. Pleito de conversão da prisão preventiva em domiciliar. Quadro excepcional que impede a aplicação da medida. Prisão cautelar mantida. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Habeas Corpus impetrado por Lesliê Carol Cardoso Gaspar, em favor de Daiane Cristina Ribeiro Parrote, que busca revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição do encarceramento por medidas cautelares alternativas ou por prisão domiciliar, alegando ***(i)*** ausência dos requisitos da prisão preventiva, ***(ii)*** violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, ***(iii)*** ausência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva

e ***(iv)*** ser mãe de criança, nos termos do art. 318-A do Código de Processo Penal, pretextando, por isso, ocorrência de constrangimento ilegal.

A paciente foi presa em flagrante pela prática das infrações penais capituladas nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 (*tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico*).

Indeferida a liminar (*f. 21/22*), vieram informes do d. juízo de origem (*f. 26/64*), anotando-se manifestação ministerial pela denegação da ordem irrogada (*f. 67/69*).

Autos conclusos em gabinete aos ***19.jan.2022*** (*f. 70*).

É o relatório.

Sem **qualquer mínima razão** a impetração, que busca revogação da prisão preventiva ou substituição do encarceramento por medidas cautelares ou por prisão domiciliar a acusada de ***tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico***.

A paciente responde por crimes **graves**, **gravíssimos** – *um deles equiparado a* ***hediondo***, ressalte-se.

Tem-se que, pelo próprio estudo teleológico do Processo Penal, o que impõe e torna obrigatória a prisão cautelar é a **gravidade do delito**, em si, e a seriedade com que tem ele que ser tratado.

Não se pode perder de vista que a legislação traz consigo a imposição do espírito da política criminal adotada.

E esta política deixa claro, ao renovar tanto a lei material (*Lei nº 11.343/06*) quanto a processual (*Lei nº 12.403/11*), que os crimes considerados graves – *aqui gravíssimos, em verdade* – devem ser tratados com reprovabilidade recíproca por parte do Estado.

Ora.

A atual redação do *art. 282 do Código de Processo Penal* estampa claramente quais os ditames da política criminal com relação à prisão.

Evidente que a regra é a liberdade, por ser direito *'innatu'* do cidadão comum.

Todavia, aquele que viola a norma penal infringe os valores sociais nela incutidos – *que visam à manutenção da sociedade e dos direitos fundamentais* –, claramente a destruir os pilares da vida em comunidade.

Com isto, faz o Estado agir, em represália e atenção, também, à **gravidade** de sua conduta (*art. 282, I e II, do Código de Processo Penal*).

E a situação merece **tratamento severo**.

Atente-se que o art. 313, I, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de prisão preventiva para crimes dolosos cuja pena máxima exceda quatro anos.

Acesso ao Sumário

A fazer compreender que o Estado considera tais crimes graves.

O tráfico de drogas possui pena **mínima de 5 anos**.

Trata-se de crime nefasto, que deturpa a sociedade, destrói seres humanos e lares, bem como ampara todo o mundo da criminalidade.

E aquele que dissemina entorpecentes, cujos vícios e suas mais variadas sequelas são odiáveis e de difícil recuperação, a causar transtornos não só ao dependente, como a todo seu seio familiar e social, contribui para a destruição da própria sociedade.

Gravíssimo, hediondo, portanto, o tráfico de drogas.

De modo que a liberdade ou mesmo medidas cautelares diversas não guardariam proporção com as circunstâncias fáticas do evento, não sendo, *'in casu'*, socialmente recomendáveis.

Daí que a imposição de clausura durante o processo, quando há, como aqui, ***em tese***, indícios suficientes, tanto de materialidade, como de autoria, é medida de prudência e extrema necessidade.

Recheados de julgados nossos compêndios no sentido de ser mantida a prisão preventiva, em hipóteses de apontados cometimentos com resultados graves, como aqui.

> *"No conceito da ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face de gravidade do crime e de sua repercussão."* (Supremo Tribunal Federal, Min. Carlos Madeira, RTJ 124/033).

Donde a solução encontrada pela julgadora ilustre de origem, mantendo a custódia da acusada, até solução final, ser medida de prudência, zelo e preocupação com o social.

Garante-se, com isso, a ordem pública e social e previne-se eventual desaparecimento da acusada.

Pretexta, ainda, *carência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva* (*f. 43/45*).

E nada obstante o respeito e consideração que se dedique à ilustre tese defensiva, verdade é que não se pode cassar a custódia, *in casu*, também por esta razão.

A decisão de origem, ***mais que fundamentada***, cumpre absoluta e perfeitamente os requisitos legais, porque esclarece quais os fundamentos e justificativas para a necessidade prisional.

Que são aqui encampados e adotados.

Ao referir-se à gravidade dos delitos, está-se, por sem dúvidas, justificando-se plenamente a atuação do Estado, na coarctação da liberdade de ir e vir da cidadã.

Acesso ao Sumário

Permitindo, então, à sociedade, que veja encarcerado aquele que mereça ser banido do convívio social, como aqui.

Para a proteção dela e de todos os seres de bem que querem ver o Judiciário atuando.

Se assim é, não se há negar que fundamento e motivação existem e são absolutamente adequados.

Assim e tecnicamente, falta de fundamentação ***não há***.

Demais e reprisando-se o que já se firmou, absolutamente incompatível a liberdade, para casos de crimes graves, como aqui.

Resta o pedido de ***conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar***, com fundamento no art. 318-A do Código de Processo Penal, que não pode ser acolhido.

Conforme se depreende dos informes prestados (*f. 26/64*), o tema ***já foi avaliado pela origem.***

Esta, com efeito, após analisar todas as circunstâncias concretas envolvidas no presente caso, manteve a prisão preventiva, mediante fundamentação ampla e adequada, que aqui e agora se adota também como razão colegiada de decidir, não se registrando até o momento qualquer alteração da situação fática que embasou aquele decisório, nos seguintes termos:

> "*Por fim, verifico que, embora a acusada seja mãe de dois adolescentes, sua presença não atende aos superiores interesses dos filhos, uma vez que o ECA estabelece que "é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral"; e, é certo que o possível envolvimento de Daiane juntamente com seu filho E.P.N. (12 anos) com o tráfico de drogas é prejudicial ao desenvolvimento dos filhos, que, inclusive, estavam sob cuidados de outra pessoa. Tanto é assim que a própria acusada afirmou que seus filhos estão com a avó, Ivanilda Aparecida Ribeiro (sua mãe), que é responsável pelos cuidados deles (fls. 11), não sendo cabível a tese da defesa para os fins pretendidos*."

Trata-se, como acima se disse, de decisão amplamente fundamentada da origem, não se entrevendo qualquer irregularidade no indeferimento do pedido.

Nesses termos, verifica-se na hipótese a existência de motivos concretos para que a prisão preventiva decretada não seja substituída por prisão domiciliar, conforme fundamentou o d. Juízo de origem.

Por quaisquer ângulos que se enxergue a situação, portanto, não tem razão a impetração, daí porque acertado o decreto prisional.

Nega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2299795-29.2021.8.26.0000, da Comarca de Hortolândia, em que é paciente MICHEL CARPEGIANI OLIVEIRA ABREU e Impetrante JOSÉ EDUARDO CURY, é impetrado MMJD DA 2ª VARA CRIMINAL DO FORO DISTRITAL DE HORTOLÂNDIA, COMARCA DE SUMARÉ/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.550)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Crime de falsificação de documento público. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Requisitos autorizadores presentes. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de ***habeas corpus*** impetrado em favor do Paciente alegando-se, em síntese, que se encontra preso preventivamente pelo crime de falsificação de documento público. Alega sofrer constrangimento ilegal por parte da Autoridade Coatora em razão de decisão, carecedora de fundamentação idônea, que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, sem indicação de motivo concreto e objetivo a justificar a manutenção da segregação do Paciente, pautada apenas na gravidade abstrata da conduta. Alega também que: ***1.*** as hipóteses da prisão preventiva não são incidentes; ***2.*** há excesso de prazo para encerramento da instrução criminal; ***3.*** "*a doutrina e a jurisprudência são unissonas quanto ao entendimento de que a medida constritiva de caráter cautelar, exarada de forma a coagir a liberdade individual, somente deve ser mantida quando absolutamente indispensável*". Pede a concessão da Ordem, também em liminar, para que seja revogada a prisão preventiva, expedindo-se o competente alvará de soltura (fls.01/12). Vieram documentos (fls.13/172).

Negada a medida liminar (fls.174/176), foram requisitadas informações, prestadas pela Autoridade Coatora a qual ratificou e justificou seu ato (fls.177).

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da Ordem (fls.182/187).

É o relatório.

A Ordem deve ser denegada.

Isto porque: ***1***. o Paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso "*por 28 (vinte e oito) vezes, no artigo 297, caput, do Código Penal, na forma do artigo 69, do mesmo diploma legal, e no artigo 304, c/c o artigo 297, do Código Penal, tudo na forma do artigo 69, do Código Penal*", porque, de acordo com a situação fática: ***a***. "*em data incerta, mas anterior ao dia 24 de março de 2021, e também neste dia, na Rua dos Coqueiros, n.º 150, Jardim Monterrey, na cidade de Monte Mor, MICHEL CARPEGIANI OLIVEIRA ABREU, qualificado a fls. 08, alterou documento público e falsificou, no todo ou em parte, 20 (vinte) cédulas de identidade em nome de pessoas diversas, 07 (sete) carteiras de habilitação em nome de pessoas diversas, e 01 (uma) carteira de habilitação em nome de pessoa diversa com fotografia do indiciado"; **b**. "o indiciado auxiliava e promovia a confecção de diversos documentos públicos falsos na região de Hortolândia e Monte Mor, como cédulas de identidade e carteira de habilitação, com vistas à prática de outros crimes, envolvendo emissões de cartões de crédito e débito, além de abertura de contas bancárias para obtenção e movimentação de valores auferidos ilicitamente, e/ou realização de lavagem de dinheiro (fatos estes que serão apurados oportunamente)*"; ***c***. ao ser abordado por policiais, o Paciente "*apresentou aos policiais cédula de identidade falsa, constando o nome de Moacir Camara Nantes Junior, mas com a fotografia do indiciado*"; ***d***. "Em busca veicular, os policiais encontraram, ainda, uma máquina de cartão de crédito. Indagado, MICHEL confessou que o documento apresentado era falso, esclarecendo aos policiais sua verdadeira identidade, revelando, ainda, que possuía outros documentos falsos em sua residência, na cidade de Monte Mor, para onde todos se dirigiram"; ***e***. "*Após ser franqueada a entrada na moradia pelo indiciado, os policiais lá realmente encontraram 20 cédulas de identidade em nome de pessoas diversas, 07 (sete) carteiras de habilitação em nome de pessoas diversas, uma carteira de habilitação em nome de Sérgio Murilo Tavares de Souza com fotografia do indiciado, uma carteira do Conselho Federal de enfermagem em nome de Caroline Soares Lins, e 17 espelhos de cédulas de identidade em branco*"; ***f***. "*Além dos documentos e espelhos, foram apreendidas, na residência, mais 10 máquinas de cartão de crédito, 03 aparelhos de telefone celular, 46 chips de celular, 31 cartões bancários em nome de terceiros, 02 folhas de cheques em branco em nome de Luiz Fernando Martins, a demonstrar movimentação bancária ilícita por parte do averiguado, indicando prática de crime mais grave, com possível envolvimento de terceiros, o que será investigado*"; ***2***. após a prática de um fato considerado crime, a liberdade do agente não é um direito objetivo e imediato, mas uma garantia constitucional

Acesso ao Sumário

a todo cidadão, desde que comprovado o preenchimento dos requisitos legais impostos; ***3***. trata-se de direito subjetivo, e, portanto, analisa-se caso a caso e de forma individualizada, levando-se em consideração as condições pessoais; ***4***. no mais, a recente decisão que analisou a necessidade da manutenção da prisão preventiva (fls.358/359 dos autos originais, datada de 24.01.2022) está corretamente fundamentada, expondo claramente a necessidade da mantença da custódia cautelar, destacando que "*Os elementos iniciais apresentados apontam, também, para o risco de continuidade delitiva, eis que o acusado ostenta diversas passagens criminais e condenação transitada em julgado pela prática de crime de roubo (processo nº 0002859-30.2013.8.26.0229) a indicar habitualidade criminosa, pelo que se faz necessário medida mais excepcional para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, inexistindo medida cautelar diversa da prisão suficiente e proporcional aplicável à hipótese*"; ***5***. não estavam presentes, à época da conversão da prisão, os requisitos legais para a imposição das medidas alternativas diversas da prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal), e esta situação não se alterou; ***6***. ainda que se trate de crimes praticados sem violência ou grave ameaça, vê-se, conforme documentação existente (FA – fls.43/51 e Certidão de Distribuição Criminal – fls.52/54), que o Paciente demonstra forte inclinação a práticas criminosas, de modo que a segregação cautelar se torna necessária e justificável como meio de se assegurar a ordem pública ante a concreta possibilidade de que venha a reiterar condutas ilícitas, como, aliás, insiste em continuar a fazer; ***7***. como bem observado pela Procuradoria Geral da Justiça: "*há notícia de que o paciente está envolvido em lavagem de dinheiro para o crime organizado e se valeria de documentos contrafeitos para a prática de estelionatos. Além disso, esse não é um fato escoteiro na sua vida pregressa, pois ostenta condenação anterior pela prática de crime doloso. Ao que parece, faz da prática de ilícitos penais um autêntico meio de vida*"; ***8***. não é diverso o entendimento desta Câmara (HC n° 0055228-28.2015.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Tucunduva, j. em 03.12.2015): "Assim, a medida excepcional se justifica, não só para a garantia da ordem pública, em face da natureza e da gravidade do crime atribuído ao paciente, mas em razão da conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da Lei penal. O conceito de ordem pública abrange, aliás, a própria credibilidade da Justiça Criminal, e a estabilidade do Estado de Direito e da Democracia. Portanto, é dever do Judiciário garantir a ordem pública, vale dizer, a segurança social, embora isto, às vezes, possa implicar até mesmo na tomada de medidas extremas, como a restrição da liberdade de alguém, desde que essa pessoa não se mostre em condições de participar da vida em sociedade, como é o caso de ROGERIO, em relação a quem seriam insuficientes quaisquer das outras medidas cautelares, que não a prisão, agora previstas pelo Estatuto de Rito"; ***9***. no mais, conforme informações prestadas pela Autoridade Coatora (fls.178/179), bem como pelos dados obtidos por meio da ferramenta SAJ de

Acesso ao Sumário

consulta ao processo de Primeiro Grau, a fase probatória já se esgotou, estando o processo na fase decisória (ainda que pendentes algumas diligências), ficando, assim, superada a alegação de excesso de prazo; ***10***. por outro lado, a alegação de excesso de prazo para encerramento da instrução não é, por si só, suficiente para sua soltura. Não há também qualquer comprovação (apenas meras alegações na peça inicial) de que o Paciente preencha os elementos integrativos da contracautela, ou de que faça jus à liberdade; ***11***. qualquer outra digressão fática que se pretenda fazer é invadir a seara do mérito, providência inviável nesta Sede Especial e Restrita.

Ante o exposto, denega-se a Ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2288522-53.2021.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é paciente DAIANE FRANCO MOURÃO e Impetrante GLAUCIO DALPONTE MATTIOLI, é impetrado MMJD DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE COTIA.

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 26.815)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2022.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Roubo majorado e extorsão qualificada. Pleito objetivando a revogação da segregação provisória da paciente, sob a alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia preventiva e carência de fundamentação idônea. Inviabilidade. Afigura-se necessária e adequada a manutenção da custódia cautelar da paciente, com vistas à garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, porquanto, embora primária, deve ser sopesada a gravidade concreta dos delitos a ela imputados, consistente em roubo majorado e extorsão qualificada, praticado em concurso de pessoas, mediante emprego de arma de

Acesso ao Sumário

fogo, além da restrição da liberdade da vítima. Ademais, a paciente é apontada como mentora dos crimes e se encontra foragida desde 26.06.2021, elementos sinalizadores da periculosidade por ela apresentada e da insuficiência da aplicação, *in casu*, de medidas cautelares diversas da prisão. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DAIANE FRANCO MOURÃO, contra ato do MM. Juiz de Direito, Dr. Lucas Dadalto Sahão, da Vara Criminal da Comarca de Cotia, sob a alegação de sofrer a paciente constrangimento ilegal, consistente na manutenção de sua custódia cautelar.

Sustenta o impetrante, em síntese, a ilegalidade da decisão coatora, ante a ausência dos requisitos autorizadores e a carência de fundamentação idônea, porquanto escorada apenas na gravidade em abstrato dos delitos imputados, ressaltando inexistir qualquer risco para a aplicação da lei penal, tampouco para a ordem pública.

Postula, destarte, o deferimento de medida liminar e sua subsequente confirmação, para que seja revogada a prisão preventiva da paciente, ainda que substituída por medidas cautelares diversas, expedindo-se contramandado de prisão ou, se o caso, alvará de soltura clausulado em seu favor.

A liminar foi indeferida (fls. 135/141).

A autoridade impetrada prestou as informações (fls. 143/145) e, em seu parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 148/153).

É o relatório.

Devidamente processado o presente *writ*, a ordem deve ser denegada.

Exsurge dos autos (fls. 223/230 do processo nº. 1500986-74.2021.8.26.0000) que foi decretada a prisão preventiva da paciente como incurso no art. 157, § 2º, incisos II e V, e § 2º-A, inciso I e no art. 158, § 1º e § 3º, ambos do Código Penal, pois, no dia 23.06.2021, na Rua Ituverava, 14, Jd. Barro Branco, na cidade de Cotia, DAIANE FRANCO MORÃO, juntamente com os corréus Matheus Vasconcelos, Pedro Henrique dos Santos, Thiago da Cunha Machado e Marcos Carnelutti Cella, agindo em concurso e com unidade de desígnios e propósitos entre eles e com outro indivíduo não identificado, mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou a defesa do ofendido, subtraíram, para eles, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, um veículo Honda Civic EXL CVT, placa (...), Itajai-SC, cor prata; uma pasta contendo documentos pessoais; dois óculos de grau; um canivete, marca Vitorinox;

Acesso ao Sumário

um telefone celular, Iphone 6S, marca Apple; um relógio de pulso, marca Hugo Boss; um relógio de pulso, marca Nautica; dois óculos de sol, marcas Polaroide e Hugo Boss; e R$ 110,00 em espécie, pertencentes à vítima idosa O.V.L., com 69 anos de idade.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, DAIANE FRANCO MORÃO juntamente com os corréus, previamente ajustados e com unidade de desígnios entre si e com outro indivíduo não identificado, mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou a defesa do ofendido, com o intuito de obter indevida vantagem econômica, constrangeram vítima idosa, O.V.L., mediante grave ameaça perpetrada pelo emprego de arma de fogo, a entregar-lhes seus cartões bancários e senhas, por meio dos quais os denunciados realizaram transações via PIX, da conta bancária do Bradesco, no valor total de R$ 7.650,00; da conta do Banco Itaú, no valor total de R$ 12.480,00; da conta do Banco do Brasil, no valor total de R$ 6.700,00; realizaram compras que totalizaram R$ 18.050,00; bem como tentaram realizar empréstimo no valor de R$ 36.094,00 junto ao Banco do Brasil, sendo certo que o crime foi perpetrado mediante a restrição de liberdade da vítima, eis que tal condição mostrava-se necessária à obtenção da vantagem econômica.

Apurou-se que os investigados se ajustaram para a prática dos crimes de roubo e extorsão contra a vítima O., já conhecida de DAIANE, com quem mantinha um relacionamento amoroso esporádico. DAIANE, por sua vez, é namorada do corréu Matheus. Os investigados decidiram roubar a vítima, sabedores de sua condição financeira, e agiram mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou a defesa da vítima, já que O. foi atraído para o local do crime acreditando que almoçaria com DAIANE, a qual se manteve na condição de vítima durante toda a empreitada criminosa, para que O. não desconfiasse de sua participação.

No dia dos fatos, a vítima O. se dirigiu ao local indicado por DAIANE, conduzindo o veículo Honda Civic. Logo após entrar no veículo da vítima, ambos foram abordados pelo corréu Pedro, que empunhava uma arma de fogo, e por outro indivíduo não identificado. Na sequência, a vítima e DAIANE foram colocadas no banco detrás do veículo e permaneceram sob a mira da arma de fogo empunhada por Pedro, enquanto o comparsa assumiu a direção do veículo e rumaram para local desconhecido. A vítima e DAIANE foram levadas a uma construção inacabada. Neste local, a vítima foi mantida em cárcere, com a liberdade restrita, juntamente com DAIANE, para que o ofendido não desconfiasse de sua participação. Um terceiro indivíduo se uniu ao corréu e exigiram que a vítima fornecesse seus cartões bancários e senhas, sendo atendidos. Na sequência, os investigados realizaram diversas transferências bancárias para os corréus Thiago e Marcos, bem como para Lenira Maria da Silva Barreto, efetuando diversas compras com os cartões bancários da vítima O., totalizando um prejuízo

Acesso ao Sumário

de R$ 44.880,00.

Além disso, os investigados celebraram um contrato de mútuo, mas o valor não foi transferido pelo banco. Após manterem a vítima com a liberdade restrita por, aproximadamente, 4 horas, colocaram a vítima em um veículo, com a cabeça coberta, e a abandonaram sozinha em local ermo, prosseguindo com DAIANE.

Ato contínuo, a vítima noticiou os fatos à polícia, sendo que após trabalho de investigação, apurou-se que os fatos foram planejados por DAIANE e seu namorado Matheus, conforme conversas travadas entre ambos pelos celulares apreendidos. Posteriormente, a vítima reconheceu o corréu Pedro, amigo do casal, como um dos indivíduos que o abordou com arma de fogo, desferindo-lhe, inclusive, um tapa quando estava com a liberdade restrita, para que permanecesse com a cabeça abaixada.

Em 26.06.2021, em sede de plantão judiciário, foram decretadas as prisões temporárias da paciente e dos corréus (fls. 54/56 dos autos 1501252-88.2021.8.26.0628), entretanto, por decisão datada de 01.07.2021 (fls. 140/143 dos autos nº 1501252-88.2021.8.26.0628), as prisões temporárias foram revogadas, razão pela qual o *parquet* impetrou mandado de segurança requerendo a decretação das prisões temporárias, sendo concedida a ordem por acórdão desta C. 16ª Câmara Criminal, em 14.09.2021, decretando-se as prisões temporárias da paciente e dos corréus (MS nº 2184080-36.2021.8.26.0000).

Por decisão proferida em 08.10.2021. (fls. 99/100 dos autos 1501492-50.2021.8.26.0152), acolhendo a manifestação do *parquet*, foram decretadas as prisões preventivas da paciente e dos corréus, com fulcro na garantia da ordem pública, em virtude da gravidade das condutas, e pela necessidade para aplicação da lei penal, considerando que DAIANE e Pedro estão foragidos.

Por decisão proferida em 03.11.2021 (fls. 313/314 dos autos n°1500986-74.2021.8.26.0152) foram indeferidos os pedidos de revogação da prisão preventiva da paciente e do corréu Matheus, salientando o elevado grau de reprovabilidade das condutas.

Em consulta à certidão de distribuições criminais (fls. 235/236 dos autos 1500986-74.2021.8.26.0152), apurou-se que a paciente é primária e não registra antecedentes.

Diante do panorama evidenciado nos autos, embora primária, afigura-se necessária e adequada a manutenção de sua custódia preventiva, com vistas à garantia da ordem pública, pois deve ser sopesado a gravidade concreta dos delitos a ela imputados, consistente em roubo majorado e extorsão qualificada, com concurso de agentes, emprego de grave ameaça exercido com o uso de arma de fogo contra a vítima, além da restrição da liberdade da vítima, elementos sinalizadores de sua periculosidade.

Acesso ao Sumário

Por fim, deve-se considerar a necessidade da prisão para a aplicação da lei penal, uma vez que a paciente se encontra foragida desde 26.06.2021, denotando a insuficiência, *in casu*, da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Outrossim, relevante destacar que esta C. 16ª Câmara Criminal, ao apreciar Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público, concedeu a ordem para decretar a prisão temporária de DAIANE e seus comparsas.

> Mandado de Segurança. Alegação ministerial de violação de direito líquido e certo, consistente na revogação das prisões temporárias dos investigados. Ocorrência. Crime de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo e delito de extorsão também praticado em concurso de agentes e emprego de arma de fogo, contra pessoa idosa, com 69 anos de idade, que foi mantida em cárcere privado. Necessidade das prisões cautelares, pois, no caso concreto, as investigações dependem de acesso às mensagens eletrônicas trocadas pelos comparsas, de forma que, em liberdade, estas mensagens podem ser manipuladas ou excluídas. Entendimento majoritário sobre a constitucionalidade da Lei 7.960/1989. Presentes os requisitos das prisões temporárias. Segurança concedida a fim de decretar as prisões temporárias dos investigados. (MS 2184080-36.2021.8.26.0000).

Por todo o explanado, verifica-se a ausência de elementos fáticos e jurídicos aptos a lastrear as teses sustentadas no reclamo de mérito, devendo ser este denegado, por inexistir ilegalidade a ser sanada por intermédio do presente remédio constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem do presente *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2289529-80.2021.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é impetrante P.R.R. e Paciente I.S.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.529)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS* – ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06 – CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.

VOTO

O advogado Paulo Roberto Ramos impetra o presente *habeas corpus, com pedido de liminar*, alegando que I.S.P. sofre constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de OURINHOS que, nos autos da ação penal nº 1000012-77.2021.8.26.0578, 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.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente faz jus ao direito de responder ao processo em liberdade, pois não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal e porque as decisões atacadas carecem de fundamentação concreta.

Sustenta, ainda, que se trata de réu pai de "três filhas menores" que dele dependem.

Postula a concessão da ordem, para que seja concedida liberdade provisória ao paciente, sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

A liminar foi indeferida.

Prestadas as informações pelo Juízo apontado como autoridade coatora, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente I.S.P. e a corré Y.L.S.P. foram denunciados porque no dia 13 de novembro de 2021, por volta das 21:30 horas, no km 28+400mts da Rodovia SP-327, Cidade e Comarca de Ourinhos, transportavam entre Estados da Federação, para fins de tráfico, **142 (cento e quarenta e dois) tijolos de cocaína, pesando 153 kg. (cento e cinquenta e três quilos).**

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, se aguardava a apresentação de defesa preliminar pelos réus.

De acordo com informações extraídas dos registros eletrônicos desta Corte, se aguarda a realização de audiência de instrução designada para o dia 15 de fevereiro de 2022.

Acesso ao Sumário

Examinando-se os autos, verifica-se que a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se adequadamente fundamentada, nos seguintes termos (fls. 72/76 dos autos principais):

"(...) O *periculum libertatis* (CPP, 312) também é revelado, como bem salientado o Ministério Público, pois em que pese os autuados não possuírem registros em suas folhas de antecedentes criminais (fls. 57/62), há fortes indícios de que, em liberdade, voltarão a delinquir, tendo em vista o forte apela financeiro do crime praticado, corroborado pela afirmação de I. de que receberia o expressivo valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo transporte da droga.

Ainda, há elementos a indicar que os investigados fazem parte de organização criminosa ou ao menos contribuem para com esta, tendo em vista a grande quantidade de entorpecente transportada em fundo falso de caminhão entre Estados da Federação, denotando típica conduta de grandes e estruturadas organizações do tráfico.

Desse modo, a conversão em prisão preventiva mostra-se necessária, como garantia da ordem pública, evitando-se que os investigados reiterem a prática da conduta criminosa (...).

(...) No caso em tela, em exame preliminar, a materialidade dos delitos de tráfico de entorpecentes a associação para o tráfico se fazem presentes, sendo que o acesso aos dados e outras informações contidas nos dispositivos eletrônicos dos aparelhos apreendidos se mostra, no momento, como meio mais eficaz para a investigação policial, com o intuito de elucidar os fatos investigados nos ilícitos penais ora apurados (...)."

Pois bem.

"In casu", observa-se que o paciente está sendo acusado da prática de tráfico de drogas (crime equiparado a hediondo) e foi surpreendido na posse de grande quantidade de cocaína (150 kg.) localizada em compartimentos especialmente construídos em um caminhão para o transporte da droga, circunstâncias que demonstram periculosidade e justificam a necessidade de sua manutenção no cárcere.

Finalmente, em relação à alegação de que o paciente é pai de "três filhas menores", segundo o documento de fls. 26/27 dos autos principais, ao ser ouvido perante a autoridade policial federal declarou não ter filhos ou dependentes (fls. 26/27 dos autos principais). Já seus enteados, segundo a sua companheira e corré Y., estão sob a guarda do pai (fls. 34/35 dos autos principais).

Portanto, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado pela via do "habeas corpus".

Diante do exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2282869-70.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é impetrante AGROPECUÁRIA RIO DA AREIA LTDA., é impetrado JUÍZO DA 5ª VARA CRIMINAL - FORO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 19.004)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pedido de recebimento da Carta Testemunhável interposta contra decisão que rejeitou o processamento de recurso em sentido estrito – Impossibilidade – Inconformismo da ofendida quanto ao arquivamento de inquérito policial que averiguava a suposta prática de um delito de furto – Vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação, na hipótese de crime de ação penal pública incondicionada – Precedentes do STJ – Constrangimento ilegal não verificado.

SEGURANÇA DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Agropecuária Rio da Areia LTDA., por meio de seu advogado, impugnando ato do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, apontado como ilegal.

Sustenta a empresa impetrante ter sido vítima de um delito de furto qualificado. Ao término das investigações, o Ministério Público requereu o arquivamento do inquérito policial, o qual foi acolhido pelo d. Magistrado "a quo". Inconformada, a defesa técnica interpôs recurso de apelação, contudo, o MM.

Juiz de primeiro grau negou seguimento ao apelo, "*(...) uma vez que não se mostra o instrumento adequado. Ainda que assim não o fosse, nova análise dos autos apenas se daria com a incidência de novas provas e pelo titular da ação penal, uma vez que o delito tipificado o artigo 155 do Código Penal é de ação penal pública incondicionada*" (fls. 191/192).

Contra essa decisão, foi interposto Recurso em Sentido Estrito, com fundamento no art. 581, inciso XV, do Código de Processo Penal, que também foi rejeitado por se entender que não se trata da via adequada (fls. 212). Irresignado, o impetrante interpôs uma Carta Testemunhável, conforme previsão do art. 639, inciso I, do Código de Processo Penal, que deixou de ser recebido, por suposta intempestividade do próprio RESE (fls. 223).

Entretanto, a seu ver, "*A autoridade coatora não pode se antecipar ao Tribunal e analisar as questões levantadas nos recursos, relativas ao mérito recursal; deve apenas verificar os requisitos de admissibilidade: o recurso é tempestivo, foi interposto corretamente (de acordo com a previsão legal e a situação dos autos) e pela parte correta*".

Requer, portanto, a concessão da ordem, para que seja reconhecida a correção e tempestividade do recurso apresentado, especificamente a carta testemunhável, devendo os autos serem encaminhados a este Tribunal para apreciação do mérito (fls. 01/09).

A liminar pleiteada foi indeferida (fls. 248/249).

Prestadas informações (fls. 252/256).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pela denegação da segurança (fls. 259/261).

É o relatório.

2. De acordo com as informações prestadas pela d. autoridade impetrada, em 04 de fevereiro de 2020 foi lavrado boletim de ocorrência (nº 893/2020) no 4º Distrito de Policial de Campinas, oportunidade em que a vítima Nádia Lívia Benites informou que trabalha como compradora na empresa Agropecuária Rio da Areia LTDA., noticiando que fora imputada a realização de um saque no valor de R$ 34.000,00, o qual teria sido, em tese, realizado pela averiguada Fernanda Barladin (fls. 252/255).

Em 12 de março de 2021, a impetrante postulou a instauração de inquérito policial, diante da existência de indícios de que Fernanda havia praticado um delito de furto qualificado pelo abuso de confiança, aproveitando-se de sua autonomia para movimentar contas bancárias, visto que exercia a função de analista financeira no mencionado estabelecimento.

Encerradas as diligências policiais, em 18 de março foi elaborado o relatório final, sendo os autos encaminhados ao Ministério Público. No dia 22 do mesmo mês, o *Parquet* pleiteou a realização de pesquisa pela serventia para

Acesso ao Sumário

averiguar a existência de queixa-crime distribuída para apuração dos delitos de calúnia e difamação. Quanto ao furto, requereu o arquivamento do feito, tendo em vista "*(...) a ausência de esclarecimento do motivo do saque e muito menos qual seria o destino do numerário, sobrevindo fundada dúvida quanto à imputação da prática delitiva à averiguada*".

Em 25 de março, a impetrante manifestou-se contrariamente ao pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, aduzindo a existência de fatos ainda não apurados.

Em 16 de abril, foi declarada extinta a punibilidade de Fernanda, pela decadência, com fundamento no art. 107, inciso V, do Código Penal, com relação aos fatos imputados no art. 138 e 139, do mesmo diploma legal. Na mesma oportunidade, quanto ao crime de furto, o juízo entendeu pela pertinência do requerimento ministerial e determinou o arquivamento do feito, nos seguintes termos:

> "*Em que pesem os argumentos da Empresa Agropecuária Rio da Areia, os fatos descritos nos autos não trazem à mostra materialidade delitiva, na medida em que aponta mera irregularidade administrativa, bem como ausente efetivo prejuízo. A dinâmica adotada pela pessoa jurídica no gerenciamento de suas atividades, ao que se descreve nos autos, possibilitava saques de valores sem despesa originária, ficando a critério do administrador a sua destinação. Nessa linha, eventual efetivação de saque, por si só, não se reveste de meio idôneo para imputar à averiguada a prática delitiva e, o que se evidencia nos autos após oitiva das partes envolvidas, são versões conflitantes sem prova apta a ensejar o desencadeamento da persecução penal.*
>
> *Ademais, o Ministério Público é titular da ação penal pública e detém a prerrogativa de manifestação quanto à existência de elementos capazes para sustentar o desencadeamento da persecução penal e, destarte, acolho o bem elaborado parecer Ministerial e, em consequência, determino o arquivamento do presente feito, fazendo-se as necessárias anotações e comunicações de praxe, não me olvidando do disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal*" (fls. 168/169).

Em 20 de abril a impetrante, entendendo indevido o arquivamento, peticionou nos autos, requerendo a aplicação do disposto no art. 28, § 1º, do Código de Processo Penal, a fim de que a decisão fosse apreciada pelo órgão ministerial competente, sobrevindo decisão de não acolhimento do pedido (fls. 178).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação em 28 de abril, que deixou de ser recebido, "*uma vez que não se mostra o instrumento adequado. Ainda que assim não o fosse, nova análise dos autos apenas se daria com a incidência de novas provas e pelo titular da ação penal, uma vez que o delito*

Acesso ao Sumário

tipificado no artigo 155 do Código Penal é de ação penal pública incondicionada" (fls. 192).

Interposto Recurso em Sentido Estrito pela impetrante em 12 de maio, o reclamo foi novamente rejeitado, diante da ausência de previsão legal, adotando-se como razão de decidir a manifestação ministerial (fls. 212).

Contra essa decisão, em 23 de junho, foi apresentada uma Carta Testemunhável, pleiteando o recebimento do Recurso em Sentido Estrito, aduzindo sua tempestividade, bem como a existência de indícios suficientes de autoria para oferecimento da denúncia.

Em 02 de julho, a MMa. Juíza "a quo" proferiu decisão, deixando de receber o recurso interposto, uma vez que o Recurso em Sentido Estrito era intempestivo. Ademais, "*a decisão de não recebimento da apelação interposta não interrompe ou suspende o prazo quando da incorreção do instrumento utilizado pela defesa para manifestação de inconformismo e reforma da decisão*" (fls. 223).

Por fim, em 19 de julho, foram rejeitados os embargos de declaração interpostos contra esta última decisão, porque, embora tempestivos, a matéria foi devidamente apreciada e não há omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade a ser sanada (fls. 237).

Inconformada com as decisões que reiteradamente rejeitaram os reclamos, a defesa impetrou o presente mandado de segurança, postulando o recebimento e processamento da Carta Testemunhável.

3. Razão, contudo, não lhe assiste.

4. Com efeito, o delito previsto no art. 155, *caput* do Código Penal, supostamente praticado por Fernanda Barladin, consubstancia crime de ação pública incondicionada, cuja titularidade pertence ao Ministério Público e, apenas na hipótese de este quedar-se inerte, seria possível a apresentação de ação penal privada subsidiária.

No caso destes autos o Promotor de Justiça oficiante, agindo dentro dos limites e prazos legais, requereu o arquivamento do feito, por entender que, concluídas as diligências policiais, não havia indícios suficientes da prática de furto por parte da averiguada (fls. 153/155).

Assim, acolhido o pedido de arquivamento pela autoridade judicial, não pode a ação penal ser retomada, salvo se houver novas provas, conforme dispõe o art. 18 do Código de Processo Penal.

Esse também é o teor da Súmula n. 524, do Supremo Tribunal Federal:

> "*Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas*".

Acesso ao Sumário

5. De outra parte, os recursos interpostos pela impetrante não eram passíveis de recebimento, porquanto o despacho que arquiva o inquérito policial é **irrecorrível.**

Sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, TERATOLOGIA OU ABUSO DE PODER. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

1. A vítima de crime de ação penal pública incondicionada não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação.

2. Em regra, não há ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, passível de correção via mandado de segurança, na decisão judicial que, acolhendo promoção do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial.

3. A norma inserta no art. 28 do Código de Processo Penal concede ao Juiz a prerrogativa de, considerando os elementos trazidos nos autos de inquérito ou nas peças de informações, anuir ou discordar do pedido de arquivamento formulado pelo órgão ministerial, não sendo cabível, em caso de concordância, a prévia submissão do pedido ao Procurador-Geral.

4. Segurança denegada."

(Mandado de Segurança nº 21.081/DF, rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, j. 17/06/2015).

"*PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE DESARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL FORMULADO PELO OFENDIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

1. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que "a vítima de crime de ação penal pública incondicionada não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação" (MS 21.081/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/6/2015, DJe 4/8/2015).

2. Não cabe mandado de segurança para impugnar decisão judicial que, acolhendo pedido do Ministério Público, determina o arquivamento de peças de informação, ante a ausência de lastro probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal.

3. "O mérito da suficiência de suporte probatório para a instauração da ação penal é juízo exclusivo do órgão acusatório, ainda que por reexame no efeito devolutivo ministerial (art. 28 do CPP), não cabendo do arqui-

Acesso ao Sumário

vamento do inquérito policial recursos judiciais, que tenderiam a indevidamente forçar o início da ação penal - prerrogativa exclusiva do constitucional representante social da acusação penal" (RMS 15.169/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 18/12/2014).

4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento".

(RMS nº 38486/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 05/04/2016).

6. Assim, considerando-se que o inconformismo da impetrante relaciona-se, na verdade, com a decisão que deixou de receber os recursos interpostos contra o pedido de arquivamento do inquérito policial, mostra-se inviável o recebimento e processamento da Carta Testemunhável, porquanto a irresignação da vítima não pode ser objeto de recurso.

7. Em razão do exposto, meu voto é pela **denegação da segurança**.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1500984-70.2019.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido JOÃO MICHAEL DOS SANTOS LAGO.

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 ministerial para cassar a decisão de fls. 123/124, apenas em seu primeiro tópico, a fim de que seja recebida a denúncia inclusive no que diz respeito ao delito de estelionato, dando-se o regular prosseguimento à ação penal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.710)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 17 de dezembro de 2021.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso em Sentido Estrito. Provimento. Denúncia oferecida na vigência da Lei Federal nº 13.964/2019, que introduziu o § 5º do artigo 171, do Código Penal, passando a dispor que o crime de estelionato somente se processa mediante representação. O desejo do início da persecução penal ocorreu mediante o registro do boletim de ocorrência, sendo desnecessário ato formal ou posterior ratificação da intenção da persecução penal. A simples comunicação dos fatos à polícia é o suficiente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. decisão de fls. 123/124, que, em seu primeiro tópico, rejeitou a denúncia em relação ao crime de estelionato, entendendo imprescindível o termo de representação da vítima.

Insurge-se o recorrente (fls. 133/137) sustentando que a representação ficou suprida pelo registro do boletim de ocorrência, revelando que a vítima procurou a polícia, prestou declarações e, ainda, forneceu documentos comprobatórios da infração penal, a evidenciar justa causa para o processamento.

Regularmente processado o recurso, por seu provimento foi o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 203/209).

É o relatório.

Prospera o inconformismo manifestado pelo Ministério Público.

Inicialmente, cumpre registrar que a denúncia foi oferecida em 08/10/2020, ou seja, quando da vigência da Lei Federal nº 13.964/2019, que introduziu o § 5º do artigo 171, do Código Penal, passando a dispor que o crime de estelionato somente se processa mediante representação, com exceção dos casos em que a vítima é a Administração Pública, menor de idade, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz.

No caso *sub judice*, a vítima, que tinha 49 anos de idade ao tempo dos fatos, registrou a ocorrência em 10/10/2018, comparecendo na unidade policial para noticiar que adquiriu uma motocicleta por intermédio de um anúncio veiculado na internet, acertou o pagamento de R$ 10.500,00 em dinheiro com o vendedor e recebeu o veículo em sua residência. Todavia, posteriormente, constatou que aquele bem se tratava de produto de furto (fls. 09/11).

Ainda, a ofendida prestou declarações perante a autoridade policial, fornecendo detalhes sobre o desenrolar da negociação fraudulenta (fls. 16) e, alguns dias depois, tornou a comparecer na Delegacia para efetuar o reconheci-

Acesso ao Sumário

mento formal da pessoa que lhe entregou a motocicleta (fls. 18).

Assim é que, ao oferecer a inicial acusatória, o d. Representante Ministerial bem pontuou que "*A representação, no caso, é o próprio Boletim de Ocorrência. Observe-se que se a vítima procurou a Polícia, e além de sua narrativa apresentou documentos que a comprovam, por óbvio que ela deseja o prosseguimento do feito. A notitia criminis poderia ter vindo de fonte diversa, mas chegou ao conhecimento da autoridade por meio da própria vítima, o que revela a vontade de ver o fato apurado e o criminoso punido. Saliente-se, a propósito, que é cediço na doutrina e jurisprudência pátria que a representação não tem forma predefinida, bastando que ela contenha a manifestação de vontade, como no caso vertente*." (fls. 118, item 3 das notas de rodapé).

Realmente, o desejo do início da persecução penal ocorreu com o registro do boletim de ocorrência, reforçado pela declaração que a vítima prestou naquela oportunidade, assim como pelo posterior comparecimento para o ato de reconhecimento do indivíduo suspeito de ser o autor da infração penal.

Importante salientar que não é necessário ato subsequente ratificando a intenção da persecução penal, bastante a simples comunicação dos fatos à Polícia.

Destarte, respeitado o pronunciamento do D. Juízo *a quo*, a representação prescinde de formalidades legais, sendo desnecessário que venha a ser consubstanciada em termo com esta nomenclatura, revelando-se suficiente que haja inequívoco interesse da vítima, ou de quem a possa representar, na persecução penal.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. PLEITO PELA INCIDÊNCIA IMEDIATA DO § 5.º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 13.964/2019. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. HC N. 583.837/SC. REPRESENTAÇÃO É ATO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. PRECEDENTES. VONTADE DA VÍTIMA PRESENTE NOS AUTOS. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA ESPECIFICAMENTE O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 583.837/SC, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou entendimento pela necessidade de aplicação imediata aos processos em curso do comando normativo insculpido no § 5.º do art. 171 do Códi-

go Penal, com a redação da Lei n. 13.964/2019.

2. *In casu*, entretanto, não se aplica a citada compreensão, na medida em que a condição de procedibilidade – representação – pode ser depreendida do boletim de ocorrência e da portaria policial.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que a representação é ato que dispensa maiores formalidades, sendo suficiente que a vítima ou quem a represente legalmente apresente manifestação para que os fatos sejam devidamente apurados, tal como ocorre na hipótese dos autos.

4. Nas razões do agravo em recurso especial, não foi rebatido, especificamente, o fundamento da decisão agravada, relativo à incidência, na hipótese dos autos, da Súmula n. 83/STJ.

5. Não foi demonstrado o desacerto da decisão agravada, indicando eventual superação do entendimento do STJ, em que a Corte local se orientou ou, ainda, eventual distinção com o caso dos autos.

6. O comando contido na Súmula n. 83/STJ também é aplicável aos recursos interpostos com fulcro nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1668091/PR, SEXTA TURMA, Rel. Min. LAURITA VAZ, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020) (Grifos da reprodução)

E, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. INJÚRIA RACIAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REGISTRO DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA PELA VÍTIMA. SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que a representação do ofendido nas ações penais públicas condicionadas prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima de autorizar a persecução criminal.

3. O simples registro de ocorrência policial pela vítima, bem como as declarações por ela prestadas quando da **lavratura do auto de prisão em**

Acesso ao Sumário

flagrante, são suficientes para que seja deflagrada ação penal contra a agravante pelo crime de injúria racial, uma vez que demonstram a nítida intenção da ofendida em autorizar a persecução criminal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 492764/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019) (Grifos da reprodução)

De certo, assim, que estão presentes os pressupostos processuais para o prosseguimento da ação penal também em relação ao crime de estelionato.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso ministerial para cassar a decisão de fls. 123/124, apenas em seu primeiro tópico, a fim de que seja recebida a denúncia inclusive no que diz respeito ao delito de estelionato, dando-se o regular prosseguimento à ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1500337-85.2020.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido VINICIUS SOARES DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso do Ministério Público para o fim de receber a denúncia ofertada em desfavor de Vinicius Soares de Souza, determinando-se o regular andamento do processo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.709)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ÁLVARO CASTELLO e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 19 de janeiro de 2022.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Tráfico de entorpecentes – Irresignação ministerial em face da decisão que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do réu, em razão do reconhecimento da ilicitude da prova obtida mediante busca e apreensão domiciliar, sem prévia autorização judicial – Acolhimento – Não se vislumbra, em uma análise preliminar,

nulidade a inviabilizar o prosseguimento da persecução penal – Crime permanente – Estado de flagrância – Elementos suficientes a justificar o ingresso dos agentes no local, independentemente de autorização judicial – Justa causa evidenciada – Decisão reformada.

RECURSO PROVIDO PARA RECEBER A DENÚNCIA.

VOTO

1. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público em face da r. decisão de fls. 61/88, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Vinicius Soares de Souza, em razão do reconhecimento da ilicitude da prova obtida mediante busca e apreensão domiciliar sem prévia autorização judicial.

Busca o Promotor de Justiça a reforma do *decisum* e o regular trâmite do processo (razões a fls. 98/108).

Contrarrazoado o reclamo (fls. 110/114), o MM. Juiz de Direito manteve sua decisão (fls. 109).

A ilustrada Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 136/145).

É o relatório.

2. O inconformismo procede.

3. Narra a denúncia que, em no dia 13 de abril de 2020, por volta das 09h40min, na Rua Governador Ademar de Barros, nº 314, na comarca de Ibitinga, Vinicius Soares de Souza tinha em depósito, para fins de comércio e entrega a consumo de terceiros, 11 (onze) porções de cocaína, com peso aproximado de 9,53g, 02 (duas) pedras de crack, com peso aproximado de 0,5g, e 15(quinze) porções maconha, com peso aproximado de 13,2g, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 36/39).

4. Com a devida vênia, não se vislumbra, em uma análise preliminar, nulidade a inviabilizar o prosseguimento da persecução penal em apreço.

Segundo relataram os policiais, no dia dos fatos realizavam diligência com vistas a identificar o autor de um furto praticado naquela mesma data, ocasião em que avistaram quatro indivíduos parados na calçada, sendo que um deles estava em posse de uma bicicleta. Ao perceber a presença da viatura, dois indivíduos correram, tendo os outros dois, posteriormente identificados como os irmãos Vinicius e Vitor Mateus de Souza, permanecido defronte à sua residên-

Acesso ao Sumário

cia. Considerando que o furto que investigavam havia sido praticado com o uso de uma bicicleta, os milicianos indagaram Vitor sobre os fatos, *tendo ele autorizado a busca no interior do imóvel*, aduzindo que "*nada de irregular havia dentro de sua casa*". No interior da residência, os servidores localizaram os entorpecentes descritos na exordial, juntamente com dinheiro em espécie, *eppendorfs* e saquinhos plásticos vazios, tendo Vinicius assumido a propriedade de parte da droga, alegando, no entanto, que as pedras de crack não lhe pertenciam. Por estas razões, ambos foram levados ao distrito policial (fls. 10, 11 e 12).

Como se vê, a maneira pela qual os servidores ganharam acesso ao interior do imóvel não parece, ao menos à primeira vista, ter sido ilegal. Isto porque, além de terem a entrada franqueada pelo irmão do recorrente, o delito em questão é de natureza *permanente*, prolongando-se sua consumação ao longo do tempo. Portanto, o agente que pratica o tráfico de drogas encontra-se constantemente em situação de flagrância, aliás uma das poucas hipóteses em que a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio é relativizada.

Neste sentido:

1. *"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE REJEITADA. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. CRIME PERMANENTE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO. IDONEIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. PETRECHOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 2. Rejeitada a preliminar de nulidade da prisão em flagrante, ao argumento de ausência de mandado judicial e invasão de domicílio.* ***O tráfico de drogas é um crime permanente e a situação de flagrância consubstancia-se como excepcional causa que admite a mitigação da garantia individual de inviolabilidade do domicílio, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal****."* (STJ, HC 540823/SP, 5ª T, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04/02/2020 – grifei).

2. "*[...] O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça – STJ consolidou-se no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade 'guardar' é do tipo permanente, cuja consumação se protrai no tempo, o qual autoria a prisão em flagrante no interior do domicílio, independente de mandado judicial*." (STJ, RHC 119440/AL, 5ª T, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 10/12/2019).

Acesso ao Sumário

3. "*POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. TÓXICO – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR – Invasão de domicílio. Afastada. Ausência de Nulidade. Tratando-se de crime permanente não se configura nulidade no flagrante ou violação ao domicílio por falta de mandado. Autoria e materialidade comprovadas. DOSIMETRIA DA PENA – Redução da pena-base. Não configurada. Aumento diante da quantidade e variedade das drogas que caracterizaram a intensidade do crime mais grave. Inconstitucionalidade da multa. Não configurada. RECURSO NÃO PROVIDO*." (TJSP, Apel. 0017249-39.2017.8.26.0552, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Carvalho, j. 02/12/2019).

Cumpre salientar ainda que o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento em repercussão geral no sentido de que "*o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito*" (RE n. 603.616/RO).

5. Portanto, não sendo possível, com base nos elementos indiciários apresentados, afastar, de plano, a legalidade da conduta policial que resultou na apreensão de diversas porções de entorpecentes de natureza variada, juntamente com apetrechos comumente utilizados no fracionamento de narcóticos e dinheiro em espécie, não há que se falar, neste momento, em ilicitude da prova, ou mesmo em ausência de justa causa para o recebimento da denúncia, sendo certo que tais questões e particularidades ainda poderão ser submetidas ao indispensável crivo do contraditório.

A propósito:

"*Recurso em Sentido Estrito – Tráfico ilícito de entorpecentes – Rejeição da denúncia calcada no reconhecimento da ilicitude da prova obtida mediante ingresso em residência – Inconformismo ministerial – Acolhimento – Ação policial motivada, em tese, por elementos concretos e indicativos de situação flagrancial de delito permanente – Justa causa legitimadora da medida adotada – Ilegalidade que não se mostra evidente – Precedentes – Delineamento de conduta típica, antijurídica e culpável, cumulada com a aparente existência de prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria – Preenchimento dos requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, e ausência das hipóteses previstas nos artigos 395 e 397, do mesmo diploma processual, que impõem o prosseguimento da persecução criminal – Decisão cassada – Recurso do Ministério Público provido*." (TJSP – Recurso em Sentido Estrito nº 1500075-72.2019.8.26.0236 – 5ª Câmara de Direito Criminal – rel. Des. Claudia Fonseca Fanucchi, j. 01/10/2021).

Acesso ao Sumário

Com efeito e como bem destacado no r. parecer ministerial, "*restou bem caracterizada a justa causa para ingresso na moradia, eis que, conforme noticiado nos autos, houve informações pretéritas de que uma bicicleta teria sido utilizada em um crime de furto, sendo avistada na residência do recorrido, o que foi confirmado por ele e seu irmão, o que gerou a busca e apreensão, ocasionando o encontro fortuito dos entorpecentes, dando conta do envolvimento do acusado na narcotraficância. Não se trata, portanto, de provas obtidas por meios ilícitos e que não poderão ser valoradas na fase judicial, sob pena de eventual violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Eventuais irregularidades no inquérito policial não têm o condão de causar nulidade na ação penal, podendo ser reparadas no curso da instrução criminal, aclarando-se qualquer ponto onde subsista dúvida, inclusive por iniciativa da própria defesa*" (fls. 136/145).

6. Há, portanto, justa causa para instaurar-se ação penal.

7. Diante do exposto, pelo meu voto **dá-se provimento** ao recurso do Ministério Público para o fim de receber a denúncia ofertada em desfavor de Vinicius Soares de Souza, determinando-se o regular andamento do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1535119-31.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido RUBEN GINDRO DE SOUZA.

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, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a r. decisão recorrida tal como lançada, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2022.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Estelionato – Necessidade de representação – Aplicação retroativa da novidade legislativa, independentemente do momento processual – Precedente do STF – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a decisão de fl. 35, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, que, após a entrada em vigor da Lei 13.964/19, a qual incluiu o § 5º, no art. 171, do Código Penal, determinou a intimação da vítima para que se manifeste sobre o desejo de representar contra o acusado.

Inconformado, o *Parquet* impugna a decisão, tendo em vista que a denúncia já havia sido ofertada quando do advento da novel legislação (fls. 55/60).

Mantida a decisão (fl. 44), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 64/75).

É o relatório.

Ruben é acusado de ter praticado o crime de estelionato, hipótese que, segundo o § 5º, do artigo 171, do Código Penal – redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019 – "*somente se procede mediante representação*".

Como se percebe, o novo dispositivo cuida de tema afeto ao direito material e traz regramento mais benéfico aos réus, sendo de rigor, dessa maneira, a sua aplicação retroativa, independentemente do momento processual em que se encontra o feito.

Nessa linha, ademais, é o posicionamento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual entende que a aplicação retroativa do mencionado § 5º deve abranger tanto as ações penais não iniciadas como aquelas em curso até seu trânsito em julgado (HC 180421 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/6/2021 (Info 1023)).

Dessa forma, reputo não haver nenhum reparo a ser feito na decisão impugnada, devendo os autos retornar ao juízo de piso para seu natural prosseguimento.

Por votação unânime, **NEGARAM PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a r. decisão recorrida tal como lançada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0019615-55.2003.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos SÉRGIO RICARDO DE SOUZA e SAMUEL SOARES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito

Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.821)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 12 de janeiro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Prescrição da pretensão punitiva que se conta a partir do trânsito em julgado para a acusação. Expressa previsão legal. Art. 112, inciso I, do Código Penal. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão de fl. 285 que decretou a prescrição da pretensão punitiva dos recorridos nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. art. 109, inciso III e art. 112, inciso I, todos do Código Penal.

O recorrente postula o restabelecimento do feito, com a adoção do acórdão em segundo grau como marco interruptivo da prescrição (fls. 295/298).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 308/309 e 313/318) e a manutenção da decisão recorrida (fls. 326).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento (fls. 329/332).

É o relatório.

Sem razão o recorrente.

Nos termos do art. 112, inciso I, do Código Penal, a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação. Não se desconhece a tendência que vem se firmando no âmbito do E. STF, especialmente no julgamento do HC 176.473. Contudo, o processo ainda não foi definitivamente julgado, de tal sorte que deve ser mantida a posição sedimentada até aqui:

> 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 transita em julgado para a acusação, conforme previsto no artigo 112, combinado com o artigo 110 do Código Penal. (HC 110133, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 03/04/2012).
>
> O acórdão confirmatório da condenação não tem o condão de excluir

Acesso ao Sumário

a sentença condenatória como marco interruptivo da prescrição. (RHC 112687, Rel. Min. Roberto Barroso, 1.ª T., j. 09/04/2014).

Nos termos do art. 117 do Código Penal, o prazo prescricional interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. O acórdão que confirma a condenação, mas majora ou reduz a pena, não constitui novo marco interruptivo da prescrição. (AgRg no RE nos EDcl no REsp 1301820/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, j. 16/11/2016, DJe 24/11/2016).

Nessas bases, passo a analisar o caso concreto.

Samuel foi condenado a cinco anos e oito meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de quatorze dias-multa mínimos e Sérgio a cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de treze dias-multa, no piso.

Para a acusação, a decisão transitou em julgado em **29 de janeiro de 2007** (fl. 185). Nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal, o prazo prescricional da pena concretamente aplicada é de doze anos e se deu em 29 de janeiro de 2019. Assim, não há o que ser alterado na r. decisão recorrida.

Pelo exposto, meu voto **nega provimento** ao recurso.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2190331-70.2021.8.26.0000, da Comarca de Ibitinga, em que é peticionário M.A.F.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram a revisão criminal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.388)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MENS DE MELLO, IVANA DAVID, MARCO ANTÔNIO COGAN, FERNANDO SIMÃO, FREITAS FILHO e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2021.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: Revisão criminal – Estupro de vulnerável – Inexistência de contrariedade à evidência dos autos

Acesso ao Sumário

ou ao texto expresso da lei penal – Ação revisional improcedente.

VOTO

Trata-se de ação de revisão criminal proposta por M.A.F.S., com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, em face de v. acórdão, transitado em julgado, proferido pela 13ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça (fls. 132/140 e 159 dos autos de origem), que deu parcial provimento ao apelo do ora peticionário, mantendo sua condenação como incurso no artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável), mas reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, sem reflexos na dosimetria, e alterando o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade para o semiaberto.

Na exordial de fls. 01/08, o peticionário pleiteia, em síntese, a desclassificação para o crime do artigo 215-A do Código Penal (importunação sexual) e, subsidiariamente, o reconhecimento da tentativa ("conatus"). Pugna, ainda, pela concessão do benefício da justiça gratuita.

A d. Procuradoria de Justiça apresentou seu parecer às fls. 28/31, opinando pelo indeferimento do pedido revisional.

É o relatório.

Ora, sendo a coisa julgada um atributo indispensável à segurança jurídica e à pacificação social, reputa-se lógica a constatação de que a revisão criminal é, por natureza, uma medida excepcional, que só se justifica diante de vícios inequívocos.

Nesse diapasão, as hipóteses de cabimento elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal formam um rol taxativo ("numerus clausus") e devem ser interpretadas restritivamente, cabendo ao peticionário o ônus de provar, com clareza meridiana, a presença de uma dessas situações, sob pena de carência da ação revisional.

Cumpre salientar que a revisão criminal não se presta à mera rediscussão do conjunto probatório, como se se tratasse de um "terceiro juízo de aferição da causa" ou "terceira instância de julgamento". A propósito, doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que decisão contrária "à evidência dos autos" (artigo 621, I, "in fine", do Código de Processo Penal) é aquela que não encontra respaldo em nenhum elemento probatório. Confira-se:

> [...] a mera fragilidade ou precariedade do conjunto probatório que levou à prolação de sentença condenatória não autoriza o ajuizamento de revisão criminal. De fato, quando o art. 621, inciso I, do CPP, se refere à decisão contrária à evidência dos autos, exige a demonstração de que a condenação não tenha se fundado em uma única prova sequer. A expressão contra a evidência dos autos não autoriza, portanto, o ajuizamento de revisão

Acesso ao Sumário

> criminal para se pleitear absolvição por insuficiência ou precariedade da prova. [...] não se pode admitir que a revisão criminal seja utilizada, à semelhança dos recursos ordinários, como meio comum de impugnação de sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias, pretendendo-se uma reanálise do conjunto probatório que levou à condenação do acusado. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1.909)
>
> [...] O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido do não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, com vistas ao mero reexame de fatos e provas, não se verificando hipótese de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do CPP. Precedentes. [...] (STJ - HC: 206847 SP 2011/0110277-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 16/02/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/02/2016).

Traçadas essas considerações iniciais, passo à análise do caso em testilha.

De uma mera leitura da r. sentença e do v. acórdão, percebe-se que a condenação está devidamente alicerçada nas provas coligidas e na lei penal, motivo pelo qual, em tese, a presente revisão criminal sequer comportaria conhecimento. Nada obstante, de modo a prestigiar as garantias constitucionais da ampla defesa e do acesso à Justiça, proceder-se-á à análise do mérito.

A ação revisional deve ser julgada improcedente.

Não há como acolher o pleito de desclassificação, pois o artigo 215-A do Código Penal (crime de importunação sexual) consagra um tipo penal expressamente subsidiário, que funciona como "soldado de reserva" se a ação do agente não caracteriza delito mais grave, a exemplo do estupro e do estupro de vulnerável. Confira- se:

> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, **se o ato não constitui crime mais grave.** (grifei)

"In casu", emerge do conjunto probatório que o peticionário praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com menor de 14 (quatorze) anos, conduta que, independentemente do emprego de violência ou grave ameaça, se amolda ao tipo penal do artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável).

Sobre a impossibilidade da desclassificação pretendida pela defesa, trago à baila os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBI-

Acesso ao Sumário

LIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. **II - Com efeito, não é possível a desclassificação da conduta tipificada no art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável) para a figura típica prevista no art. 215-A do Estatuto Repressivo (importunação sexual), na hipótese em o agente pratica ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, em razão o princípio da especialidade. Precedentes.** III - *In casu*, as instâncias ordinárias atestaram a materialidade e autoria delitiva, informando que o paciente esfregou o seu pênis no corpo de sua filha menor de 14 (quatorze) anos de idade. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ - HC: 535381 SP 2019/0286621-6, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 10/12/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2019) (grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. **2. É firme o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior no sentido da "impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que o referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217- A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos" (AgRg na RvCr 4969/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe** 1º/7/2019). 3. *Habeas Corpus* não conhecido. (STJ - HC: 529561 SP 2019/0254301-6, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 03/03/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2020) (grifei)

O mesmo Sodalício já cristalizou o entendimento de que "o crime de

Acesso ao Sumário

estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente" (STJ, Súmula 593).

No mais, mostra-se descabido o reconhecimento da tentativa ("conatus"), porquanto a vítima externou, em juízo, que o peticionário a agarrou e conseguiu, efetivamente, passar as mãos em suas nádegas, de modo a tornar induvidosa a consumação do delito. Por sinal, o próprio apelante, no seu interrogatório, assumiu ter beijado o umbigo da vitima.

Conforme adverte André Estefam, no estupro de vulnerável, "a realização típica integral dá-se com a prática do ato libidinoso. Trata-se de crime de mera conduta, já que a norma não faz nenhuma menção a resultado naturalístico" (*Direito Penal*, volume 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 772).

Por derradeiro, quanto ao pedido de concessão do benefício da justiça gratuita, anoto que se trata de matéria afeta ao Juízo das Execuções Criminais, no âmbito do qual se poderá avaliar, com melhores condições, a real condição econômica do apenado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **julgo improcedente** a ação de revisão criminal proposta por M.A.F.S.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0020427-57.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário FRANKLIN TADEU SEGURA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Afastaram a matéria preliminar, e, no mérito, indeferiram a revisão criminal. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.400)**

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, 15 de dezembro de 2021.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Latrocínio – Subtração de arma de fogo de policial militar. Preliminar de nulidade por ofensa ao

princípio da correlação. No mérito, pedido de absolvição com fundamento na fragilidade do conjunto probatório. Revisão indeferida.

VOTO

O peticionário foi condenado perante o Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, à pena total de 30 anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 15 dias-multa, como incurso no artigo 157, § 3º, segunda parte, c.c. o artigo 29, todos do Código Penal (fls. 451-481). Inconformado, recorreu o peticionário (fls. 524-532). A 13ª Colenda Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso (fls. 553-560).

Ocorreu o trânsito em julgado para o peticionário em 22 de maio de 2017 (fl. 563 verso).

Agora, através de pedido revisional, busca, preliminarmente, a nulidade processual por ofensa ao princípio da correlação. No mérito, objetiva a absolvição com fundamento na fragilidade do conjunto probatório (fls. 11-19).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça oficia no sentido do não conhecimento e pela improcedência da ação revisional (fls. 23-34).

É o relatório.

Pretende a Procuradoria Geral de Justiça que a presente ação não seja conhecida, visto que entende não se fundar em apreciação de novas provas. Aduz, também, que a defesa busca, na verdade, o reexame das evidências carreadas aos autos.

Entretanto, uma das possibilidades consignadas no artigo 621, nº I, do Código de Processo Penal, é a revisão em virtude de sentença contrária à evidência dos autos. Sobre esse tema, José Frederico Marques sustenta que a decisão: "é revista e rescindida, mediante reexame do que se continha no processo no qual a sentença errônea e iníqua foi proferida". Depois, assinala: "*Quando, no entanto, a revisão se assenta no artigo 621, nº II, do Código de Processo Penal, fatos novos é que possibilitam a rescisão do julgado condenatório*"[1]. Posto que formulado o pedido com supedâneo no artigo 621, nº I, do CPP, afasta-se o argumento, conhecendo-se do pleito, conforme é o entendimento prevalente neste Grupo de Câmaras,.

De outro lado, sustenta a defesa ofensa ao princípio da correlação, alegando que a denúncia imputa participação material e a sentença condenou o peticionário pela participação moral com o fundamento: "(...) *os quais deram conta de que Franklin e o indivíduo de vulgo 'Baiano' participaram do delito na medida em que propiciaram vigilância à ação de Robson e Jonathan, que*

1 "*Elementos de Direito Processual Penal*", vol. IV, 1ª edição – 2ª tiragem, Ed. Bookseller, Campinas, 1988 , p. 325.

Acesso ao Sumário

efetivamente executaram a vítima" (fl. 14).

Nesse tema, é importante ressaltar que se consubstancia em concurso de agentes a participação ciente e voluntária de duas ou mais pessoas na mesma infração penal, sendo necessário, para essa caracterização, a pluralidade de agentes e condutas, relevância causal de cada uma, vínculo subjetivo entre os agentes e a identidade de infração penal. Assim, como em qualquer atividade humana, é possível a divisão de tarefas, também, na prática de um delito, mormente no latrocínio, pois enquanto um agente ameaça e ou agride a vítima, o outro pode ser o responsável por desapossá-la dos bens, ou de pilotar o veículo para a fuga, agindo em coautoria, existindo consciência de cada agente de contribuir na realização comum de uma infração penal (liame psicológico).

Por outro lado, Bettiol definiu o partícipe como; "*quem concorre para a prática de crime, desempenhando atividade logicamente distinta da do autor principal, porque recai sob o âmbito das normas secundárias de caráter extensivo sobre a participação*"[2]. Assim, a participação, diferentemente da autoria, é caracterizada pela contribuição do agente, sem a realização direta de qualquer ato do procedimento típico. Trata-se da conduta acessória de quem não possui domínio final da ação ou poder de decidir sobre a consumação, devendo estar presente, no entanto, a vontade livre de colaborar com a execução do fato típico. Essa colaboração pode ser prestada de forma *material* ou *moral*, como na determinação ou induzimento, a instigação, o ajuste e a promessa de auxílio. Punida, em princípio, com o mesmo rigor da autoria, segundo o artigo 29 do Codex (norma de extensão pessoal, pois alcança pessoas que não estão previstas no tipo), a relevância para a conduta do agente deve ser, entretanto, sopesada no apenamento.

Na hipótese vertente, a conduta do ora peticionário, pilotando a motocicleta enquanto o corréu ocupava a garupa e empunhava a arma, contribuiu para o êxito da ação delitiva, caracterizando-se os elementos fundamentais da participação: eficácia causal e consciência de contribuir na ação delitiva alheia, devendo ser punido na forma do artigo 29, do Código Penal, pois concorreu desse modo para o crime.

Saliente-se que o trecho descrito na inicial desta ação para ilustrar o fundamento na sentença de participação moral[3], na verdade, ilustra participação *material*, porquanto, garantiu a vigilância e não *instigou* ou *induziu* o corréu, o que, somente então, caracterizaria a participação moral.

Portanto, não há vício a ser reconhecido nesta ocasião.

Passa-se ao mérito.

2 Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, cit, t. 2, p.247, apud, Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral.* Volume 2. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 391.

3 "(...) *os quais deram conta de que Franklin e o indivíduo de vulgo 'Baiano' participaram do delito na medida em que propiciaram vigilância à ação de Robson e Jonathan, que efetivamente executaram a vítima*" (fl. 14).

Acesso ao Sumário

Segundo se extrai dos autos, o peticionário, juntamente com Robson Batista de Souza, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, abordaram ofendido, policial militar, quando chegava à casa, juntamente com o filho. O peticionário pilotava uma motocicleta e o corréu Robson estava na garupa, quando anunciaram o roubo, todavia, Robson percebeu que a vítima estava armada e efetuou dois disparos contra ofendido, causando-lhe a morte. Em seguida, subtraíram a arma da corporação e a carteira da vítima e fugiram. Entretanto, dias depois dos fatos, policiais militares receberam delação anônima dando conta da alcunha, características físicas e local onde poderiam ser encontrados os autores, bem como a tentativa de vender a arma do ofendido. Assim, localizaram o corréu Robson, enquanto policiais civis também receberam informações de que o comparsa seria o peticionário, conhecido como "Frank". Em face disso, foram reconhecidos pelo filho da vítima, o qual apontou, inclusive, a tatuagem na mão de Robson, que empunhara a arma de fogo e matara o ofendido diante dele.

Se o pleito afirma que a prova foi incorretamente valorada, que dá margem a incertezas acerca da conclusão do julgado, somente é possível decidir-se conhecendo do pedido, enfrentando-o pelos argumentos de mérito. É essa prova que deve ser reexaminada, para se concluir a respeito da injusta ou correta condenação.

Todavia, cuida-se de juízo rescisório da coisa julgada, cujo ônus de prova do *error in judicando* cabe à defesa, porquanto a revisão criminal não deve ser utilizada à guisa de apelação, como mero instrumento de reavaliação de provas existentes nos autos e anteriormente analisadas por competente Câmara Criminal deste Tribunal.

Em processos como este, somente a constatação de flagrante equívoco na valoração das provas pelo juízo permite a conclusão de que a decisão contraria a evidência dos autos, aceitando-se, no entanto, que o magistrado, dentre as teses apresentadas, filie-se a uma delas com respaldo probatório.

Acesso ao Sumário

É o caso dos autos. Isso porque reexaminando o conjunto de provas produzido não se afigura absurda ou juridicamente inconsistente a decisão condenatória tomada em segunda instância à evidência da prova dos autos, lastreada na confissão judicial do corréu Robson, o qual afirmou estivesse na companhia do peticionário, que realizara os disparos letais, bem como estivessem com eles os comparsas Jonathan Eduardo e Jefferson. Ademais, há contra o peticionário as declarações da delegada de polícia, Fátima (fl. 361), a qual descreveu o grupo criminoso que integravam os corréus deste processo. Nesse mesmo sentido os depoimentos do delegado de polícia (fl. 362) e do policial militar (fl. 363). A imputação também foi confirmada pelas declarações da testemunha J., a qual viu os réus desfilando em um baile *funk* com a arma subtraída da vítima, aduzindo que o peticionário tinha motivos para matar o ofendido (fls. 141-142).

Portanto, não havendo constatação de flagrante equívoco na valoração das provas pela 6ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo e pela 13ª Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, deve ser mantida a condenação.

Relativamente ao cálculo da pena, nos termos do fundamento da presente revisão criminal, artigo 621, inciso I, do CPP, não se verifica contrariedade expressa ao texto legal na dosimetria, porquanto os critérios adotados dentro das balizas legais decorrem da avaliação lógica do magistrado singular, referendada pela decisão colegiada, revelando-se adequada à reafirmação do direito violado, inexistindo flagrante mácula que imponha reformulação.

Isso porque a pena-base foi elevada em 1/3 em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis (fl. 480), alcançando-se 26 anos, 8 meses e 13 dias-multa. Depois, foi elevada em 1/6 por ter sido o crime praticado contra criança, obtendo-se 31 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 15 dias-multa, trazendo- se para 30 anos de reclusão e pagamento de 15 dias- multa.

Portanto, afastada a matéria preliminar, o processo revidendo não comporta reparos e, ante tais motivos, indefere-se o pedido de revisão criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2261864-89.2021.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é peticionário CARLOS ROBERTO DE JESUS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram pela improcedência da ação revisional. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.102)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO, LUIZ FERNANDO VAGGIONE, ANDRADE SAMPAIO, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI e IVO DE ALMEIDA.

São Paulo, 7 de janeiro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Pretensão de reajuste das penas. Ação que não importa arremedo de apelação ou de reconsideração de critérios de julgamento. Contagem do período depurador a partir da concessão do livramento condicional. Pará-

Acesso ao Sumário

grafo 4º do artigo 33 que exige ainda bons antecedentes. Condenações passadas em julgado, se atingidas pelo período depurador previsto em lei, embora não sirvam para atestar a reincidência do réu, podem ser consideradas como maus antecedentes. Jurisprudência do STJ e deste TJSP. Inexistência de erro. Improcedência.

VOTO

Condenado a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a partir do regime inicial fechado, mais o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, cada unidade em seu piso legal, por conta do disposto no 'caput' do art. 33 da Lei 11.343/2006, procura, o ora peticionário, por meio desta ação revisional, o afastamento da agravante da reincidência e com isso a aplicação da minorante do art. 33, § 4º da Lei de Regência. Sem prejuízo, ainda quer a conversão da pena corporal em restritivas de direitos, mais a imposição do regime aberto (fls. 1/14).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento ou, alternativamente, pela improcedência da ação (cf. fls. 73/80).

É o relatório.

Voto n. 53.102

Consta que o peticionário, agindo em concurso e com unidade de desígnios com Felipe Reis Cordeiro, guardava, para fins de venda e entrega a consumo de terceiros, 3 (três) 'eppendorfs' contendo cocaína, em pó, como também 1 (uma) porção compactada e rígida de cocaína, que pesava aproximadamente 236,03 gramas (duzentos e trinta e seis gramas e trinta miligramas).

Atividade aquela em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Não abriu qualquer discussão sobre o acerto do veredito.

Apenas questiona o reconhecimento da recidiva.

Sua aplicação seria indevida, posto que a ele, peticionário, houve concessão de livramento condicional.

Esse benefício deveria ser especialmente tratado para fins de contagem do período depurador.

O indeferimento do redutor deu-se em razão da reincidência, como também o recrudescimento do regime penitenciário e a não conversão da pena corporal em restritivas de direitos.

E, data vênia, o peticionário não tem razão.

Justifico.

Primeiramente, revisão criminal não deve ser tratada como um segundo

recurso de apelação. Seu acolhimento se reveste de excepcionalidade, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, induvidosa, dispensando a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas (AgRg no REsp 1874238/RS, Rel. JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 29.6.2020 e AgRg no AREsp 1563982/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 5/12/2019).

Simplesmente inadmissível se utilizada como nova apelação, para realização do mero reexame de fatos e provas, ou quando não verificada hipótese de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do Cód. de Processo Penal (STJ, HC 206.847/SP, DJe 25/02/2016; AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1713944/SP, j. 22.9.2020). Essa orientação majoritariamente é prevalecente em nosso Tribunal, confira-se: Revisão Criminal 2262947-48.2018.8.26.0000, rel. Des. SALLES ABREU, j. 27.2.2019; Revisão Criminal 0022758-17.2016.8.26.0000, rel. Des. JUVENAL DUARTE, j. 21.2.2019; Revisão Criminal 0034791-05.2017.8.26, rel. Des. AMARO THOMÉ, j. 8.11.2018.

Do mesmo modo, igualmente não nos cabe, em sede de revisão criminal, modificar critérios adotados na dosimetria da pena, se ausente erro.

Tocante ao cerne do processo são requisitos para concessão do benefício (*verbis*): "que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (...)".

A parte afirma primariedade e almeja contagem benéfica a partir do quanto exposto no art. 64, I do Código Penal (audiência realizada por conta do deferimento do livramento condicional).

Entretanto, pela condenação antecedente, ele não gozava de bons antecedentes.

Caso assemelhado ao recente julgamento no STJ, também desfavorável ao respectivo acusado, vide AgRg no HC 671879 / RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe 26/11/2021.

A propósito, também em conformidade com orientação sedimentada nesta Corte Superior, condenações passadas em julgado, se atingidas pelo período depurador previsto em lei, embora não sirvam para atestar a reincidência do réu, podem ser consideradas como maus antecedentes, vide AgRg no HC 687715 / CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/11/2021.

E, não fosse só isso, igualmente não nos passou despercebido que a condenação anterior sequer foi o único óbice à figura privilegiada. A fl. 574 dos autos originários o MM Juiz pontuou, depois de examinar todo o contexto probatório (lembrando que aqui nada de novo foi coligido para este feito):

> *"(...) há notícias de que o réu pratica a mercancia espúria em grau de hierarquia em relação a outros traficantes, sem a necessidade de 'por a*

Acesso ao Sumário

mão' nas drogas".

Em suma, o que impediu o privilégio foi o conjunto destas circunstâncias.

A parte quer reexaminar critérios de julgamento, o que é vedado nesta via.

Não tinha bons antecedentes.

A fundamentação remete a envolvimento com grupo voltado à traficância, com papel de destaque.

A veracidade dos pontos acima não foi contestada.

Feitas as observações, repito, só mesmo uma decisão "contra legem" autorizaria redução da pena em sede revisional: neste Tribunal de Justiça, Revisão Criminal n. 0048208-93.2015.8.26.0000, rel. Des. MIGUEL MARQUES e Silva, j. 23.2.2017; Revisão Criminal n. 0002331-33.2015.8.26.0000, rel. Des. ALBERTO ANDERSON FILHO, j. 9.2.2017 e RJDTACRIM 6/250, rel. Des. MARREY NETO; Revisão Criminal n. 2001558-12.2019.8.26.0000, rel. Des. IVO DE ALMEIDA.

E os julgados em comento ainda fizeram coro a aresto do e. STJ:

> "(...) A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena" (HC 479.583/SP, rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 13.2.2019).

Há, portanto, de prevalecer o paradigma do STJ, posto no julgamento do HC 159.476/TO, DJe 15.2.2016:

> "(...) a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica".

Vale dizer, apenas quando ausente ou deficiente a respectiva fundamentação, bem como quando evidenciada 'ictu oculi' infração aos critérios objetivos, é possível deferir revisão para modificar a dosimetria. Caso contrário, impossível abrir-se tal via para reapreciação de critérios subjetivos.

Respeitosamente, pois, meu voto conhece, porém, propõe a improcedência da ação revisional em tela.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2122512-53.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.840)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Leis e Decretos Municipais que estabelecem medidas menos restritivas a respeito da quarentena – Normatização municipal para enfrentamento da pandemia do COVID-19, que suplementam as regras estaduais, não podendo flexibilizá-las, tampouco abrandá-las – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Ação julgada procedente, para dar interpretação conforme os preceitos indicados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pela Procuradoria Geral de Justiça em face das Leis nºs 8.646/21, 8.647/21, 8.564/2020, 8.543/2020 (arts. 1º e 6º) e Decretos nºs. 10.024/2020 e 13.024/2020, do Município de Marília, por violação aos artigos 111, 144, 219, parágrafo único, 1, 222, III, da Constituição Estadual, bem como aos artigos 24, XII, 196 e 198, da Constituição Federal, considerando que os dispositivos impugnados autorizaram o exercício de atividades comerciais em contraste com as diretrizes do Plano São Paulo, estabelecidas pelo Governo do Estado de São Paulo.

A medida liminar foi deferida (fls. 164/168).

O Prefeito prestou informações, afirmando inexistir qualquer vício de constitucionalidade nas normas; prejudiciais de inadequação da via eleita, inépcia, carência e ausência de indicação do parâmetro constitucional que justifique o pedido do autor, também foram suscitadas. O Presidente da Câmara limitou-se a pugnar pela extinção do feito diante da revogação da Lei nº 8.543/2020 pela Lei nº 8.564/2020, de autoria do Poder Executivo local, que regulou inteiramente o mesmo assunto, contendo, ainda, cláusula de revogação das disposições contrárias (fls. 362/363).

O Procurador-Geral de Justiça apresentou novo pleito de aditamento da exordial, com amparo no art. 329, I, do Código de Processo Civil, a fim de incluir, em seu pedido, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 5º, inciso IV, parágrafos 1º. e 2º, e 11, da Lei nº 8.564, de 24 de junho de 2020, do Município de Marília que, além de ampliar o horário de atendimento presencial no comércio em geral, e permitir o funcionamento de atividades que não poderiam ser desempenhadas nos Municípios do Estado de São Paulo, representa uma violação aos termos da medida liminar já deferida no curso da presente ação direta (fls. 379/405 e 408).

O pleito foi deferido (fls. 425/429).

A Câmara interpôs agravo interno em face da decisão que deferiu a liminar (fls. 456/464), julgado improvido (fls. 483/490).

Acesso ao Sumário

Foi apresentado novo aditamento, para que a ação, ao final, fosse julgada procedente, com interpretação da técnica de decisão de interpretação conforme a Constituição às Leis nº 8.646 e 8.647, ambas de 30 de janeiro de 2021, do Município de Marília, a fim de que a autorização para o funcionamento de estabelecimentos comerciais e prestadores observem o tempo e o modo estabelecidos pela legislação estadual (fls. 514/537).

Recebido o aditamento, nova liminar foi concedida para a suspensão da eficácia das Leis nºs 8.646 e 8.647/2021, do Município de Marília – (fls. 541/545).

A Câmara Municipal interpôs agravo interno em face da decisão que deferiu novamente a liminar (fls. 620/628).

O agravo interno referido não foi conhecido por ilegitimidade recursal da Câmara Municipal (fls. 649/654), o que ensejou a interposição de recurso extraordinário (fls. 660/667). O recurso extraordinário não foi conhecido por inexistência de repercussão geral pelo Presidente desse Tribunal de Justiça (fl. 690).

A Câmara do Município de Marília apresentou agravo em recurso extraordinário (fls. 693/700). O agravo em recurso extraordinário foi inadmitido, pois cabível à espécie, nos termos do art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, agravo interno do art. 1.021 do referido diploma legal (fls. 712/713).

A Procuradora-Geral do Estado, embora citada, não apresentou manifestação (fl. 512).

O Ministério Público ratificou o pedido inicial, pela inconstitucionalidade da norma questionada na Adin. (fls. 748/774).

É o relatório.

Afasto as prejudiciais.

Não há que se cogitar em inadequação da via eleita ou inépcia da inicial, visto que os atos normativos impugnados são autônomos, dotados das características de abstração, generalidade e indeterminação, como bem explicado na peça inaugural (fls. 01/77).

E, os parâmetros de constitucionalidade foram bem explicitados pelo autor (artigos 111, 144, 219, parágrafo único, 1, e 222, III, da Constituição Estadual), inclusive, em tópicos separados e foram reconhecidos, diversas vezes, pela Corte.

Da mesma forma, no mínimo impertinente, a alegação de carência em razão da revogação de algumas das normas objurgadas. Certo que outras, de idêntico ou semelhante conteúdo foram editadas e promulgadas.

A publicação de legislação nova com o intuito de esvaziar o processo de controle abstrato e objetivo de constitucionalidade configura fraude processual, nos casos em que a nova lei padece dos mesmos vícios que a lei impugnada. Conduta essa que deve ser repelida pela Corte, pois configura fraude processual.

Nesse sentido, precedentes do Supremo Tribunal e, também desse Órgão Especial:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI. Petição inicial. Emenda antes do julgamento do pedido de liminar. Admissibilidade. Revogação da lei originalmente impugnada. Lei nova que, na pendência do processo, reproduziria normas inconstitucionais da lei revogada. Aproveitamento das causas de pedir. Economia processual. Em ação di-

Acesso ao Sumário

reta de inconstitucionalidade, admite-se emenda da petição inicial antes da apreciação do requerimento de liminar, quando tenha por objeto lei revogadora que reproduz normas arguidas de inconstitucionais da lei revogada na pendência do processo. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 2.154/2009, do Estado do Tocantins. Eleição de Governador e Vice-Governador. Hipótese de cargos vagos nos dois últimos anos de mandato. Eleição indireta pela Assembleia Legislativa. Votação nominal e aberta. Constitucionalidade aparente reconhecida. Reprodução do disposto no art. 81, § 1º, da CF. Não obrigatoriedade. Exercício da autonomia do Estado-membro. Liminar indeferida. Precedente. Em sede tutela antecipada em ação direta de inconstitucionalidade, aparenta constitucionalidade a lei estadual que prevê eleição pela Assembleia Legislativa, por votação nominal e aberta, para os cargos de Governador e Vice-Governador, vagos nos dois últimos anos do mandato. (ADI 4298 MC, Relator: CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-01 PP-00093 RTJ VOL-00220-01 PP-00220).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – RESOLUÇÕES DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL QUE DISPÕEM SOBRE O REAJUSTE DA REMUNERAÇÃO DE SEUS SERVIDORES. RESERVA DE LEI. I. PRELIMINAR. REVOGAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA. FRAUDE PROCESSUAL. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO. Superveniência de Lei Distrital que convalidaria as resoluções atacadas. Sucessivas leis distritais que tentaram revogar os atos normativos impugnados. Posterior edição da Lei Distrital n° 4.342, de 22 de junho de 2009, a qual instituiu novo Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores e revogou tacitamente as Resoluções 197/03, 201/03, 202/03 e 204/03, por ter regulado inteiramente a matéria por elas tratadas, e expressamente as Resoluções nºs 202/03 e 204/03. Fatos que não caracterizaram o prejuízo da ação. Quadro fático que sugere a intenção de burlar a jurisdição constitucional da Corte. Configurada a fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados. Precedente: ADI nº 3.232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 3.10.2008. II. REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI. A Emenda Constitucional 19/98, com a alteração feita no art. 37, X, da Constituição, instituiu a reserva legal para a fixação da remuneração dos servidores públicos. Exige-se, portanto, lei formal e específica. A Casa Legislativa fica apenas com a iniciativa de lei. Precedentes: ADI-MC 3.369/DF, Relator Min. Carlos

Acesso ao Sumário

Velloso, DJ 02.02.05; ADI-MC 2.075, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.06.2003. As resoluções da Câmara Distrital não constituem lei em sentido formal, de modo que vão de encontro ao disposto no texto constitucional, padecendo, pois, de patente inconstitucionalidade, por violação aos artigos 37, X; 51, IV; e 52, XIII, da Constituição Federal. III. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. (ADI 3306, Relator: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 EMENT VOL-02538-01 PP-00009)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Leis 6.824/11, 6.509/09 e 6.963/11, do Município de Guarulhos. Alegação de criação de cargos em comissão sem os requisitos exigidos constitucionalmente, concessão de acesso a cargo público através de concurso interno, institucionalização de "desvios de função" e criação de adicional por atividades inerentes aos cargos. Afronta aos artigos 111, 115, I e V, da Constituição Estadual, e ao artigo 37, I e V, da Constituição Federal. Superveniência de norma que derroga dispositivos questionados na exordial. Prejudicialidade. Inocorrência. Possibilidade de análise da inconstitucionalidade de norma revogada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Norma derrogadora que mantém situações irregulares combatidas na ação originária. Incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo próprio Órgão Especial. Admissibilidade. Inteligência dos artigos 176 e 177, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Extensão analógica aos procedimentos do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de controle de constitucionalidade. Possibilidade. Conversão do julgamento em diligência, para que se submeta o incidente suscitado à apreciação da d. Procuradoria Geral da Justiça. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2007863-85.2014.8.26.0000; Relator: Tristão Ribeiro; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 04/06/2014; Data de Registro: 05/06/2014)

Ademais, se o objetivo da ação é o de corrigir eventuais desconformidades das normas produzidas pelo órgão legislativo em relação às Constituições Estadual e Federal, não são admissíveis ou toleráveis alterações casuísticas do texto legal que visem à manutenção dos desvios, em verdadeiro expediente estratégico para desrespeitar decisões oriundas do Poder Judiciário.

Evidente, assim, a inconsistência das prejudiciais suscitadas. Feita tal premissa, passo à análise do mérito.

A ação é procedente. Certo que, na espécie, não se envolve apenas questão de interesse local a fazer sobrepujar a legislação municipal.

Atravessamos, infelizmente, uma pandemia e, à evidência, medidas que

Acesso ao Sumário

flexibilizem a quarentena não podem ser tomadas sem que haja articulação entre as autoridades sanitárias.

Não é então admissível que cada Município delibere isoladamente como vai proceder em relação ao distanciamento social. Vale dizer, como se isto só a ele afetasse, como se as pessoas e o vírus não transitassem entre as cidades do Estado e do País. Ou, quando menos consideradas as restrições de locomoção, como se o atendimento médico-hospitalar de uma cidade não afetasse as demais.

As regras da quarentena envolvem matéria de competência acerca do que é acima de tudo a defesa da saúde, de competência concorrente da União e dos Estados (CF 24, XII).

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal quando afirmou que o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (ADPF 672). O que, convenha-se, é muito diferente de o ente municipal, de forma isolada, sem coordenação e articulação do Estado, flexibilizar as regras estaduais como se se tratasse de assunto local, apenas, posto que a pretexto de sua iniciativa suplementar (CF 30, II).

Suplementar, como bem realçou o Procurador de Justiça oficiante em seu parecer, "é suprir, não afastar a restrição estabelecida pela normatização estadual; é ir além, estabelecer outras medidas de cautela, e não contraditar aquelas dispostas pela autoridade estadual".

A Constituição do Estado, estabelece no artigo 222 que "as ações e os serviços de saúde executados e desenvolvidos pelos órgãos e instituições públicas estaduais e municipais, da administração direta, indireta e fundacional, constituem o sistema único de saúde, nos termos da Constituição Federal, que se organizará ao nível do Estado, de acordo com as seguintes diretrizes e bases. Redação que reforça a necessidade de coordenação e observância de uma articulação a partir do regramento estadual, naturalmente conformado pela visão geral da situação do Estado e de suas Regiões.

Acesso ao Sumário

Note-se, ainda, que mais recentemente a Suprema Corte, de forma expressa, por decisão do I. Min. Luiz Fux, assentou a inviabilidade de o Município a pretexto de sua autonomia e mesmo do enunciado da Súmula Vinculante 38 flexibilizar regra estadual de quarentena (Reclamação 40.745, 20.05.2020).

Confira-se:

"No ponto, não vislumbro ofensa ao teor da Súmula Vinculante 38, haja vista que o contexto fático subjacente à decisão difere da hipótese considerada para a edição do verbete sumular paradigma. De fato, a SV 38 se refere expressamente ao horário de funcionamento dos estabelecimentos

comerciais, pressupondo, a meu sentir, ainda que implicitamente, situação de normalidade social.

É justamente esta situação pressuposta de normalidade social que caracteriza a disciplina do funcionamento de estabelecimentos comerciais como matéria de interesse exclusivamente local. Não é esta a realidade dos correntes dias, nada obstante.

Como é sabido, o Brasil e o Mundo enfrentam hoje grave crise, decorrente da pandemia da Covid-19, cujos efeitos, por óbvio, extrapolam as fronteiras dos continentes e países.

Numa tal situação, faz-se necessária, mais que nunca, a existência de harmonia e de coordenação entre as ações públicas dos diversos entes federativos, de sorte que as medidas governamentais adotadas para o enfrentamento da aludida pandemia extrapolam em muito o mero interesse local, referido no inciso I do art. 30 da Constituição Federal."

Entendimento que foi reiterado no julgamento da Reclamação 42.433, relatada pelo Min. Roberto Barroso, em 4 de agosto de 2020.

Veja-se o que se aduzia e o que foi decidido:

"Alega, assim, que o modelo adotado viola a competência dos Municípios de estabelecerem medidas restritivas de proteção sanitária de sua população. Ressalta que a Súmula Vinculante 38 é explícita ao determinar que compete ao Município regular o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais locais. Em seguida, alega violação ao entendimento firmado por esta Corte no julgamento da medida cautelar na ADI 6.343, Rel. Min. Marco Aurélio, no sentido da competência concorrente entre Estado e Municípios para legislar acerca de questões envolvendo saúde. (...) O ato reclamado, por sua vez, decorre do fato público e notório que o mundo enfrenta uma pandemia de proporções inéditas, que tem levado a milhares de infectados e de mortos, ao fechamento de fronteiras, à decretação de medidas de quarentena, de isolamento social e ao colapso dos mais estruturados sistemas de saúde das nações mais desenvolvidas e preparadas para enfrentar um quadro dessa ordem. A situação é gravíssima e não há qualquer dúvida de que a infecção por COVID-19 representa uma ameaça à saúde e à vida da população. Este cenário, evidentemente, não foi objeto dos julgados que resultaram na edição da Súmula Vinculante 38."

De resto, saliento que a questão referente a possibilidade ou não da legislação municipal flexibilizar a regra estadual já foi objeto de análise por este Órgão Especial. E a resposta foi pela impossibilidade.

Confiram-se os julgados abaixo relacionados:

Ação direta. Decreto n. 8.923, de 22.04.2020, do Município de Guaratin-

guetá, que estabelece medidas locais a respeito da quarentena. Cabimento da via eleita. Normatização municipal, em matéria de medidas restritivas adotadas para enfrentamento da pandemia do COVID-19, que suplementam as regras estaduais e que, por isso, não podem flexibilizá-las. Precedentes da Suprema Corte. Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional, com efeito ex tunc, o inciso III do art. 6º e o art. 7º do Decreto 8.923, e para dar interpretação conforme ao artigo 8º do mesmo diploma. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2088084-45.2020.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/10/2020; Data de Registro: 03/11/2020)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Decreto nº 1.316, de 14 de maio de 2020, do Município de Bastos, o qual estabelece quarentena menos restritiva aos estabelecimentos comerciais do que aquela determinada pelo Plano São Paulo (Decreto Estadual nº 64.994/20) – Redistribuição por prevenção ao MS nº 2078290-97.2020 – PLANO SÃO PAULO – Implementação por Decreto Estadual para dar enfrentamento efetivo contra a evolução da pandemia do COVID-19, com a determinação de várias ações, obrigações e restrições que atingem a esfera jurídica de pessoas físicas e jurídicas – Circunstância em que a maioria do colegiado do Colendo Órgão Especial do TJSP se posicionou no sentido da prevalência do decreto estadual sobre normas municipais de caráter menos restritivo à atividade econômica – Aplicação do princípio da colegialidade, ressalvada a posição pessoal do relator – Inconstitucionalidade da norma objurgada à luz dos artigos 5º, 111, 144, 219, parágrafo único, item 1, e 222, inciso III, da Constituição Estadual – Ação julgada procedente, com observação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2096423-90.2020.8.26.0000; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 19/12/2020)

Ante o exposto, reconheço os apontados vícios de inconstitucionalidade e julgo a ação procedente, aplicando a técnica de decisão de interpretação conforme a Constituição as Leis 8.646 e 8.647, ambas de janeiro de 2021, bem como aos artigos 1º e 6º da Lei 8.543/2020 e aos Decretos 10.024/2020, 13.024/2020 e a Lei 8.564/2020, todos do Município de Marília, a fim de que autorização de retomada das atividades econômicas previstas nos citados atos normativos observe sempre o tempo e o modo estabelecidos pela legislação estadual. É o voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2161943-60.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº ADI-0141/21)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Andradina. LM nº 3.790/21 de 25-6-2021. Acesso das pessoas às agências bancárias e casas lotéricas durante a vigência do estado de calamidade pública e emergência de saúde decorrente da pandemia de Covid-19. Separação de poderes. Vício de iniciativa. Ingerência em relações trabalhistas. –

1. Separação de Poderes. Vício de iniciativa. Ingerência em relações trabalhistas. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara Municipal, com exceção das hipóteses taxativas de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Inteligência do art. 24, 'caput' da CE. A LM nº 3.790/21 dispõe sobre o acesso das pessoas às agências bancárias e casas lotéricas durante a vigência do estado de calamidade pública e emergência de saúde decorrente do novo coronavírus (SARS-CoV-2); cuida do interesse público concernente à

Acesso ao Sumário

saúde pública, prevenção da disseminação de doença, acessibilidade e higiene em ambientes comerciais, o que à **toda população interessa especialmente neste delicado momento de crise sanitária ocasionada pela pandemia de Covid-19; e não se insere dentre as hipóteses de competência legislativa privativa do prefeito municipal. Não há violação à separação de Poderes, nem às competências do Chefe do Poder Executivo insculpidas nos incisos II, XIV e XIX, 'a' do art. 47 da CE. Inteligência do Tema STF nº 272, segundo o qual "os municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários". Ingerência nas relações trabalhistas de terceiros não entrevista na espécie. –**

2. Reserva de iniciativa. Pacto federativo. Violação. O parágrafo único do art. 1º da LM nº 3.790/21 viola a reserva de iniciativa do Prefeito Municipal e o pacto federativo ao estabelecer atribuições a órgãos municipal **e policial vinculados ao Estado. – Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.**

VOTO

1. O PREFEITO MUNICIPAL ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face do PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA tendo por objeto a LM nº 3.790/21 de 25-6-2021, que dispõe sobre o acesso das pessoas às agências bancárias e casas lotéricas durante a vigência do estado de calamidade pública e emergência de saúde decorrente da pandemia de Covid-19.

O autor alega que a LM nº 3.790/21 viola a separação dos Poderes e a competência do Poder Executivo para a prática de atos de gestão administrativa; compete aos parlamentares a elaboração de leis revestidas de generalidade e abstração, observadas as competências estabelecidas pela Constituição Federal, Constituição Estadual e Lei Orgânica; há imposição pelo Poder Legislativo da forma como o Poder Executivo deve se organizar; a norma veiculada no art. 2º caracteriza indevida ingerência nas relações trabalhistas de terceiros, violando a livre iniciativa, além de regulamentar matéria (direito do trabalho) que estaria inserida na competência legislativa de outro ente federativo. Pede, liminarmente, a suspensão da eficácia da LM nº 3.790/21; e, no mérito, requerer a declaração de sua inconstitucionalidade.

Suspendi a vigência da LM nº 3.790/21 até o julgamento da ação (fls.

Acesso ao Sumário

42/42). O Presidente da Câmara Municipal de Andradina prestou informações (fls. 50/52), relatando o trâmite do projeto de lei que culminou na edição da LM nº 3.790/21. Junta documentos (fls. 54/81). A Procuradoria-Geral do Estado não se manifestou (fls. 83). A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela parcial procedência da ação, declarando-se inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da LM nº 3.790/21 (fls. 86/91).

É o relatório.

2. LM nº 3.790/21. A LM nº 3.790/21 de 25-6-2021 dispõe sobre o acesso das pessoas às agências bancárias e casas lotéricas durante o estado de calamidade pública e emergência de saúde decorrente do novo coronavírus (SARS-CoV-2). Transcrevo-a em sua integralidade (fls. 14/15):

> **Art. 1º** – Fica limitada a entrada de clientes no interior de cada agência bancária e casas lotéricas, com a permanência máxima de 10 (dez) pessoas por vez, enquanto houver a vigência de estado de calamidade pública decorrente de endemias, epidemias e pandemias originárias nas quais a transmissão ocorra pelas vias respiratórias, preservando a recomendação de manter um distanciamento mínimo de um metro e meio entre as pessoas. **Parágrafo único**. A fiscalização do cumprimento destas normas ficará restrita ao Setor de Fiscalização da Prefeitura Municipal de Andradina, ou através de delegação, à Polícia Militar do Estado de São Paulo.
>
> **Art. 2º** – Os clientes que estiverem aguardando para ingressarem nas instituições bancárias e casas lotéricas deverão formar filas com espaçamento mínimo de um metro e meio, ficando sob responsabilidade do agente financeiro a disponibilização de funcionários para assegurar o distanciamento individual e social entre as pessoas, nas suas áreas internas e externas, devendo manter na área externa, o fornecimento de senha com horário de chegada e bem como acomodações a idosos e portadores de deficiência e disponibilizar álcool gel para todas as pessoas.
>
> **Art. 3º** – O descumprimento destas normas por parte das instituições bancárias e bem como das casas lotéricas acarretará a aplicação de penalidade de multa no valor de 200 (duzentas) UFM (Unidade Fiscal do Município), e no caso de reincidência o seu valor dobrará.
>
> **Art. 4º** – As instituições bancárias e casas lotéricas terão o prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação da presente lei para se adequarem às normas estabelecidas.
>
> **Art. 5º** – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

3. Separação de poderes. Vício de iniciativa. O art. 144 da Constituição Estadual prevê a autonomia política, legislativa, administrativa e financeira dos municípios, que se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual; o art. 5º, 'caput' da CE, por

Acesso ao Sumário

sua vez, prevê que o Legislativo, Executivo e Judiciário são Poderes do Estado independentes e harmônicos entre si. O autor alega que a LM nº 3.790/21, de iniciativa da Câmara Municipal, viola o art. 5º, 'caput' da CE, aplicável ao município por força do art. 144 da CE, na medida em que versa matéria ligada à função administrativa do Chefe do Poder Executivo e invade a esfera de gestão da Administração Pública. Em suma, o município sustenta que há vício de iniciativa; mas sem razão.

A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara Municipal, com exceção das hipóteses taxativas em que a iniciativa legislativa é exclusivamente do Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido é a dicção do 'caput' e § 2º do art. 24 da CE:

> **Artigo 24** – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (...) § 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre: **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.

4. A lei impugnada dispõe sobre o acesso das pessoas às agências bancárias e casas lotéricas durante a vigência do estado de calamidade pública e emergência de saúde decorrente do novo coronavírus (SARS-CoV-2); não cuida de cargos, funções ou empregos públicos, da estrutura ou atribuição de Secretarias Municipais e órgãos da administração pública – com exceção do dispositivo que será especificamente apreciado na sequência –, nem do regime jurídico de servidores públicos, mas sim do interesse público concernente à saúde pública, prevenção da disseminação de doença, acessibilidade e higiene em ambientes comerciais, como é o caso das agências bancárias e lotéricas, o que à toda população interessa especialmente neste delicado momento de crise sanitária ocasionada pela pandemia de Covid-19. Por isso, não se insere na competência legislativa privativa do prefeito municipal, acima transcritas; nem viola as competências do Chefe do Poder Executivo insculpidas nos incisos II, XIV e XIX, 'a' do art. 47 da CE.

Acesso ao Sumário

No mais, como observa o Subprocurador-Geral de Justiça, no julgamento de Caixa Econômica Federal v. Município de Chapecó, RE nº 610.221-RG-SC, Pleno, 29-4-2010, Rel. Ellen Gracie, Tema nº 272, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e assentou que "os municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários"; e é justamente isso que se faz por meio da LM nº 3.790/21.

O autor alega ainda que a norma veiculada pelo art. 2º da LM nº 3.790/21 caracterizaria indevida ingerência do município nas relações trabalhistas de terceiros, violando a livre iniciativa e regulamentando matéria (direito do trabalho) inserida na competência legislativa da União Federal; mas de relações de trabalho não cuida o dispositivo, que se limita a atribuir aos agentes financeiros a responsabilidade pela adoção das medidas necessárias à efetivação do distanciamento social e individual.

5. Reserva de iniciativa. Pacto federativo. Violação. Por fim, noto que o parágrafo único do art. 1º ("A fiscalização do cumprimento destas normas ficará restrita ao Setor de Fiscalização da Prefeitura Municipal de Andradina, ou através de delegação, à Polícia Militar do Estado de São Paulo") viola não apenas a reserva de iniciativa do Prefeito Municipal ao prever atribuições a órgão do Poder Executivo (a Secretaria de Fiscalização), como também o pacto federativo, na medida em que estabelece incumbências a órgão policial e servidores vinculados ao Estado, cuja regulamentação é exclusiva do respectivo ente federado.

O voto é pela **parcial procedência da ação** para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da LM nº 3.790/21 de Andradina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2142861-43.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPECERICA DA SERRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.606)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI,

Acesso ao Sumário

ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI e JACOB VALENTE.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Pretensão em face da Lei nº 2.875, de 17 de junho de 2021, do Município de Itapecerica da Serra, que revogou integralmente a Lei nº 2.193, de 05 de julho de 2011, que proibia a instalação de agência funerária no local que especificava.

Alegação de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município e ao princípio da separação dos poderes.

Verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos é realizado em face da Constituição Estadual. Inteligência dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal e artigos 74, inciso VI, e 90 da Constituição Estadual. Impossibilidade de contrastar a norma impugnada com artigos da Lei Orgânica do Município para fins de controle de constitucionalidade.

Princípio da separação dos Poderes. Inocorrente interferência na estrutura e atribuição de órgãos da Administração, tampouco no regime jurídico de seus servidores. Elaboração da norma fustigada em consonância com as funções ordinárias do Poder Legislativo. Tese fixada pelo STF no Tema 917 de repercussão geral.

Inocorrente ofensa à sujeição dos serviços concedidos ou permitidos à regulamentação e fiscalização do Poder Público (art. 119 da CE). Lei vergastada não retira da Administração o exercício de tais atividades em relação aos serviços funerários do Município.

Incompatível o cotejo da norma discutida com os artigos 180 e 181 da Constituição Estadual, porque não explicitada ofensa frontal aos dispositivos constitucionais que tratam do direito urbanístico, nem mesmo

Acesso ao Sumário

sob qualquer interferência reflexa às limitações concernentes ao zoneamento local.

Ação improcedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Itapecerica da Serra em face da Lei Municipal nº 2.875, de 17 de junho de 2021, que dispõe sobre a revogação integral da Lei nº 2.193, de 05 de julho de 2011, que proíbe a instalação de agência funerária no local que especifica.

Sustenta o autor: (i) matéria de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo Municipal; (ii) invoca a ocorrência de violação ao art. 58, incisos VI e XX c/c inciso III, do artigo 24, da Lei Orgânica do Município; (iii) Câmara não pode se arrogar na competência de atos concretos da administração; (iv) requer a concessão de liminar.

Determinado o processamento da ação, indeferido o pedido de liminar (f. 23/24).

A Câmara Municipal prestou informações (f. 29/35), sustentando a inconstitucionalidade da norma impugnada pela violação da regra da separação de poderes e da gestão dos contratos de concessão de serviços públicos, previstas na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (arts. 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, a, 119, e 144).

A Procuradoria Geral do Estado, apesar de citada, deixou de se manifestar (f. 40).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência do pedido (f. 43/46), porque a iniciativa para promover o adequado ordenamento territorial é comum ou concorrente.

É o relatório.

A ação é improcedente.

A pretensão é de que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 2.875, de 17 de junho de 2021, do Município de Itapecerica da Serra, que dispõe sobre a revogação integral da Lei nº 2.193, de 05 de julho de 2011, que proíbe a instalação de agência funerária no local que especifica.

A norma contestada assim dispõe:

LEI Nº 2.875, DE 17 DE JUNHO DE 2021.

"DISPÕE SOBRE A REVOGAÇÃO DA LEI Nº 2.193 DE 05 DE JULHO DE 2011"

Art. 1º Fica revogada integralmente a LEI nº 2.193, de 05 de julho de 2011, que proíbe a instalação de agência funerária no local que es-

Acesso ao Sumário

pecifica.

Art. 2º As despesas decorrentes da execução desta LEI correrão por conta de dotação orçamentária própria, suplementada se necessário.

Art. 3º Esta LEI entra em vigor na data de sua publicação (f. 10).

A lei revogada possuía a seguinte redação:

Lei nº 2.193, de 05/07/2011

Proíbe a instalação de agência funerária no local que especifica

Art. 1º Fica proibida a instalação de agência funerária na Avenida Guacy Fernandes Domingues, no Bairro do Embu-Mirim, Município de Itapecerica da Serra.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na cidade de sua publicação (f. 11).

De início, cabe observar que a verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos é realizado em face da Constituição, no caso, a Carta Paulista, por força do preconizado nos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal[1] e artigos 74, inciso VI, e 90 da Constituição Estadual[2].

Descabido se afigura sustentar nesta sede a violação da norma impugnada em contraste com determinados artigos da Lei Orgânica do Município, porquanto, insuscetíveis de manejo como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

No entanto, admissível a apreciação da lei contestada em face dos artigos suscitados pela Câmara Municipal (artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, a, 119, e 144 da Constituição Estadual), haja vista o reconhecimento da denominada "causa petendi" aberta no controle abstrato de constitucionalidade, além da própria arguição aduzida na inicial de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Os artigos da Constituição Bandeirante invocados pela Edilidade preconizam:

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Acesso ao Sumário

1 **Art. 125**. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

2 **Artigo 74** – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

VI – a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição;

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: (...)

Artigo 24 *– A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e*

§ ***2º*** *– Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*

2 *– criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX; (NR)*

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: (NR)*

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos; (NR)

Artigo 119 *– Os serviços concedidos ou permitidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e fiscalização do Poder Público e poderão ser retomados quando não atendam satisfatoriamente aos seus fins ou às condições do contrato.*

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.*

Sobre os limites para deflagração de projeto de lei, cabe trazer a lição de Hely Lopes Meirelles: *"Leis de iniciativa exclusiva do Prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais"* (Direito Municipal Brasileiro, 15ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, p. 732-33).

O ensinamento está em consonância com a tese firmada pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 878911 pela técnica da repercussão geral (Tema 917): *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal)"*.

Acesso ao Sumário

Diante desse cenário, a iniciativa parlamentar para criação de lei, que revoga a anterior que proibia a instalação de agência funerária em determinada avenida do Município (f. 11), não vulnera o princípio da separação dos poderes, uma vez que não se encontra entre as matérias de competência privativa do Chefe do Executivo Municipal.

Com efeito, a norma fustigada não interfere na estrutura e atribuição de órgãos da Administração, tampouco no regime jurídico de seus servidores, de sorte que a elaboração do texto legal *sub judice* está regularmente inserida no âmbito das funções ordinárias do Poder Legislativo.

Não há que se falar em ofensa à sujeição dos serviços concedidos ou permitidos à regulamentação e fiscalização do Poder Público (art. 119 da CE), porque a lei em discussão não retira da Administração o exercício de tais atividades em relação aos serviços funerários do Município.

Na verdade, nem sequer identificado contrato de concessão de serviço público que pudesse tangencialmente ser atingido com a edição da norma debatida.

Por fim, ainda que não suscitado na inicial ou nas informações prestadas pela Edilidade, inexiste na hipótese a possibilidade de cotejar a norma em discussão com os artigos 180 e 181 da Constituição Estadual, porque não explicitada ofensa frontal aos dispositivos constitucionais que tratam do direito urbanístico, nem mesmo sob qualquer interferência reflexa às limitações concernentes ao zoneamento local.

Mutatis mutandis, aplicáveis os seguintes precedentes:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.673, DE 09 DE OUTUBRO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA/SP, A QUAL 'DENOMINA RUA GENINHA DE BARROS, O LOGRADOURO PÚBLICO QUE ESPECIFICA' – PARÂMETRO DE AFERIÇÃO QUE, À LUZ DO ARTIGO 125, § 2º DA MAGNA CARTA, DEVE OSTENTAR NATUREZA CONSTITUCIONAL – INVIÁVEL ANÁLISE DE AFRONTA A NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS, EXAME DE MATÉRIA FÁTICA OU QUE DEMANTE PRODUÇÃO PROBATÓRIA – CONTROLE CONCENTRADO – VIA RESTRITA – OFENSA AOS ARTIGOS 180 E 181 DA CE MERAMENTE REFLEXA – CRISE DE LEGALIDADE POR ALEGADO DESCOMPASSO AO CÓDIGO DE EDIFICAÇÃO MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, ADEMAIS, QUE POR SI SÓ NÃO TEM O CONDÃO DE ATRIBUIR INCONSTITUCIONALIDADE À LEI – INICIATIVA PARLAMENTAR – IRRELEVÂNCIA – VÍCIO FORMAL INEXISTENTE – TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL NO ÂMBITO DO C. STF – TEMA Nº 1.070 – RE 1151237/SP – PRETENSÃO IMPROCEDENTE (ADI nº 2028543-81.2020.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, j. 16.12.2020).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 2.698/2019, do

Acesso ao Sumário

Município de Itapecerica da Serra, que "dispõe sobre a possibilidade do agendamento telefônico de consultas para pacientes idosos e para pessoas com deficiências já cadastradas nas unidades de saúde do Município". Pretendida a inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação de poderes, em razão da usurpação da competência legiferante exclusiva do Poder Executivo, bem como por ausência de indicação da fonte de custeio para sua implementação. Inexistência de mácula constitucional. Compatibilidade ao entendimento do Pretório Excelso (Tema 917). Lei objurgada que não trata da estrutura da Administração Pública ou da atribuição de seus órgãos, tampouco do regime jurídico de seus servidores. Ausência de vício de iniciativa. Princípio da separação de poderes observado. Silêncio da norma quanto à fonte de receita para a sua implementação não configura, "per si", vício de inconstitucionalidade. Texto normativo institui orientações genéricas e não indica a criação de despesas à municipalidade. Ainda que se incorra em eventual surgimento de ônus, remanesce a possibilidade de remanejamento orçamentário ou complementação através de verbas adicionais, sem se olvidar da possibilidade de postergação do planejamento de gastos para o exercício orçamentário subsequente. – Ação julgada improcedente. (ADI nº 2197095-43.2019.8.26.0000, Rel. Des. PÉRICLES PIZA, j. *11.03.2020).*

Ante o exposto, **julga-se improcedente** a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154407-95.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TAUBATÉ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS PEDIDOS DE INGRESSO NO FEITO, COMO 'AMICUS CURIAE'; E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITO 'EX TUNC' E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA

Acesso ao Sumário

RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – *AMICUS CURIAE* – Ação direta de inconstitucionalidade – Pedido de ingresso formulado por pessoas jurídicas que atuam no gerenciamento da folha de pagamento e dos benefícios previdenciários dos servidores municipais de **Taubaté lotados em autarquia educacional (Instituto de Previdência do Município de Taubaté - IPMT e a Universidade de Taubaté) – Entidade de previdência que é a mesma que formulou representação ao Ministério Público para a supressão dos abonos, por reputá-los inconstitucionais, com intenção de redução do orçamento municipal – Autarquia educacional que deveria suportar, em rubrica própria, a integralidade da folha de pagamento de seus servidores – Isenção não caracterizada para atuarem como 'amigos da corte' – Processo em fase de julgamento pelo colegiado – Aplicação do preceito do § 2º do artigo 138 do NCPC, em complementação ao § 2º do artigo 7º da Lei 9.868/99 – Admissão negada.**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ajuizamento pelo Procurador Geral de Justiça contra a concessão de abonos para os servidores ativos, inativos e pensionistas da Universidade de Taubaté e Escola Dr. Alfredo José Balbi, no Município de Taubaté, instituídos pela Lei 3.641/2003 e Lei Complementar 249/2011 – BONIFICAÇÃO – Concessão de abonos 'provisórios' em caráter de antecipação da revisão geral e anual dos servidores da Universidade de Taubaté, autarquia municipal – Verba de caráter transitório que se exaure com a promoção da revisão remuneratória prevista no artigo 39, inciso X, da Constituição Federal, por meio de edição de lei específica para o mesmo exercício orçamentário – Circunstância em que para o abono instituído pela Lei

Acesso ao Sumário

3.641/2003 foi feita a revisão geral, com vigência a partir de 01 de maio de 2003, pela Lei 3.657, enquanto o criado pela LC 249/2011 foi exaurido a partir de 01/10/11 pela LC 266 – Permanência do pagamento dos abonos após as respectivas revisões remuneratórias que implica em vantagem ilegal criada para superar obstáculos orçamentários para a concessão de reajuste remuneratório – Constitucionalidade do pagamento que se verifica apenas nos anos em que criados os abonos antecipatórios – Ultratividade do pagamento que implica em violação dos princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Interpretação dos artigos 111, 128 e 144 da Constituição do Estado – Precedentes deste Órgão Especial – MODULAÇÃO – Necessidade de modulação de efeitos na forma do artigo 27 da Lei 9.868/99 para se evitar insegurança jurídica e a repetição de valores pagos além do exercício orçamentário devido – Situação de declaração de irrepetibilidade até o presente julgamento – Ação julgada parcialmente procedente, com modulação.

VOTO

1 – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo douto Procurador Geral de Justiça objetivando declaração de inconstitucionalidade, *in totum*, da **Lei ordinária nº 3.641**, **de 12 de fevereiro de 2003**, e da **Lei Complementar nº 249**, **de 19 de abril de 2011**, ambas do Município de Taubaté, pelas quais foram concedidas vantagens remuneratórias de caráter pessoal, na forma de abonos mensais e nos respectivos valores de R$ 100,00 (cem reais) e R$ 180,00 (cento e oitenta reais), para os servidores ativos e inativos da Universidade de Taubaté e da Escola Dr. Alfredo José Balbi.

Diz o Procurador Geral de Justiça que a concessão de gratificação sem critério objetivo e exigência de contraprestação de serviço, além da intenção de complementação de benefício previdenciário aos inativos e pensionistas sem a devida fonte de custeio, ofende os princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público, vulnerando os artigos 111, 128 e 218 da Constituição Bandeirante, bem como o artigo 195 da Constituição Federal.

Não houve pedido de antecipação de tutela em caráter cautelar.

Apesar da regular citação eletrônica (fls. 400), o Procurador Geral do Estado não se manifestou nos autos (fls. 415).

Acesso ao Sumário

O Prefeito do Município de Taubaté, devidamente notificado, ofertou as singelas informações de fls. 405/406, argumentando que a Universidade de Taubaté, autarquia municipal, detém autonomia financeira e administrativa, foi quem propôs o projeto de lei, o qual, por meio do informante, foi encaminhado à Câmara Municipal.

No mesmo informe do Prefeito, no anexo (fls. 407/414), a Universidade de Taubaté aduziu que os abonos são adiantamentos que podem ser suprimidos quando houver a recomposição salarial, não ocorrida até a presente data, não padecendo de qualquer vício de inconstitucionalidade as leis objurgadas. Diz, ainda, que eventual supressão violaria os princípios da irredutibilidade de vencimento, segundo o preceito do artigo 37, inciso XV, da CF/88, bem como o da segurança jurídica, lembrando que há vedação de concessão de reajuste no ano de 2021, segundo a Lei Complementar Federal nº 173/ 2020. Lembra, finalmente, que há outra lei idêntica que não foi impugnada na inicial (LCM 318/2013), que concedeu outro abono de R$ 100,00 aos servidores, sendo objeto da ADIN 2053614-95.2014.8.26.0000, relatada pelo Des. Damião Cogan, cuja constitucionalidade foi mantida por este Colendo Órgão Especial, bem como no recurso extraordinário que se seguir (Rex 883.451/SP).

A Câmara Municipal, por sua vez, nas informações de fls. 417/423, aponta que referidas leis tramitaram nas Comissões da casa, sem que estas apontassem qualquer vício de inconstitucionalidade.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 429/435, opina pela procedência da declaração de inconstitucionalidade, repisando nos mesmos argumentos despendidos na petição inicial.

O Instituto de Previdência do Município de Taubaté (IPMT) e a Universidade de Taubaté, por meio das petições de fls. 438/442 e 447/451, requerem suas intervenções no feito na qualidade de '*amici curiae*'. Na petição de fls. 548/552, o referido Instituto ratifica o pedido de procedência da ação.

É o sucinto relatório.

2.1 – DA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA QUALIDADE DE '*AMICUS CURIAE*'

A análise da intervenção extraordinária de terceiro na condição de '*amicus curiae*' está suficientemente sedimentada no Colendo Órgão Especial, tanto que seus membros, reiteradamente, decidem tais pedidos monocraticamente. Toma-se a liberdade de reprodução de trecho da decisão prolatada pelo Des. Beretta da Silveira na ADIN nº 2137245-29.2017.8.26.0000, que bem resume o arcabouço legal sobre a matéria:

> ***"Do instituto e de sua natureza. Em brevíssimo apontamento, cumpre destacar que a figura do Amicus Curiae (expressão latina a significar, em textual tradução, Amigo da Corte) tem origem no Direito***

Acesso ao Sumário

AngloSaxônico, criada com o fito de nas causas dotadas de relevância, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia permitir o auxílio de pessoas desinteressadas na oferta de achegas à solução da lide. Denota dizer, em outras palavras, que a atuação dessa pessoa que pode física ou jurídica limita-se a trazer informe de toda sorte que, dada a natureza da causa, se mostrem indispensáveis ao julgador. Daí porque, com o referendo da boa doutrina, a participação desse personagem, malgrado esteja atualmente regrada no Título III, que corresponde à intervenção de terceiros, deve ser entendida fora do contexto de parte, como se dá nas hipóteses de assistência, denunciação da lide, chamamento ao processo e na desconsideração da personalidade jurídica, eis que o Amicus Curiae, honrada a intelecção da peticionária, não detém interesse algum na demanda, senão contribuir com elementos, informações, estudos, pareceres técnicos e quaisquer outros tipos de manifestações, tudo voltado, insista-se, a auxiliar a função judicante. Aliás, nem poderia ser de matiz diverso, posto que a proximidade deste ator a qualquer das partes implicaria na absoluta nulidade do processo, haja vista o desvio de sua institucional missão: ajudar, com o seu conhecimento, o Poder Judiciário a dirimir determinado litígio. Confira-se, a propósito, que a desvinculação dessa pessoa com a posição de parte é tamanha, que o novo CPC não admite a transmudação de competência por conta de sua intervenção e tampouco a interposição de recurso (art. 138, § 1º), ressalvados os declaratórios e aqueles cabíveis no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Enfim, nenhuma vinculação com os interesses da causa poderá deter o Amicus Curiae, que, aliás, sequer teve reservados poderes processuais a si, salvo os que o juiz lhe atribuir (art. 138, § 2º) e os acima mencionados. Em remate do tema, impende sobrelevar que a figura em comento não é novidade que se possa atribuir ao legislador. As leis que disciplinaram os chamados processos constitucionais (Lei nº 9.868, de 10/11/1999 e Lei nº 9.882, de 03/12/1999) previram tal forma de auxílio (respectivamente art. 7º, § 2º e art. 6º, § 1º), tanto quanto o fez a Lei nº 11.417, de 19/12/2006 a propósito da edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art. 3º, § 2º) e o § 6º do art. 543-A do CPC Buzaid (acrescentado pela Lei nº 11.418, de 19/12/2006) ao disciplinar o requisito da repercussão geral. A disposição atual cuidou de reservar dicção própria à figura do Amicus Curiae (art. 138), timbrando sua atuação no Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade (art. 950, § 3º), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 983), no exame da repercussão geral do RE (art. 1.035, § 4º) e no processamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.038, I). Esta, respeitada eventual dissenção de exegese, a lente que deve nortear a admissibilidade da intercessão ora pretendida."

Acesso ao Sumário

Colocadas tais premissas, o eventual ingresso do 'amigo da corte' deve ser pautado pela relevância da matéria, a representatividade dos postulantes e a especificidade do objeto da demanda (artigo 138 do NCPC cc artigo 7º, § 2 º, da Lei 9. 868 /1999).

No caso em testilha, apesar da relevância da matéria, o interesse das peticionantes, que ostentam a qualidade de órgãos que gerenciam a folha de pagamento e os benefícios previdenciários dos servidores do Município de Taubaté lotados na autarquia educacional, é manifesta, eis que o Instituto de Previdência foi a entidade que apresentou representação ao Ministério Público para a supressão dos abonos para a consequente redução da base remuneratória, aliviando o seu orçamento (fls. 13/30), enquanto a Universidade autárquica deveria suportar, na integralidade, a remuneração dos seus funcionários em rubrica própria. Não podem atuar, de forma isenta, como 'amigos da Corte'.

Diante do exposto, e considerando que o processo já está em fase de julgamento colegiado, é o caso de rejeição da admissão dos peticionantes Instituto de Previdência do Município de Taubaté (IPMT) e Universidade de Taubaté, na forma do artigo 138, *caput*, do NCPC cc artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999.

2.2 – DOS ABONOS PROVISÓRIOS COMO ANTECIPAÇÃO DE REAJUSTE SALARIAL PARA SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS

Leitura da inicial revela que o Instituto de Previdência do Município de Taubaté formulou representação ao Ministério Público do Estado de São Paulo denunciando que a Lei nº 3.641/2003 foi editada em continuação à Lei 3.581/2002, com o objetivo de concessão de abono como forma de 'antecipação da revisão geral e anual da remuneração dos servidores' da Universidade do Taubaté, autarquia municipal, sendo que aquela revisão salarial ocorreu por meio da Lei 3.657/2003. Idêntico procedimento em relação à LC 249/2011, que estaria derrogada pela LC 266/2011 que concedeu reajuste salarial de 5% aos servidores ativos e inativos da UNITAU (fls. 34).

De fato, o exame do PL 47/2002 (fls. 36), que foi promulgado na forma da Lei 3.581, de 31 de maio de 2002 (fls. 57), demonstra que a intenção desde o primeiro abono era o de 'antecipar' parte da revisão remuneratória anual, de modo que aquele seria 'absorvido' por esta no momento em que lei específica procedesse o reajuste dos servidores dentro do ano orçamentário.

Esse mesmo expediente foi executado no ano posterior, por meio do PL nº 01/2003 (fls. 60) que deu origem à Lei 3.641/2003 (fls. 89), e aqui impugnada, que é estruturalmente idêntico ao citado PL 47/2002, revelando uma *práxis* entre a Universidade, enquanto autarquia municipal, e o Chefe do Poder Executivo, competente para iniciar esse tipo de projeto de lei, para propiciar antecipações salariais antes (ou independente) da tramitação de lei específica para a revisão

geral e anual, esta dependente de orçamento disponível. A Lei Complementar 249/2011 seguiu o mesmo propósito (fls. 107).

Nesse caso, as leis que concedem esse abono como 'antecipação salarial' são de caráter transitório, perdendo sua eficácia quando da revisão geral anual remuneratória por lei específica, na forma do preceito do artigo 39, inciso X, da Constituição Federal.

Observa-se, por oportuno, que não foi esse o enfoque analisado na LC 318/2013 pela ADIN 2053614-95.2018.8.28.0000, julgada em 12/11/2014 e com relatoria do Des. Damião Cogan (acórdão reproduzido as fls. 204/224), que se limitou a considerar a autonomia administrativa e financeira da instituição educacional, na forma do artigo 207 da CF/88, bem como da não vulneração do princípio da igualdade, legalidade e impessoalidade, sob o argumento de atingimento de todos os servidores sem distinção (ativos e inativos).

Aqui o caso é distinto: no artigo 2º, inciso I, da Lei 3.581/2002 (fls. 57) foi estabelecido que o abono, enquanto adiantamento da revisão anual, seria por ela absorvido, mesma natureza daquele que é objeto da Lei 3.641/2003, por ser pago em 'continuação' do primeiro (artigo 1º, parágrafo único).

Nesse caso, como a Lei 3.657, de 27 de maio de 2003, promoveu a partir de 1º de maio daquele ano a revisão geral anual de 9% aos servidores da Universidade de Taubaté[1], e a LC 266, de 11 de novembro de 2011 concedeu outros 5% a partir de 1º de outubro daquele ano (fls. 34), desde essas datas os abonos foram (ou deveriam ser) absorvidos dentro desses reajustes.

O que se vê, em realidade, é que uma solução transitória para resolver determinada demanda salarial de servidores até a respectiva revisão geral anual, foi, aos poucos, tornando-se um mecanismo de rotina e não exauriente na sua finalidade precária, eis que referidos abonos se eternizaram no tempo a despeito das leis específicas que os teriam (ou deveriam) ter absorvido.

Nesse caso, a continuidade do pagamento dos abonos após a promulgação da Lei 3.657/2003 e LC 266/2011 implica em dizer que há vantagem pessoal sem base legal, assumindo natureza semelhante dos abonos extraordinários que são, rotineiramente, declarados inconstitucionais por este Colendo Órgão Especial.

Notadamente, tanto os chamados 'abonos provisórios e de Natal', como aquele que é concedido em caráter de antecipação da revisão salarial anual, e que se prolonga no tempo para além do respectivo ano orçamentário, se prestam à mesma finalidade, ou seja, uma vantagem pessoal que não integra a base remuneratória com o claro objetivo de 'driblar' as regras constitucionais que versam sobre reajustes e previdência sobre bases orçamentárias sólidas e previamente aprovadas no Plano Plurianual. Obviamente, se não há base de arrecada-

1 (Endereço eletrônico constante do texto original)

ção previamente definida para arcar com tais despesas, o pagamento às expensas integrais do tesouro municipal acaba por impactar todo sistema de seguridade social local, de modo que há ofensa indireta aos preceitos do artigo 194 e 195, § 5º, da Constituição Federal, como bem apontado pela Procuradoria Geral de Justiça.

Há assim, nítida diferença entre a suspensão da eficácia de lei cuja fonte de custeio não foi prevista durante o trâmite legislativo, normalmente para projetos executivos de caráter não permanente, daquela que cria despesa de pessoal obrigatória e permanente, o que, inclusive, foi objeto da chamada 'PEC Emergencial' que deu origem à EC nº 109/2021, criando mecanismo de ajuste fiscal obrigatório ante a insuficiência de arrecadação tributária para fazer frente ao orçamento aprovado. Nesse ponto, o argumento de que a UNITAU não pode proceder a revisão anual com a eliminação dos aludidos abonos, por conta de impeditivo da LC 173/2020, está superado.

Há, portanto, ofensa aos artigos 111 e 128 da Carta Bandeirante, aplicáveis remissivamente aos Municípios por força do seu artigo 144, *in verbis*:

> **Artigo 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.
>
> **Artigo 128** – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.
>
> **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.

Neste sentido, inúmeros precedentes deste Órgão Especial, alguns inclusive com participação e voto concordante deste Relator, destacando, como exemplo, o que segue:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 1.127, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1993 E § 4º, DO ARTIGO 55, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 183, DE 23 DE JULHO DE 2018; LEI Nº 1.966, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2013 E LEI Nº 1.985, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2013, TODAS DO MUNICÍPIO DE MARACAÍ – GRATIFICAÇÃO DE ANIVERSÁRIO, CESTA DE NATAL E VALE NATALINO – VANTAGENS CONCEDIDAS AO FUNCIONALISMO DE MARACAÍ – AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO – AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE ESTENDER AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO A APOSENTADOS E INATIVOS – VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO, DESTINADA A CUSTEAR OS GASTOS DE ALIMENTAÇÃO DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE, DURANTE O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO – SÚMULA VINCULANTE Nº***

Acesso ao Sumário

55 DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – DESNECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS – AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO" (ADIN 2188918-90.2019.8.26.0000, rel. Des. Renato Sartorelli, j. 11/12/2019, com grifos deste subscritor)

Finalmente, ainda que se reconheça a legalidade do pagamento até a edição das respectivas revisões anuais gerais, o Poder Judiciário não pode manter a ultratividade dos aludidos abonos sob o argumento de aplicação do princípio da isonomia ou da irredutibilidade salarial em relação a outras categorias de servidores públicos de Taubaté, eis que a eventual incorporação dessa verba à remuneração dos servidores da UNITAU depende de lei específica a ser tramitada na respectiva Câmara Municipal. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ABONOS SALARIAIS. REVISÃO GERAL ANUAL. SÚMULA VINCULANTE 37. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. MULTA APLICADA.

I – Não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, nos termos na Súmula Vinculante 37. Vedação aplicável a casos nos quais se pretenda considerar a incorporação de abonos salariais como revisão geral anual.

II – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4°, do CPC)" (ARE nº 968.303/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 6/12/18).

"RECLAMAÇÃO. MUNICÍPIO DE MOGI-GUAÇU. LEIS COMPLEMENTARES 1.000/2009 e 1.121/2011. INSTITUIÇÃO DE ABONO SALARIAL EM VALOR FIXO. INCORPORAÇÃO AO VENCIMENTO NOS PERCENTUAIS DE 17,74% e 18,33%. CORREÇÃO DE DISTINÇÃO DE ÍNDICES. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EXISTÊNCIA DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE Nº 37. PRECEDENTES.

1. A concessão de reajuste salarial pelo índice mais benéfico para corrigir distorções causadas pela instituição de abono em valor fixo a diferentes categorias de servidores traduz aumento remuneratório promovido pelo Poder Judiciário com base na regra constitucional da isonomia salarial, conduta vedada pela Súmula Vinculante 37 (Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia).

2. Agravo regimental conhecido e não provido" (Rcl nº 27.310/SP-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 16/10/18).

Acesso ao Sumário

Portanto, é o caso de procedência parcial do pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, eis que o pagamento de abono antecipatório à revisão anual tem validade até a edição da respectiva lei específica que a promove, dentro do mesmo ano orçamentário, sob pena de caducidade da sua transitoriedade. No caso em testilha: o abono previsto na Lei 3.641/2003 é válido até 01/05 daquele ano, data da eficácia da revisão geral promovida pela Lei 3.657/2003; e o previsto na LC 249/2011 o é até 01/10 daquele ano, data de eficácia da revisão geral promovida pela LC 266/2011.

2.3 – DA MODULAÇÃO

Estabelece o artigo 27 da Lei 9.868/99 a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em razão da segurança jurídica e do interesse público.

Desse modo, não é razoável a repetição dos valores pagos aos servidores, ativos e inativos, bem como dos seus pensionistas, a partir da eficácia da Lei 3.657/2003 e LC 266/2011, conforme exposto no tópico anterior. Por estas razões, os valores pagos até a data do presente julgamento são declarados irrepetíveis.

2.4 – ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., pelo meu voto: **a-) rejeito** a admissão do Instituto de Previdência do Município de Taubaté (IPTM) e da Universidade de Taubaté na qualidade de '*amici curiae*'; **b-) julgo parcialmente procedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.641, de 12 de fevereiro de 2003 e Lei Complementar nº 249, de 19 de abril de 2011, ambas do Município de Taubaté, por confronto vertical com os artigos 111 e 128 da Constituição Bandeirante a partir da eficácia das leis que promoveram a revisão geral anual e geral dos servidores da Universidade de Taubaté e Escola Dr. Alfredo José Balbi; **c-) modulo**, na forma do artigo 27 da Lei 9.868/99 e nos termos do tópico 2.3, os efeitos da presente decisão para declarar a irrepetibilidade dos valores pagos até o presente julgamento.

3 – Destarte, nos termos acima especificados, **julga-se parcialmente procedente a ação, com modulação.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132446-98.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX NUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.948)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, PERCIVAL NOGUEIRA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO 'LICENÇA' CONTIDA NO § 2º DO ARTIGO 66 DA RESOLUÇÃO Nº 322, DE 18 DE SETEMBRO DE 2007 DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA; § 1º DO ARTIGO 68 DA RESOLUÇÃO Nº 322, DE 18 DE SETEMBRO DE 2007 DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA, NA REDAÇÃO DADA PELA RESOLUÇÃO Nº 477/19; E EXPRESSÃO 'LICENÇA' CONTIDA NO ARTIGO 16, ***CAPUT*****, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SOROCABA – PREVISÃO DE CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE DE VEREADOR NA HIPÓTESE DE LICENÇA – IMPOSSIBILIDADE – APENAS AFASTAMENTOS SUPERIORES A CENTO E VINTE DIAS QUE AUTORIZAM A SUPLÊNCIA – OFENSA, ADEMAIS, AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 17, § 1º, 111 E 144, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS, NOS TERMOS DO ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999".**

"Não é qualquer licença de vereador que permite a

suplência, mas apenas aquelas que ultrapassam o período de cento e vinte dias, afastando-se as normas locais do modelo previsto pelos legisladores constituintes federal e estadual, em flagrante descompasso com o princípio da simetria".

"Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade" (ADI nº 2.667 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello).

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da expressão *"licença"* contida no § 2º do artigo 66 da Resolução n° 322, de 18 de setembro de 2007 da Câmara Municipal de Sorocaba; do § 1º do artigo 68 da Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007 da Câmara Municipal de Sorocaba, na redação dada pela Resolução nº 477/19; e da expressão *"licença"* contida no artigo 16, ***caput***, da Lei Orgânica do Município de Sorocaba, apontando violação aos artigos 17, § 1º, 111 e 144 da Constituição Paulista.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que os dispositivos impugnados preveem a convocação do suplente de vereador para assumir a vereança nos casos de vaga, licença, afastamento judicial ou investidura no cargo de Secretário Municipal, sem qualquer limitação temporal no tocante à licença, contrariando o princípio da simetria já que as Constituições Estadual e Federal autorizam a ocupação da vaga por suplente de deputado e senador apenas nos casos de afastamento superior a cento e vinte dias. Acena, em acréscimo, com desrespeito aos princípios do interesse público e da razoabilidade, pois a inexistência de prazo mínimo de licença faz com que o suplente seja convocado, assumindo como vereador em qualquer hipótese, de tal sorte que ambos ficam percebendo subsídios no mesmo período, o que não se mostra necessário, adequado e tampouco proporcional, sendo certo que a ausência de vereador licenciado por curto período não causará prejuízo às atividades do Poder Legislativo Municipal. Busca, por isso, o decreto de procedência da presente ação direta, declarando-se a inconstitucionalidade: ***a)*** da expressão *"licença"* contida no § 2º do artigo 66 da Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007 da Câmara Municipal de Sorocaba; ***b)*** do § 1º do artigo 68 da Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007 da Câmara Municipal de Sorocaba, na redação dada pela Resolução nº 477/19; e ***c)*** da expressão *"licença"* contida no artigo 16, ***caput***, da Lei Orgânica do Município de Sorocaba.

Acesso ao Sumário

Sem pedido liminar, o Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba prestou informações defendendo a higidez das normas questionadas, aduzindo que o E. Supremo Tribunal Federal entende que a regra prevista no artigo 57, § 4º, da Lei Maior não é de reprodução obrigatória pelos Municípios, pugnando pela improcedência da demanda.

A Procuradora Geral do Estado deixou transcorrer, ***in albis***, o prazo para manifestação *(cf. fl. 671)*.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, insistiu na procedência da ação direta, reiterando os termos da inicial *(fls. 689/694)*.

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

Os textos impugnados têm o seguinte teor, ***verbis***:

Lei Orgânica do Município de Sorocaba:

*"**Art. 16.** No caso de vaga, **licença**, afastamento judicial ou investidura no cargo de Secretário Municipal, far-se-á convocação do suplente pelo Presidente da Câmara.*

*§ **1º** O suplente convocado deverá tomar posse dentro do prazo de 15 (quinze) dias, salvo motivo justo aceito pela Câmara, sob pena de ser considerado renunciante" (cf. fl. 100).*

***Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007, da Câmara Municipal de Sorocaba** (Regimento Interno):*

*"**Art. 66.** As vagas na Câmara Municipal dar-se-ão somente por falecimento, renúncia expressa e nos casos de perda de mandato, cabendo à Câmara declará-las de acordo com a legislação reguladora da matéria.*

(...)

*§ 2º No caso de vaga, **licença**, afastamento judicial ou investidura no cargo de Secretário Municipal, far-se-á a convocação, pelo Presidente da Câmara, do suplente que deverá tomar posse dentro de 15 (quinze) dias, salvo motivo justo aceito pela Câmara, sob pena de ser considerado renunciante (Redação dada pela Resolução nº 477/2019).*

(...)

***Art. 68.** Encontrando-se o Vereador impossibilitado, física ou mentalmente, de subscrever a comunicação de licença, para tratamento de saúde, caberá ao Presidente da Câmara declará-lo licenciado, mediante comunicação escrita do Líder do Partido, devidamente instruída com atestado médico.*

*§ 1º **Efetivada a licença, o Presidente convocará imediatamente o respectivo suplente**, observadas as disposições dos §§ 2º e 3º do art. 66" (cf. fls. 43/44).*

Em que pese a autonomia dos Municípios para se auto-organizar e editar sua própria Lei Orgânica, assim como a prerrogativa da Câmara para dispor so-

Acesso ao Sumário

bre seu Regimento Interno e Resoluções, 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 da norma contida no artigo 144 da Carta Bandeirante, ***verbis***:

> ***"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".***

No caso, os dispositivos normativos hostilizados preveem a convocação imediata de suplente de vereador nas hipóteses de vaga, licença, afastamento judicial ou investidura no cargo de Secretário Municipal, sem estabelecer qualquer limite temporal para a hipótese de licença, além de prescrever a convocação imediata no caso de licença médica.

Sucede que o artigo 17, § 1º, da Constituição Paulista, reproduzindo regra consagrada pelo artigo 56, § 1º, da Carta da República, autoriza a convocação de suplente apenas no caso de licença do parlamentar por período superior a cento e vinte dias, ***verbis***:

> ***"Artigo 17 – Não perderá o mandato o Deputado:***
>
> ***(...)***
>
> ***II – licenciado pela Assembleia Legislativa por motivo de doença ou para tratar, sem subsídio, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.***
>
> ***§ 1º – O Suplente será convocado, nos casos de vaga, com a investidura nas funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias".***

Importante, ainda, registrar que este C. Órgão Especial já deixou pontificado que as regras previstas para licença de membros do Congresso Nacional, disciplinadas pelo artigo 56 da Lei Maior, devem ser observadas pelos Municípios em razão do disposto no artigo 29, inciso IX, da Constituição Federal, segundo o qual a Lei Orgânica Municipal deverá prever as *"proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa" (ADI nº 2196074-32.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Ricardo Anafe)*.

Disso decorre que não é qualquer licença de vereador que permite a suplência, mas apenas aquelas que ultrapassam o período de cento e vinte dias, afastando-se as normas locais do modelo previsto pelos legisladores constituintes federal e estadual, em flagrante descompasso com o princípio da simetria.

Nesse particular, cumpre observar que o Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba reproduz julgados antigos do Pretório Excelso entendendo pela

Acesso ao Sumário

inexistência de observância obrigatória quanto ao disposto no artigo 57, § 4º, da Constituição Federal[1] *(cf. fls. 675/677)*, que veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente de membros eleitos para as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Como se vê, cuida-se de matéria completamente estranha àquela discutida nestes autos, inexistindo qualquer aderência com o tema da convocação de suplentes de parlamentar licenciado, circunstância que não autoriza, ***data maxima venia***, a invocação de tais precedentes para subsunção à hipótese ***sub judice*** e tampouco a mudança da orientação preconizada pela jurisprudência desta Corte.

Mas não é só.

Consoante ponderou a d. Procuradoria Geral de Justiça, a Câmara Municipal de Sorocaba distanciou-se da razoabilidade e do interesse público, pois o afastamento de vereador em curtos períodos de tempo não é passível de comprometer a atividade parlamentar, não se mostrando, ***ipso facto***, necessária e tampouco útil a convocação indiscriminada de suplentes que, aliás, passam a perceber subsídios pelo exercício transitório do mandato, gerando despesas ao erário, o que não se coaduna com o ordenamento constitucional.

É entendimento consagrado pelo E. Supremo Tribunal Federal que a razoabilidade constitui parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais, considerando que *"todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade" (ADI nº 2.667 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello)*.

Na lição de Alexandre de Moraes, *"o princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas –, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes" (Direito Constitucional Administrativo, ed. Atlas, 2007, pág. 97)*.

Destaco, a propósito, precedente da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO 'OU LICENÇA' PREVISTA NO ARTIGO 60 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES E § 4º DO ARTIGO 76 DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES – CONVOCAÇÃO IMEDIATA DE SUPLENTE NO CASO DE LICENÇA DE

Acesso ao Sumário

1 *"**Art. 57.** O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.*
(...)
§ 4º Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente".

VEREADOR – IMPOSSIBILIDADE – APENAS AFASTAMENTOS SUPERIORES A CENTO E VINTE DIAS QUE AUTORIZAM A SUPLÊNCIA – OFENSA, ADEMAIS, AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 17, § 1º, 111 E 144, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE. Não é qualquer licença de vereador que permite a suplência, mas apenas aquelas que ultrapassam o período de cento e vinte dias, afastando-se a norma local do modelo previsto pelos legisladores constituintes federal e estadual, em flagrante descompasso com o princípio da simetria. 'Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade' (ADI nº 2.667 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello)" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2009208-76.2020.8.26.0000, Relator o signatário – Data do Julgamento: 02/09/2020).

Como corolário, na hipótese vertente, os dispositivos objurgados violam os princípios da simetria, da razoabilidade e do interesse público, tipificando nítida infringência aos artigos 17, § 1º, 111 e 144, todos da Constituição Estadual.

Por razões de segurança jurídica e relevante interesse social, impõe-se a modulação dos efeitos desta decisão, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, na medida em que a eficácia ***ex tunc*** poderia atingir situações jurídicas consolidadas já que os suplentes convocados praticaram inúmeros atos sob a égide dos textos normativos ora reputados inconstitucionais, sendo razoável preservar sua validade, passando o julgado a produzir efeitos a partir desta data.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade ***a)*** da expressão *"licença"* contida no § 2º do artigo 66 da Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007 da Câmara Municipal de Sorocaba; ***b)*** do § 1º do artigo 68 da Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007 da Câmara Municipal de Sorocaba, na redação dada pela Resolução nº 477/19; e ***c)*** da expressão *"licença"* contida no artigo 16, ***caput***, da Lei Orgânica do Município de Sorocaba, com efeito ***ex nunc***, nos termos do acórdão. Comunique-se oportunamente à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/1999.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154046-78.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,

são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BEBEDOURO e MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE BEBEDOURO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.418)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, PERCIVAL NOGUEIRA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Dispositivos da Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro, que instituem o "auxílio para diferença de caixa", a "gratificação pela elaboração de trabalho técnico ou científico, de utilidade pública para o serviço público", a gratificação "pelo exercício de função fiscal, de motorista de gabinete ou de ônibus e de operador de máquinas", a "gratificação de gestão educacional", a "gratificação de assiduidade" e o "auxílio para diferença de caixa".

Impossibilidade de concessão pelo simples fato do cumprimento de atribuições do cargo público ou de deveres funcionais, que não devem ser premiados. Inobservância ao interesse público e às exigências do serviço. Inconstitucionalidade da delegação ao Chefe do Poder Executivo dos poderes de conceder e de fixar o montante das gratificações. Matéria sujeita à reserva legal. Gratificações que ofendem os princípios constitucionais da Administração Pública. Desrespeito aos artigos 5º, 24, § 2º, 1, 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Ressalva apenas quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data da concessão da liminar.

Ação julgada procedente, com observação.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra o inciso VI do artigo 140, incisos VII, VIII, IX e X do artigo 146, e artigos 159, 160, 161, 161-A, 161-B, 161-C, 161-D e 167 da Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro.

Transcreve os dispositivos legais impugnados, que sustenta ofenderem os artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal, além de 5º, 24, § 2º, 1, 111, 128 e 144 da Constituição Estadual. Discorre sobre a natureza das gratificações, citando doutrina. Afirma que a gratificação de gestão educacional, concedida aos integrantes das classes de suporte pedagógico do magistério em efetivo exercício, é genérica e não observa critérios objetivos para a concessão, deixando de atender ao interesse público e às exigências do serviço. Acrescenta que a gratificação por assiduidade e o auxílio para diferença de caixa remuneram o mero adimplemento de deveres funcionais ordinários e inerentes às atribuições dos cargos. Conclui que as vantagens vulneram os princípios da moralidade, do interesse público, da igualdade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Assere, ainda, que a gratificação pelo exercício de funções específicas implanta tratamento desigual em detrimento dos trabalhadores em geral, ferindo a isonomia e a impessoalidade. Argumenta que, ao remunerar atribuições específicas sem a devida justificativa, as gratificações impugnadas sugerem o desempenho de funções de outros cargos públicos, violando a regra do concurso público. Diz também que a definição de que cabe ao Chefe do Poder Executivo arbitrar o valor de algumas gratificações, dentre as quais a gratificação pela elaboração de trabalho técnico ou científico, desatende a reserva absoluta de lei, violando os princípios da legalidade, da moralidade, da igualdade e da impessoalidade. Cita jurisprudência. Assevera que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/26).

Acesso ao Sumário

Foi concedida a liminar (fls. 309/310).

O Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo – APEOESP – pleiteou (fls. 375/376) seu ingresso na condição de *amicus curiae*, o que foi deferido, e a reconsideração do julgado, que foi indeferida (fls. 389/390).

Os réus apresentaram informações (fls. 379/388 e 396/402).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Pro-

curador Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 404).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 410/426).

É o relatório.

Pretende o Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo obter a declaração da "[...] inconstitucionalidade do inciso VI do art. 140, dos incisos VII, VIII, IX e X do art. 146, e dos arts. 159, 160, 161, 161-A, 161-B, 161-C, 161-D e 167 da Lei nº 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro" (fls. 23).

Assim dispõe, no que interessa, a Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro, que "disciplina o regime jurídico dos funcionários e servidores públicos do Município de Bebedouro", em sua redação consolidada:

Art. 140. Além do vencimento, serão concedidas aos servidores ou funcionários as seguintes vantagens:

[...]

VI – auxílio para diferença de caixa;

[...]

Art. 146. Será concedida gratificação:

[...]

VII – pela elaboração de trabalho técnico ou científico, de utilidade para o serviço público.

VIII – pelo exercício de função de fiscal, motorista de gabinete ou de ônibus e de operador de máquinas;

IX – de assiduidade;

X – de Gestão Educacional. (acrescido pela Lei Complementar n. 132/2020)

[...]

SUBSEÇÃO VII

PELA ELABORAÇÃO DE TRABALHO TÉCNICO OU CIENTÍFICO

Art. 159. A gratificação pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico, de utilidade para o serviço público, será arbitrada pelo Prefeito.

SUBSEÇÃO VIII

PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES ESPECÍFICAS

Art. 160. Aos servidores ou funcionários a que foram dadas atribuições de fiscal, motorista de gabinete ou de ônibus e, operador de máquinas de elevado porte, poderá ser concedido uma gratificação, arbitrada pelo

Acesso ao Sumário

Prefeito, limitada, no máximo, ao valor da respectiva referência.

SUBSEÇÃO IX

ASSIDUIDADE

Art. 161. O servidor ou funcionário municipal que nos últimos seis meses não tiver nenhuma falta ao trabalho e não sofrer nenhuma penalidade administrativa, receberá uma gratificação de até vinte por cento, calculada sobre a sua respectiva referência.

§ 1º As faltas a que se refere este artigo serão computadas as injustificadas, atestados médicos, abonadas, licença para tratamento da própria saúde ou de pessoas da família, licença sem vencimentos, excluir-se-ão somente as faltas provocadas por acidentes de trabalho devidamente comprovado por perito da Prefeitura Municipal, licença nojo, licença gestante, licença gala e licença paternidade.

§ 2º O servidor ou funcionário que tiver sua gratificação interrompida, por qualquer motivo, somente terá direito a nova concessão após seis meses de cumprimento das exigências do presente artigo.

§ 3º A presente gratificação só será incorporada à aposentadoria após recebimento por cinco anos consecutivos e ininterruptos.

§ 4º A presente gratificação não é extensiva aos plantonistas.

[...]

SUBSEÇÃO X

GESTÃO EDUCACIONAL

Art. 161-A. Fica instituída a Gratificação de Gestão Educacional – GGE –, a ser concedida aos integrantes das classes de suporte pedagógico do Magistério em efetivo exercício no âmbito da Secretaria Municipal de Educação de Bebedouro.

Parágrafo único. A gratificação de que trata o caput deste artigo será concedida por ato do prefeito.

Art. 161-B. A Gratificação de Gestão Educacional – GGE – será calculada mediante a aplicação de percentuais do salário inicial de que trata o Anexo III da Lei n. 4.072, de 30 de dezembro de 2009, alterada pela Lei n. 5.357, de 12 de fevereiro de 2019, na conformidade de 20% (vinte por cento) para Diretor de Escola e Supervisor de Ensino.

§ 1º O valor da gratificação de que trata o caput deste artigo será computado para o cálculo do décimo terceiro salário, das férias e do acréscimo de 1/3 (um terço) de férias.

§ 2º Sobre o valor da gratificação de que trata este artigo incidirão os descontos previdenciários.

Art. 161-C. O servidor não perderá o direito à percepção da Gratificação

Acesso ao Sumário

de Gestão Educacional – GGE – nas hipóteses previstas no artigo 80 desta lei.

Art. 160-D. Em caso de substituição, igual ou superior a 30 (trinta) dias, os substitutos dos titulares de cargo de Diretor de Escola e Supervisor de Ensino farão jus à Gratificação de Gestão Educacional – GGE.

[...]

SEÇÃO VI

DO AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA

Art. 167. O auxílio para diferença de caixa, concedido aos tesoureiros ou caixas que, no exercício do cargo, paguem ou recebam em moeda corrente, é fixado em vinte por cento sobre o valor da sua respectiva referência.

Parágrafo único. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre vinte e duas e cinco horas, terá o valor-hora acrescido de vinte por cento, computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos.

O autor da ação alega que a legislação impugnada ofende os seguintes dispositivos constitucionais, aplicáveis aos Municípios em função do princípio da simetria[1]:

Constituição Estadual

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§ 1º – É vedado a qualquer dos Poderes *delegar atribuições.*

§ 2º – O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[...]

§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

[...]

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de

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.

qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

Constituição Federal

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

A ação é procedente.

Discutem-se na presente ação os seguintes vícios apontados pelo autor:

Quanto às gratificações "auxílio para diferença de caixa", "gratificação pela elaboração de trabalho técnico ou científico, de utilidade

Acesso ao Sumário

pública para o serviço público", "gratificação pelo exercício de função fiscal, de motorista de gabinete ou de ônibus e de operador de máquinas" e "gratificação de gestão educacional", questiona-se a previsão de concessão ou arbitramento do valor pelo Chefe do Executivo;

Com relação à "gratificação de assiduidade" e ao "auxílio para diferença de caixa", analisa-se a impossibilidade de concessão de benefício fundado em deveres funcionais ou em atividade típica do cargo público.

Como é cediço, "vantagens pecuniárias são as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente. Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem. Esses fatos podem ser das mais diversas ordens: desempenho das funções por certo tempo; natureza especial da função; grau de escolaridade, funções exercidas em gabinetes de chefia; trabalho em condições anormais de dificuldades etc." (José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 750. g.n.).

Portanto, a vantagem pecuniária não é contraprestação adequada ao simples exercício das atribuições normais do cargo público, que são remuneradas por meio da remuneração básica, o salário-base.

Conforme supratranscrito, as gratificações "auxílio para diferença de caixa", "gratificação pela elaboração de trabalho técnico ou científico, de utilidade pública para o serviço público", "pelo exercício de função fiscal, de motorista de gabinete ou de ônibus e de operador de máquinas" e "gratificação de gestão educacional", instituídas pela lei impugnada, são deferidas ao servidor conforme arbítrio do Prefeito Municipal.

A lei impugnada confere ao administrador público as atribuições de justificar o cabimento das vantagens e de fixar seu valor.

Trata-se de previsão de gratificações genéricas, desvinculadas do exercício de atividades ou de condições do servidor público que as justifiquem, e de valor incerto, fixado a juízo do gestor.

Como é cediço, o regime jurídico dos servidores públicos – notadamente, o regramento de sua remuneração – submete-se ao princípio da reserva legal. O cabimento e o montante de vantagens pecuniárias deve ser objeto de lei, e a delegação dessa definição ao administrador aumenta-lhe despropositadamente a discricionariedade.

A gratificação pelo desempenho de atribuições de fiscal, motorista de gabinete ou de ônibus e de operador de máquinas de elevado porte, aliás, são genéricas e não indicam o fato ensejador de sua concessão. Deixa de atender,

Acesso ao Sumário

portanto, ao interesse público e à finalidade pública.

É o caso, também, da gratificação de gestão educacional. Conforme pontua a douta Procuradoria Geral de Justiça, "[e]mbora não se desconsidere a importância e a necessidade de bem remunerar os servidores públicos, é necessário que a vantagem pecuniária atenda efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço, assim como respeite os princípios orientadores da Administração Pública, constitucionalmente previstos. Verifica-se, no caso, a instituição de vantagem sem a indicação da situação anormal ou extraordinária que justifique a sua concessão, o que possibilita a percepção da referida vantagem pecuniária por servidores que exerçam atividades inerentes ao próprio cargo ou pelo desempenho de atribuições de outro cargo público, relativizando a regra do concurso público. Em outras palavras, trata-se de gratificação genérica, estabelecida sem a previsão de critérios objetivos para identificação da causa para a sua outorga, o que, em tese, poderia ensejar o pagamento pelo desempenho de atribuições de outro cargo público, violando, inclusive, a regra do concurso público." (fls. 416, g.n.).

Nessa esteira, a "gratificação de assiduidade" e o "auxílio para diferença de caixa" deixam de atender ao interesse público e às exigências do serviço – posto que pretendem remunerar funções atribuídas aos cargos públicos em análise ou a simples observância aos deveres de probidade e de cuidado com a coisa pública que são inerentes ao serviço público. A lei não especifica nenhuma atividade ou característica justificadora da concessão do benefício, onerando despropositadamente os cofres públicos. Ofendem, por isso, os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da igualdade e da impessoalidade, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Não há, assim, justificativa para a concessão dos mencionados benefícios, na medida em que seu intuito acaba sendo o de favorecer determinado grupo de servidores, aumentando-lhes a remuneração, em evidente afronta aos princípios previstos no art. 111 da Constituição Estadual.

Analisando casos semelhantes, assim já entendeu este Colendo Órgão Especial:

> *I. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inciso II do art. 96; art. 98 e seu parágrafo único; art. 108, caput, e seus incisos I, II, III, IV, V e VI, da Lei Complementar nº 499, de 22 de dezembro de 2010, do Município de Jundiaí. Instituição de gratificação pecuniária a servidores municipais pela prestação de serviços especiais e de abono familiar. II. Gratificação pela prestação de serviços especiais: benefício genérico. Fixação da vantagem sem qualquer critério objetivo para a concessão. Violação ao princípio da reserva legal. Inconstitucionalidade de norma que confere ao administrador excessiva discricionariedade. Ofensa aos artigos*

Acesso ao Sumário

111, 124, § 1º, e 128 da CE/89. III. Abono familiar: constitucionalidade da previsão. Necessário, contudo, conferir ao artigo 108 interpretação conforme à *Constituição Federal, limitando-se a concessão do benefício aos servidores de baixa renda, de acordo com os critérios fixados pela regulamentação do salário-família no âmbito federal, até a superveniência de norma municipal disciplinando o tema. IV. Pedido julgado parcialmente procedente. Impedida, contudo, a repetição dos valores recebidos de boa-fé até o presente julgamento. Segurança jurídica. Art. 27 da Lei nº 9.868/1999.* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2236737-86.2020.8.26.0000; Relator: Des. Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 26/05/2021; Data de Registro: 02/06/2021)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PARÁGRAFO 2º, DO ARTIGO 55, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 51, DE 27 DE JANEIRO 2012, DO MUNICÍPIO DE CAIUÁ, QUE PREVÊ A PERCEPÇÃO DE 'DÉCIMO-QUARTO SALÁRIO', NA DATA DO ANIVERSÁRIO DO SERVIDOR MUNICIPAL ASSÍDUO – AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – VERBA QUE TRADUZ VANTAGEM PECUNIÁRIA EM RAZÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO – AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA FINALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO." "Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito à remuneração de seus servidores, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante". "As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta". "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." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2195357-83.2020.8.26.0000; Relator: Des. Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 07/04/2021; Data de Registro:

Acesso ao Sumário

12/05/2021)

Assim, é manifesta a incompatibilidade dos dispositivos legais impugnados com os artigos 5º, 24, § 2º, 1, 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

Por fim, faz-se necessária ressalva, em observância ao princípio da segurança jurídica, quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé pelos servidores, visto que tais verbas possuem natureza alimentar.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 140, incisos VII, VIII, IX e X do artigo 146, e artigos 159, 160, 161, 161-A, 161-B, 161-C, 161-D e 167 da Lei n. 2.693, de 26 de agosto de 1997, do Município de Bebedouro, observada a irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data da concessão da liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2147570-24.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SALTO DE PIRAPORA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALTO DE PIRAPORA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.952)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, PERCIVAL NOGUEIRA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO 'VENCIMENTOS' CONSTANTE DO ARTIGO 127 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 20, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1994, A

Acesso ao Sumário

QUAL 'DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – ALEGAÇÃO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO EM DESCONFORMIDADE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ENSEJANDO CRIAÇÃO DE 'EFEITO CASCATA' (ARTIGOS 115, INCISO XVI, 129 E 144 DA CE) – POSTERIOR EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 15/2021, QUE PROMOVEU ALTERAÇÃO NO DISPOSITIVO IMPUGNADO, SANANDO O VÍCIO QUE FUNDAMENTOU A PRETENSÃO INICIAL – MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL PUGNANDO PELO RECONHECIMENTO DA PERDA DO OBJETO DA AÇÃO – PRECEDENTES – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade voltada contra expressão "vencimentos" constante do artigo 127 da Lei Complementar nº 20, de 10 de novembro de 1994, a qual *"dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais e dá outras providências"* (fls. 59).

Delineada ***causa petendi*** repousa na alegada concessão de adicional por tempo de serviço com adoção de base de cálculo correspondente à totalidade dos vencimentos do servidor, possibilitando assim a ocorrência de "efeito cascata", em desalinho aos artigos 115, inciso XVI, 129 e 144 da Constituição Estadual.

A liminar restou indeferida a fls. 134/135.

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Salto do Pirapora a fls. 143/149 aduziu a superveniente ausência de interesse de agir, em razão da aprovação do projeto de lei complementar n° 0015/2021, suprimindo o vício de inconstitucionalidade apontado, e defendeu a competência privativa do chefe do Poder Executivo para edição de ato normativo, bem como a regularidade de seu respectivo processo legislativo.

Citado, o Procurador-Geral do Estado deixou transcorrer ***in albis*** o prazo para manifestação (fls. 168).

Em nova petição (fls. 173/176), o Prefeito Municipal de Salto de Pirapora asseverou a necessidade de julgamento de mérito em razão da inocorrência de alteração substancial do preceito questionado. Aduziu que inúmeras ações foram propostas por servidores pleiteando o pagamento do adicional por tempo de serviço sobre os "vencimentos", razão pela qual se mostra necessária a aprecia-

Acesso ao Sumário

ção de inconstitucionalidade desta expressão. Ressaltou, por fim, que a análise do dispositivo questionado deve se dar também à luz do art. 129 da Constituição Paulista.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer acostado a fls. 339/343, opinou pela extinção do processo sem resolução do mérito.

É o Relatório do essencial.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico a expressão "vencimentos" constante do artigo 127 da Lei Complementar nº 20, de 10 de novembro de 1994, a qual *"dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais e dá outras providências"* (fls. 59). No que interessa ao debate, assim dispunham os artigos 2º, inciso VII, e 127 da norma em questão:

> *"Art. 2º – Para efeitos de desta Lei considera-se:*
>
> *(...)*
>
> *VII – VENCIMENTOS – A retribuição pecuniária básica fixada em Lei, paga mensalmente ao funcionário público pelo exercício do seu cargo correspondente a seu padrão, incluídas as gratificações e adicionais.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 127 – O adicional por tempo de serviço é devido à razão de 1% (um por cento) por ano completo de serviço público efetivo, incidente sobre os* ***vencimentos****, contados de 1º de janeiro a 31 de dezembro."* – destacado.

Ocorre que, segundo se aferiu na documentação encartada com as informações, foi promulgada a Lei Complementar nº 15/2021 (fls. 163/166), que deu nova redação aos dispositivos acima, passando a prever o seguinte:

> *"Art. 2º – Para efeitos de desta Lei considera-se:*
>
> *(...)*
>
> *VII – VENCIMENTO – A retribuição pecuniária básica fixada em Lei, paga mensalmente ao funcionário público pelo exercício do cargo correspondente a seu padrão.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 127 – O adicional por tempo de serviço é devido à razão de 1% (um porcento) por ano completo de serviço público efetivo, incidente sobre o vencimento."*

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, possível concluir que interpretação decorrente da aplicação conjunta de ambos os dispositivos, em sua nova redação, obsta o questionado "efeito cascata" no que tange ao adicional por tempo de serviço, excluindo de sua base de cálculo as gratificações e os adicionais eventualmente concedidos.

Tal circunstância implica verdadeira perda do objeto da ação, esvaído o interesse processual em seu aspecto de utilidade/necessidade, consoante sustentado na manifestação ministerial de fls. 339/343, e referendado pela jurisprudên-

cia do C. Supremo Tribunal Federal, ***verbis***:

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 15.227/2006 do Estado do Paraná objeto de fiscalização abstrata. 3. Superveniência da Lei estadual 15.744/2007 que, expressamente, revogou a norma questionada. 4. Remansosa jurisprudência deste Tribunal tem assente que sobrevindo diploma legal revogador ocorre a perda de objeto. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada".

(STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.885/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 06 de junho de 2013).

O entendimento deste C. Órgão Especial converge no mesmo sentido, conforme se afere nos seguintes julgados:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS E EXPRESSÕES DAS LEIS Nºs 2063/2002, 2134/2003, 2260/2005 E 2762/2011. ***INFORMAÇÕES DANDO NOTÍCIAS DE REVOGAÇÃO DAS NORMAS IMPUGNADAS POR ESTA VIA. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR POR PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO****. AÇÃO EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 485, VI DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2064293-52.2017.8.26.0000, Rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. em 09 de agosto de 2017, destacado).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Alínea 'd' do artigo 67 e do inciso IV do artigo 68, da Lei Complementar nº 138, de 12 de março de 2010, na redação dada pela Lei Complementar nº 291, de 10 de dezembro de 2015, que 'dispõe sobre a reestruturação do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, dos servidores públicos do Município de Embu e dá outras providências' e, por arrastamento, do Decreto Municipal nº 953, de 02 de junho de 2015, do Município de Embu das Artes – ***Dispositivos revogados pela Lei Complementar nº 330, de 09 de junho de 2017, do Município de Embu das Artes – Perda superveniente do objeto da ação e, por consequência, do interesse de agir*** *– Eventuais efeitos concretos dos dispositivos revogados deverão ser examinados pela via própria – Carência superveniente reconhecida, dada a perda do objeto – Extinção do processo, sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Processo extinto sem resolução de mérito."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2055397-20.2017.8.26.0000, Rel. Des. RICARDO ANAFE, j. em 09 de agosto de 2017, destacado).

Por fim, a despeito da manifestação encartada fls. 173/176, inviável o exercício jurisdicional na restrita via da ação direta para deliberar sobre situações pretéritas, não mais vigendo o dispositivo objeto de controle de constitucionalidade.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, julgo extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2232093-66.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPECERICA DA SERRA.

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 53.118)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 2.890, de 14/9/2021, de Itapecerica da Serra, que dispõe sobre o "programa conecta Itap" nas praças, parques, pontos turísticos em todos os espaços públicos de Itapecerica da Serra, promulgada pelo Poder Legislativo do Município de Itapecerica da Serra. Procedência em parte. Acolhimento apenas para declarar inconstitucional a expressão "por intermédio de convênios e parcerias público-privadas (P.P.P)", do parágrafo 1º., do artigo 1º., bem como dos artigos 3º a 6º, da Lei nº 2.890, de 14 de setembro de 2021, do município de Itapecerica da Serra. Edilidade que, especificamente nestes pontos, invadiu as esferas de

Acesso ao Sumário

competências constitucionais do Poder Executivo e de sua respectiva chefia, afrontando a cláusula de separação de poderes.

VOTO

O Prefeito Municipal de Itapecerica da Serra promoveu a presente ação direta para que seja declarada a inconstitucionalidade da lei n. 2.890 de 14 de setembro de 2021. O teor da norma impugnada está a fls. 2/4, 12/14 e 70/72.

Afirma-se a ocorrência de invasão de competência de iniciativa de lei, reservada ao Prefeito consoante disposto na lei orgânica municipal (artigo 58, VI), porque o texto em comento é de iniciativa de Vereador (conforme fl. 12 *in limine*).

Este relator, em 1º/10/2021, deferiu antecipação de tutela para suspender a eficácia do diploma legal em comento (fls. 32/34).

A Câmara Municipal sustentou a constitucionalidade do texto, sob o argumento de ausência de competência privativa do Poder Executivo, bem como a necessidade de o Poder Público contribuir de modo mais concreto para a resolução de problemas de atendimento das necessidades sociais (fls. 40/61).

Citada, a d. Procuradoria-Geral do Estado ficou em silêncio (fl. 64).

A Subprocuradoria-Geral de Justiça é pela procedência parcial (consoante fls. 68/75).

É o relatório.

Voto n. 53.118

-1-

Mera invocação de um texto normativo que se acha inserido em lei orgânica municipal (consoante fls. 5 e 6) *per se* não invalida a propositura desta ADI.

De todo o modo, é oportuno rememorar que, em demandas de controle de constitucionalidade, servem de paradigmas de contraposição tão-somente a Constituição Federal, quando o *imbróglio* versar sobre normas de reprodução obrigatória (CE, artigo 144), ou, então, dispositivos da Constituição Estadual (CF, artigo 125, § 2º).

Feitos os destaques iniciais, considerando a argumentação do Prefeito, nos foi dado conferir que, pelo menos em parte do texto impugnado, é verificável violação ao disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, **2, e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual**.

Explico: não se há dizer inconstitucional o texto só porque, através dele, ao que se deduz do seu artigo 2º [1], o Poder Legislativo local buscou materiali-

1 Artigo 2º O "Programa Conecta ITAP" tem finalidade instrumentalizar a inclusão digital assegurando o exercício da cidadania, nos termos do art. 7º do Marco Civil da Internet, e visa os seguintes objetivos (...)

Acesso ao Sumário

zar política pública que está nacionalmente consagrada no artigo 7º do Marco Civil da Internet (lei federal n. 12.965, de 23/4/2014), confira-se: *"O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos"* (*verbis*).

Pode sim o Poder Legislativo estabelecer políticas públicas, porém, contudo, **desde que respeite a delimitação constitucional de separação de poderes**.

A situação ficou bem esclarecida quando da edição da tese de repercussão geral, por ocasião do Tema 917 do Excelso Pretório (*verbis*):

> *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal)".*

E *per relationem* aqui também cabe recordar importante excerto extraído do r. parecer do e. Dr. Wallace Paiva Martins Junior, Subprocurador-Geral de Justiça:

> *"(...) atendendo-se à natureza e à extensão da divisão funcional do poder, é lícito ao Poder Legislativo – assim como ao Poder Executivo pelos instrumentos normativos à sua disposição – instituir políticas públicas desde que não tangencie o núcleo da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo com geração de despesas; servidores públicos e seu regime jurídico etc.) ou da reserva da Administração (direção superior das atividades administrativas; organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo sem geração de despesas; prática de atos da Administração etc.).*
>
> *(...)*
>
> *Em outras palavras, ao Poder Legislativo será consentido estabelecer o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, mas não como fazê-lo, porque, salvo competências constitucionalmente vinculadas, remanesce ao Poder Executivo, como órgão de governo, a escolha dos meios de cumprimento das obrigações fixadas pelo Parlamento, e que se rende ao âmbito de sua discricionariedade (escolhas, opções, alternativas) – simples ou técnica – à luz da realidade e da possibilidade da medida dos recursos (humanos, materiais) disponíveis, da influência da técnica, da ciência e da tecnologia, das condicionantes do ordenamento jurídico inteiro, e dos aspectos econômicos, financeiros e orçamentários (...)".*

-2-

Do mesmo modo, o problema não está no que diz respeito à dotação orça-

mentária, sabido de todos que eventual ausência de recursos conduz à ineficácia do dispositivo, senão ao retardo de sua efetivação material, nunca, no entanto, sua inconstitucionalidade.

-3-

Ao que parece, pese as melhores intenções da Edilidade, em certos tópicos a lei ora impugnada provocou contradições em relação a enunciados constitucionais que predicam reservas para iniciativa legislativa atribuída à Administração.

Nesses exatos termos, então, exsurgiu embaraço, destacadamente no tocante à feitura de convênios.

Desde logo remetemos à leitura do artigo 6º da lei n. 2.890, de 14/9/2021, segundo o qual o Município está autorizado pela Edilidade a celebrar convênios, contratos ou parcerias.

E ainda a respeito das *parcerias*, pedimos igual atenção para os artigos 1º, 3º e 5º, que literalmente mencionam existências de parcerias público-privadas.

Observo de antemão não ter relevância o caráter meramente *autorizador* da lei impugnada, na medida em que o Prefeito não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência. Vale dizer, em verdade a norma impugnada contém indisfarçável "determinação". Esse modelo interpretativo, noutro caso, já serviu para obstar situação assemelhada, confira-se o resultado da ADIN n. 0283820-50.2011, relator o Desembargador Walter de Almeida Guilherme, j. 25/04/2012.

Tratando da repartição de atividades entre o Executivo e o Legislativo, acerca da separação de poderes, bem esclarece o magistério de Hely Lopes Meirelles:

> *"(...) em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. [Repita-se] (...) 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 (...) A* Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução (...)" (Direito Municipal Brasileiro, 17ª

Acesso ao Sumário

edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador), Malheiros Editores, p. 631).

E a nossa jurisprudência repete mesma orientação:

"(...) a competência da Câmara Municipal se circunscreve à edição de normas gerais e abstratas, ficando a cargo do Chefe do Poder Executivo a direção superior da administração, disciplinando situações concretas e adotando medidas específicas de planejamento, organização e execução de serviços públicos" (ADI nº 2072130-27.2018.8.26.0000. Relator: Des. Renato Sartorelli, j. 15/08/2018).

Data vênia, na esteira do retro devidamente destacado, a instituição pelo parlamento municipal de obrigação para o Executivo (*confira-se o teor do artigo 6º da lei, vide fl. 13*) resulta em indevida interferência na estrutura administrativa do Poder Executivo, em desatenção aos princípios da separação dos Poderes e da reserva da Administração. O Poder Legislativo não pode impor, sequer "autorizar", o Poder Executivo a celebrar convênios e/ou parceria público-privadas. Trata-se de atos de gestão, vale dizer, atribuição do próprio Executivo.

Então, aquela iniciativa parlamentar invadiu reservas da Administração vulnerando a separação dos poderes e o pacto federativo. A confirmar nossa propositura, os recentes julgamentos neste colendo Órgão Especial recomendam repetição de critérios, vide ADI 2297375-85.2020.8.26.0000, relator o Desembargador James Siano, em 18/8/2021 e ADI 2138640-17.2021.8.26.0000, relator o Desembargador Ferreira Rodrigues, em 20/10/2021.

-4-

Ante o exposto, propomos ao colendo Órgão Especial que julgue procedente em parte a presente ação direta, para afirmar inconstitucionais não apenas a expressão "por intermédio de convênios e parcerias público-privadas (P.P.P.)", do parágrafo 1º., do artigo 1º, como também dos artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Lei nº 2.890, de 14 de setembro de 2021, do município de Itapecerica da Serra.

Não se há falar em modulação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154252-92.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAJAMAR e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAJAMAR.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.934)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 124, do Município de Cajamar, que cria cargos comissionados de "Assessor Executivo", "Assessor Nível I", "Assessor Nível II", "Chefe de Divisão Administrativa", "Chefe de Divisão de Assistência Social", "Chefe de Divisão de Atendimento ao Segurado", "Chefe de Divisão de Cadastro", "Chefe de Divisão de Concessão de Benefícios", "Chefe de Divisão de Contabilidade e Finanças", "Chefe de Divisão de Tecnologia da Informação" e "Diretor do Departamento Jurídico". Atividades técnicas e operacionais que não se adequam à previsão do artigo 115, V, da Constituição do Estado. Tema 1010 do STF. Ação julgada procedente, com modulação.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 124, do Município de Cajamar, que dispõe sobre a reestruturação administrativa do Instituto de Previdência Social dos Servidores de Cajamar (PPSSC), criando cargos comissionados de "Assessor Executivo", "Assessor Nível I", "Assessor Nível II", "Chefe de Divisão Administrativa", "Chefe de Divisão de Assistência Social", "Chefe de Divisão de Atendimento ao Segurado", "Chefe de Divisão de Cadastro", "Chefe de Divisão de Concessão de Benefícios", "Chefe de Divisão de Contabilidade e Finanças", "Chefe de Divisão de Tecnologia da Informação" e "Diretor do Departamento Jurídico". Aponta-se violação aos artigos 98, 99,

Acesso ao Sumário

100, 111, 115, II e V e 144 da Constituição do Estado porque aos cargos comissionados criados não corresponde atribuição de direção, chefia ou assessoramento cometida a quem a exerce, ademais que pressuponha especial relação de confiança.

Sem pleito liminar, e processado o feito (fls. 295), foram prestadas informações pelo Prefeito Municipal, defendendo o comissionamento havido por se ter em vista atribuição, em todos os casos, de direção, chefia e assessoramento (fls. 315/324), e pelo Presidente da Câmara Municipal, descrevendo o processo legislativo (fls. 330/333).

A Procuradoria Geral do Estado se manifestou no sentido da ausência de exigência aos Municípios de observância do modelo estadual para organização da advocacia pública (fls. 304/313).

A Procuradoria Geral de Justiça reiterou a procedência da ação (fls. 351/359).

É o relatório.

A ação procede.

São as seguintes as atribuições dos cargos comissionados criados na estrutura da autarquia municipal:

ASSESSOR EXECUTIVO

• Conhecer e aplicar os princípios e normas que regem a gestão pública em seus aspectos previdenciários, administrativos e financeiros, garantindo a transparência dos procedimentos e o zelo comum na concessão bem sucedida dos benefícios disponíveis;

• Conhecer as normas de previdência, garantindo a correta aplicação de regras de funcionamento e organização do regime próprio de previdência, respeitando e fazendo respeitar os direitos e deveres de todos os integrantes do sistema de previdência e assistência à saúde, bem como liderar o processo de adequação e/ou aprimoramento das normas internas;

• Consultar e interpretar a Legislação de Previdência;

• Dominar conceitos de redação para instruir, elaborar fundamentação e pareceres conclusivo em expedientes ou processos e, quando necessário, dar o encaminhamento pertinente;

• Representar o Diretor Executivo em eventos, inaugurações, com autoridades, quando requisitado;

• Atender os segurados e outras pessoas que necessitem de informações sobre as atividades administrativas da Autarquia, fornecendo-as de conformidade com as normas existentes;

• Controlar o cumprimento de providências administrativas dentro de seus respectivos prazos, bem como marcar e controlar os compromissos do Diretor Executivo;

Acesso ao Sumário

• Propor medidas administrativas tendentes a melhorar o grau de eficiência e eficácia dos serviços prestados pela Autarquia;

• Zelar para que sejam cumpridas, pelos servidores autárquicos, a legislação vigente e as orientações do Ministério da Previdência Social;

• Manter-se atualizado sobre as normas e sobre a estrutura organizacional do IPSSC;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

ASSESSOR NÍVEL I

• Assegurar consultas aos Processos Administrativos, situação destes, encaminhando o segurado ao setor responsável, quando for o caso;

• Prestar informações gerais;

• Verificar preliminarmente a pertinência das demandas dos segurados com as possibilidades de atendimento nos Departamentos correspondentes;

• Assessorar as Divisões e representá-las, quando solicitado;

• Manter-se atualizado sobre as normas e sobre a estrutura organizacional do IPSSC;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

ASSESSOR NÍVEL II

• Sempre que possível prestar atendimento individual ao segurado, de assunto de baixa e média complexidade;

• Realizar a orientação, o acompanhamento e o atendimento de demandas: social e sócio-político-organizacional;

• Realizar cálculos, análise e interpretação de dados;

• Coordenar o recadastramento de segurados, mediante diretrizes fixadas pelo superior hierárquico;

• Assessorar os Departamentos e representá-los, quando solicitado;

• Manter-se atualizado sobre as normas e sobre a estrutura organizacional do IPSSC;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da

Acesso ao Sumário

eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

CHEFE DA DIVISÃO ADMINISTRATIVA

• Coordenar os lançamentos relativos à geração das folhas de pagamento dos servidores da autarquia, e dos benefícios de aposentadorias e pensões;

• Manter o registro de servidores da autarquia, assim como os controles relativos às férias, afastamentos, licenças e faltas justificadas, injustificadas ou abonadas;

• Manter atualizados os prontuários dos servidores da autarquia, com o registro de todas as ocorrências pertinentes, especialmente as alterações de denominação de cargos, ou do padrão de vencimentos, a majoração de vencimentos, a concessão de quaisquer vantagens decorrentes de Portaria ou de Lei, as punições disciplinares, as incorporações de vantagens ou diferenças de remuneração, a indicação da remuneração total e da base de contribuição de cada servidor;

• Gerar e transmitir anualmente a RAIS – Relação Anual de Informações Sociais e a DIRF – Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte;

• Gerar e transmitir mensalmente, através de programas próprios, a GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social;

• Auxiliar na preparação de informações e documentos relativos à prestação de contas anual junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Ministério da Previdência Social;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter-se atualizado sobre as normas e sobre a estrutura organizacional do IPSSC;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

CHEFE DE DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

• Coordenar as visitas sociais aos segurados em casos de afastamento por auxílio doença, ou inclusão de dependentes;

• Averiguar e responsabilizar-se pelas visitas aos dependentes cadastrados como companheiros, pais ou incapazes para comprovação de mesmo domicílio e/ou dependência econômica;

• Emitir relatórios e pareceres ao Conselho Administrativo e à Diretoria Executiva;

• Coordenar os estudos e pesquisas no campo de serviço social, progra-

Acesso ao Sumário

mas de trabalho, problemas relacionados com o trabalho, analisando as propostas sociais para a resolução e encaminhando ao superior imediato;

• Rever as visitas e interpretação das pesquisas sociais realizadas pela Assistente Social;

• Responsabilizar-se por equipes auxiliares necessárias à execução de atividades próprias do serviço social;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

CHEFE DE DIVISÃO DE ATENDIMENTO AO SEGURADO

• Coordenar os procedimentos para inclusão de dependentes e para concessão de benefícios previdenciários;

• Supervisionar o cadastramento de segurados e seus dependentes bem como as informações relativas ao tempo de serviço anterior ao serviço público municipal;

• Responsabilizar-se pelas informações gerais sobre a inclusão de dependentes e sobre os benefícios previdenciários de aposentadoria, pensão, auxílio-doença, salário maternidade e auxílio-reclusão;

• Avaliar, em conjunto com a perícia ou junta médica, e determinar a situação de incapacidade temporária ou definitiva dos segurados, emitindo laudo pericial para concessão de benefícios;

• Verificar a possibilidade de o segurado em gozo de auxílio-doença estar exercendo outra atividade incompatível com o tratamento de sua doença;

• Registrar e controlar as concessões, prorrogações, alterações e o encerramento dos benefícios de auxílio-doença;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

CHEFE DE DIVISÃO DE CADASTRO

• Coordenar o registro de certidões de tempo de contribuição emitidas por outros regimes de previdência;

• Supervisionar o cadastro e recadastramento de companheiros, pais, irmãos, enteados e menores sob tutela no rol de dependentes dos se-

Acesso ao Sumário

gurados, bem como, os cadastramentos de aposentados e pensionistas;

• Verificar a situação de dependência e/ou vínculo dos beneficiários cadastrados, em relação ao segurado, promovendo, com o auxílio da assessoria jurídica e da Divisão de Concessão de Benefícios, a justificação administrativa, na forma da lei;

• Controlar as datas de perícias e de justificação administrativa solicitadas;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

CHEFE DE DIVISÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS

• Coordenar a atividade de cálculo do tempo de contribuição e a média das remunerações para concessão de aposentadoria;

• Determinar o período dos benefícios de auxílio-doença e salário maternidade;

• Acompanhar a realização do cálculo atuarial;

• Responsabilizar-se pela instrução de processos de benefícios previdenciários, com os documentos, cálculos e laudos e solicitando informações aos órgãos de pessoal dos entes;

• Encaminhar os processos para a realização de perícia e à assessoria jurídica, quando necessário;

• Emitir e publicar as Portarias de concessão de benefícios previdenciários e fazer a comunicação dos benefícios concedidos aos entes e aos segurados;

• Providenciar cópia dos processos de aposentadorias e pensões para encaminhamento ao Tribunal de Contas do Estado;

• Responsabilizar-se pela elaboração das planilhas mensais para pagamento de auxílio-doença, salário-maternidade e auxílio-reclusão;

• Providenciar a indicação de aposentadoria compulsória quando o segurado atingir 70 (setenta) anos de idade;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

CHEFE DE DIVISÃO DE CONTABILIDADE E FINANÇAS

Acesso ao Sumário

• Coordenar os lançamentos contábeis, a geração de relatórios, a emissão e baixa patrimonial de notas de Empenho e respectiva Ordem de Pagamento;

• Instituir mecanismos de controles de estoque de material do almoxarifado através de programa próprio e controle de registro de bens móveis do patrimônio do IPSSC, através de programa próprio;

• Elaborar levantamentos e inventários mensais, anuais ou extraordinários (quando se façam necessários) dos materiais em estoque no almoxarifado e nos diversos setores onde são aplicados;

• Providenciar cópias periódicas de segurança do programa de contabilidade;

• Propor medidas administrativas para melhorar o grau de eficiência dos serviços prestados pela Autarquia;

• Auxiliar na preparação de informações e documentos relativos à prestação de contas anual junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Ministério da Previdência Social;

• Manter-se atualizado sobre as normas e sobre a estrutura organizacional do IPSSC;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

CHEFE DE DIVISÃO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

• Coordenar a realização de serviços técnicos de informática, prestados pelos servidores efetivos de Técnico em Tecnologia da Informação, planejando, avaliando e desenvolvendo sistemas de apoio operacional e de gestão de dados, para maior racionalização e economia na operação;

• Efetuar diagnósticos de sistemas em funcionamento, analisando pontos críticos e propondo soluções;

• Desenvolver projetos do ponto de vista conceitual, lógico e estrutural, confeccionando layout de telas, relatórios e o restante da documentação, bem como definindo módulos, fluxogramas, entradas e saídas, arquivos, especificação de programas e controles de segurança relativos a cada sistema;

• Acompanhar a elaboração e os testes dos programas necessários à implantação de sistemas;

• Participar da análise e definição de novas aplicações para os equipamentos, verificando a viabilidade econômica e exequibilidade da automação;

• Identificar a demanda do IPSSC no que diz respeito a sistemas e apli-

Acesso ao Sumário

cativos;

• Planejar, configurar e avaliar o desempenho dos produtos e serviços de rede, dos sistemas operacionais e respectivas ferramentas e dos recursos de hardware, propondo e implementando soluções de evolução, ampliação de capacidade e correção de falhas;

• Dimensionar as necessidades de recursos de hardware e software básicos, assessorando as unidades do IPSSC na definição de metas e planos de instalação;

• Participar das atividades de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal técnico e auxiliar, realizando-as em serviço ou ministrando aulas e palestras, a fim de contribuir para o desenvolvimento qualitativo dos recursos humanos em sua área de atuação;

• Elaborar projetos para implantação e modernização de TI;

• Planejar, orientar e executar pesquisas na área de sua especialidade profissional;

• Articular ações, integrar equipes, fortalecer a autonomia e a responsabilidade de indivíduos e grupos, desenvolvendo a cultura de participação;

• Atuar no monitoramento de sistema eletrônico de alarmes;

• Manter-se atualizado sobre as normas e sobre a estrutura organizacional do IPSSC;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

DIRETOR DO DEPARTAMENTO JURÍDICO

• Conhecer e aplicar os princípios jurídicos e normas que regem a Administração Pública e a Gestão Previdenciária, garantindo a transparência dos procedimentos e o zelo na concessão dos benefícios disponíveis;

• Supervisionar a atividade jurídica da Autarquia, dando diretrizes, resolvendo conflitos de normas previdenciárias, garantindo a correta aplicação de regras de funcionamento e organização do RPPS, respeitando e fazendo respeitar os direitos e deveres de todos os integrantes do sistema de previdência;

• Estabelecer mecanismos de trabalho para elaboração de pareceres conclusivos em expedientes ou processos e, quando necessário, dar o encaminhamento pertinente;

• Zelar para que sejam cumpridas, pelos servidores autárquicos, a legislação vigente e as orientações do Ministério da Previdência Social;

• Assistir à Diretoria Executiva nas relações com autoridades federais,

Acesso ao Sumário

estaduais e municipais;

• Encaminhar ao servidor responsável as requisições de relatórios, pareceres, portarias, resoluções, contratos, comunicados e despachos em geral, de interesse da autarquia, solicitado pelo Diretor Executivo;

• Auxiliar o Diretor Executivo na realização das providências administrativas prescritas pela legislação e pelas deliberações do Conselho Administrativo do IPSSC;

• Prestar assistência jurídica à Diretoria Executiva e demais unidades administrativas da autarquia, em conjunto com o Procurador Autárquico, orientando em todas as ações administrativas;

• Promover as sindicâncias administrativas e os processos administrativos disciplinares;

• Acompanhar as matérias sob sua responsabilidade, propondo alternativas e promovendo ações para o alcance dos objetivos da organização;

• Responsabilizar-se pelos pareceres vinculantes quanto à concessão de benefícios previdenciários;

• Atribuir ou delegar funções aos seus subordinados;

• Manter conduta profissional compatível com os princípios reguladores da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade e da eficiência, preservando o sigilo das informações;

• Executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.

Pois, do que se vê acima, e já quando não se tem descrição absolutamente genérica ou ainda, não raro, reproduzida para mais de um cargo comissionado, as atribuições a eles cometidas são eminentemente técnicas, operacionais, por isso que sem conformação ao permissivo do artigo 37, V, da Constituição Federal e do artigo 115, V, da Constituição do Estado.

Isso além de chefias com sobreposição de atribuições em relação a diretorias comissionadas que foram mantidas, como as de benefícios e de finanças.

E aqui vale sempre a ressalva de que, se se tem exceção à regra da ocupação de cargo por concurso, ao revés, havendo previsão de livre nomeação e exoneração, impõe-se interpretar de modo restritivo o ato legislativo que cria o cargo em comissão. Conforme já se ressalvou em acórdão deste Órgão Especial, há especial e justificada preocupação com o cargo em comissão, naturalmente, *"porque ocupações dessa natureza (de livre nomeação e exoneração), podem, eventualmente, ser criados (irregularmente) para o desempenho de atividades meramente burocráticas ou técnicas que, na verdade, só poderiam ser preenchidos por servidores aprovados em concurso público, nos termos do art. 115, inciso II, da Constituição Estadual"*. **(ADI n. 2091758-65.2019.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 18.09.2019)**

Acesso ao Sumário

Acode, ainda neste sentido, o enunciado do **Tema 1010** da Suprema Corte: "*a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir*".

Tampouco, insista-se, se pode haurir particular característica de confiança para ocupação do cargo se se a ele atinente o desempenho de funções comuns da Administração.

Particularmente em relação às chefias, cabe remissão de precedente desta Corte **(ADI n. 2072182-52.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 11.08.2021)** quanto assentado pela Suprema Corte, assim no sentido de que *"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)**

Com efeito, sabidamente não atende as exigências do comissionamento o só fato de se tratar de uma chefia, se não se liga à tarefa de fixar – ou assessorar para tanto – verdadeiras diretrizes de gestão, de políticas públicas.

Por fim, quanto à diretoria jurídica, não se discute no feito o cargo de procurador ou advogado geral do Município, a cujo preenchimento realmente não se exige obrigatória observância, no âmbito local, do figurino da Constituição do Estado (art. 100, parágrafo único), de resto como mais recentemente se veio a sedimentar neste Colegiado. O que se discute é o comissionamento específico na espécie, no âmbito da autarquia municipal, com cometimento de atribuições – como no mais – eminentemente técnicas, inclusive a que também já criado cargo efetivo de procurador autárquico, com as atribuições próprias (v. fls. 82).

Acesso ao Sumário

E tal o que não se considera infirmado pela menção da lei a que o diretor jurídico *supervisiona* a *atividade jurídica da autarquia*. Tem-se ainda função técnica própria, ausente especial traço de confiança a se exigir para tanto. Sem contar a messe de atribuições que são meramente operacionais, como a de *en-*

caminhar requisições *ao servidor responsável*, *auxiliar* o Diretor Executivo *na realização de providências administrativas* e mesmo, note-se, "*executar outras tarefas correlatas que lhe forem atribuídas pelo superior imediato.*"

Mesmo quando se menciona a atribuição de *prestar assistência jurídica à Diretoria Executiva e demais unidades administrativas da autarquia*, sintomaticamente se dispõe que isto se dá *em conjunto com o Procurador Autárquico*, bem a reforçar a natureza técnica e, ainda aqui, superposta à do ocupante do cargo efetivo próprio já criado.

Daí acolher-se o pedido inicial, com modulação de 120 dias, a contar do julgamento presente.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** a ação, com modulação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2270869-48.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ADEQUARAM O ACÓRDÃO ORIGINAL, COM DETERMINAÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.347)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, PERCIVAL NOGUEIRA, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Devolução dos autos à Turma julgadora, por determinação do Exmo. Presidente deste E. Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, para adequação da fundamentação ou manutenção da decisão de acordo com o que restou decidido no RE 642.895 (Tema 667) – Lei Complementar nº 1260/15 que foi objeto de ADI também perante o C. Supremo Tribunal Federal – Ação direta de inconstitucionalidade 5817 julgada procedente, com trânsito em julgado – Perda do objeto da presente ADI – Acórdão original adequado, com determinação.

VOTO

Reporto-me aos termos do relatório do v. acórdão da lavra do ilustre desembargador Tristão Ribeiro (fls. 222/223):

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 1.260, de 15 de janeiro de 2015, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a transformação e a extinção dos cargos de Agente Administrativo Judiciário desta Corte, nos termos dos artigos 48, inciso X, da Constituição Federal, e 19, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo.

Aduz o autor, violação à regra constitucional do concurso público.

O Procurador Geral do Estado informou não ter interesse na defesa da norma (163/164).

O Presidente da Assembleia Legislativa e o Governador do Estado de São Paulo prestaram informações, defendendo a constitucionalidade da lei impugnada (fls. 167/186 e 201/204).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 206/212).

Acrescento que este C. Órgão Especial julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, em acórdão assim ementado (fls. 220/230):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 1.260/2015, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a transformação e a extinção dos cargos de Agente Administrativo Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, nos termos do artigo 48, inciso X, da Constituição Federal, e do artigo 19, inciso III, da Constituição do Estado. Evolução administrativa que levou à equalização de tarefas entre as diferentes carreiras. Sincretismo funcional. Exigência do requisito de escolaridade cumprida. Inocorrência burla ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público. Inconstitucionalidade não reconhecida. Ação improcedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2270869-48.2015.8.26.0000; Relator: Tristão Ribeiro; Órgão

Acesso ao Sumário

Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 31/08/2016; Data de Registro: 01/09/2016)

Inconformado o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário (fls. 235/250).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 253/270).

A DD. Presidência deste Tribunal sobrestou o recurso extraordinário por força do Tema nº 667 do STF (fls. 281/282).

Após, considerando o julgamento do mérito do RE nº 642.895/SC (Tema 667, STF), sobreveio determinação da d. Presidência do Tribunal de Justiça de devolução dos autos para que seja observado o procedimento previsto no artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil (fls. 328).

É o relatório.

Trata-se de devolução dos presentes autos processuais, por determinação do DD. Presidente deste E. Tribunal de Justiça, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso II do Código de Processo Civil, considerando o julgamento do mérito do RE nº 642.895/SC (Tema 667, STF).

A presente ADI encontra-se prejudicada em razão do julgamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal da ADI 5817 proposta pela Procuradoria-Geral da República contra a mesma Lei Complementar nº 1.260/15:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. LEI COMPLEMENTAR N. 1.260/15 DO ESTADO DE SÃO PAULO. TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DO CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO JUDICIÁRIO EM ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. PROVIMENTO DERIVADO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE IMPEDE ASCENSÃO, TRANSFERÊNCIA, ENQUADRAMENTO, MUDANÇA OU TRANSFORMAÇÃO EM OUTRO CARGO. SÚMULA VINCULANTE Nº 43 DESTA CORTE. PROCEDÊNCIA.

1. Alegação de inconstitucionalidade material da Lei Complementar 1.260/15 do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a transformação e extinção do cargo de Agente Administrativo Judiciário em Escrevente Técnico Judiciário, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Uma vez aprovado em concurso e investido no cargo de Agente Administrativo Judiciário é vedado ao servidor galgar outro cargo – o de Escrevente Técnico Judiciário – sem a realização de prévio concurso público. Situação caracterizadora de transposição ou reenquadramento de cargos sem concurso público. ***A Lei Complementar 1.260/15 do Estado de São Paulo realizou provimento derivado. Inconstitucionalidade por afronta à exigência da prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo público (art. 37, II, da Lei Maior) e ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Constituição da República).*** *In-*

Acesso ao Sumário

cidência da jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal e da Súmula Vinculante nº 43.

2. ***Pedido da ação direta julgado procedente.*** (ADI 5817, Relatora: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 11-05-2020 PUBLIC 12-05-2020)

Os embargos de declaração foram acolhidos para fins de modulação dos efeitos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999. LEI COMPLEMENTAR Nº 1.260/15 DO ESTADO DE SÃO PAULO. TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DO CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO JUDICIÁRIO EM ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. PROVIMENTO DERIVADO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TUTELA DA SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS PRATICADOS E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS JURISDICIONADOS. PRECEDENTES JUDICIAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E ACOLHIDOS.

1. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do que prescreve o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de outros preceitos constitucionais, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva. O atribuir eficácia retroativa ou plena à decisão implicaria danos irreversíveis a tais valores constitucionais.

2. A confiança justificada e a segurança jurídica dos atos praticados pelos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo impõem a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para ***restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a assegurar a perfectibilidade dos atos praticados até a data da publicação do acórdão embargado, dia 12.5.2020.*** *Precedentes judiciais formados pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal.*

3. Embargos de declaração acolhidos para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (ADI 5817 ED-segundos, Relatora: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020)

O v. acórdão transitou em julgado em 21.08.2020.

Destarte, tendo em vista que a norma impugnada igualmente foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o C. Supremo Tribunal Federal e já julgada inconstitucional, com trânsito em julgado, reconhece-se a perda do objeto da presente ADI, com extinção sem resolução do mérito.

Neste sentido:

Acesso ao Sumário

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROVIMENTO nº. 747, de 28 de novembro de 2000 do CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO – Ato que reorganizou os serviços notariais e de registro do Estado de São Paulo – Impugnação da competência para editar normas à luz da Constituição do Estado de São Paulo – Matéria que também foi suscitada junto ao Excelso Supremo Tribunal Federal em ADI's – Identidade de pedido e de causa de pedir – Julgamento da controvérsia pelo Pretório Excelso, circunstância que torna prejudicado o exame de mérito do presente feito, ante a coincidência integral do objeto das diferentes ações diretas de inconstitucionalidade – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 0096855-13.2001.8.26.0000; Relator: Amado de Faria; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Cível – São Paulo; Data do Julgamento: 19/09/2012; Data de Registro: 02/10/2012)

Por estes fundamentos, pelo meu voto, adequo o julgamento anterior deste Colendo Órgão Especial, nos moldes acima delineados, e determino a remessa destes autos à douta Presidência deste Tribunal de Justiça, conforme determinado por Sua Excelência na decisão de fls. 328.

Para fins de prequestionamento, tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2056167-71.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PEDRO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.233)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE

Acesso ao Sumário

AQUINO, DAMIÃO COGAN e MOACIR PERES.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade da Lei nº 4.142, de 16 de outubro de 2020, do Município de São Pedro, que considera essencial (para liberar o respectivo funcionamento), no contexto da pandemia da COVID-19, a prática da atividade física e do exercício físico nos estabelecimentos destinados à tal finalidade. Ofensa ao princípio do pacto federativo. Reconhecimento. Norma impugnada que, a pretexto de regulamentar a Lei Federal n. 13.979/2020, avança sobre matéria que é de competência (legislativa) da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal), e que no Estado de São Paulo foi disciplinada pelo Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020 (e outras normas subsequentes). Inconstitucionalidade manifesta, ainda que se argumente com a disposição do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, pois norma do Município, editada com base no interesse local, não pode contrariar legislação estadual sobre o mesmo tema. Supremo Tribunal Federal que, em casos dessa natureza, envolvendo atos normativos estaduais e municipais em conflito (nas medidas de combate à pandemia), tem destacado a prevalência do interesse supramunicipal, considerando (a) que os efeitos das contaminações pela COVID-19 extrapolam as fronteiras dos municípios, e que "o planejamento necessário à distribuição de leitos de UTI fica predominantemente a cargo dos Estados" (SL 1435/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/03/2021). Precedentes. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, questionando a validade da Lei nº 4.142, de 16 de outubro de 2020, do Município de São Pedro, que **flexibiliza a quarentena de que trata o Decreto Estadual 64.881/2020** (e

Acesso ao Sumário

alterações posteriores), mediante autorização de retomada de serviços e atividades que considera essenciais no município (**atividade física e exercício físico**) durante a pandemia da Covid 19 (fl. 53). O autor alega, em resumo (a) que esse ato normativo foi editado ao arrepio da fase em que o Município se encontra no "**Plano São Paulo**", instituído pelo **Decreto Estadual nº 64.994, de 28 de maio de 2020**; (b) que os municípios não podem se afastar das diretrizes estabelecidas pela União e pelo Estado para proteção à saúde decorrente da pandemia, cabendo-lhe apenas suplementá-las, para o fim de intensificar o nível de proteção por elas estabelecido, mediante a edição de atos normativos que venham a torná-las eventualmente mais restritivas; (c) que o abrandamento de medidas de distanciamento social, como determinado na norma municipal, em descompasso com as orientações da comunidade científica, coloca em risco os direitos fundamentais de proteção à vida e à saúde, além de não atender aos princípios da prevenção e precaução; (d) que, além disso, o abrandamento das medidas de isolamento social não se mostra razoável e ponderado, contrariando os artigos 111 e 144 da Constituição Estadual, visto que substitui uma estratégia aceita como adequada para preservar um maior número de vidas por uma estratégia que arrefece inegavelmente o êxito no combate da pandemia, **daí porque pede a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada**, por ofensa às disposições dos artigos 5º, 47, II, XIV, XIX, "a", 111, 144, 219, parágrafo único, 1, e 222, III, da Constituição Estadual.

Houve deferimento de liminar para conferir à norma impugnada interpretação conforme a Constituição no sentido de que a autorização para abertura e funcionamento das atividades nela mencionados observem o tempo e o modo estabelecidos na legislação estadual (fls. 76/77).

A ilustre Procuradora-Geral do Estado foi citada, e apresentou manifestação a fls. 87/102, opinando pela procedência da ação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 130/149, reiterou o pedido de procedência da ação.

É o relatório.

A norma acoimada de inconstitucional é aquela constante do documento de fl. 53, redigida da seguinte forma:

> **LEI Nº 4.142, DE 16 DE OUTUBRO DE 2020**.
>
> Art. 1º. Fica reconhecido no Município de São Pedro a prática da atividade física e do exercício físico como essenciais para a população, podendo ser realizados em estabelecimentos prestadores de serviços destinados a essa finalidade em tempos de crises ocasionadas por moléstias contagiosas ou catástrofes naturais.
>
> Parágrafo único. Poderá a autoridade competente restringir o direito de prática das atividades citadas no caput deste artigo desde que com decisão fundamentada em normas sanitárias e de segurança pública, a qual

Acesso ao Sumário

indicará a extensão, motivos e critérios técnicos e científicos embasadores das restrições que porventura venham a ser expostas.

Art. 2º. Caberá ao Poder Executivo Municipal regulamentar esta lei através de Decreto.

Art. 3º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Vê-se, daí, que a norma impugnada, no contexto envolvendo a pandemia do COVID-19, **avança sobre matéria que é de competência (legislativa) somente da União, dos Estados e do Distrito Federal** (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal), e que – no Estado de São Paulo – já está disciplinada pelo Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020 (e outras normas subsequentes), daí o reconhecimento do alegado vício de constitucionalidade, **ainda que se argumente com a disposição do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal**, pois norma do **Município**, editada com base no interesse local, **não pode contrariar legislação estadual sobre o mesmo tema**.

É o que ocorre no presente caso, com a **liberação municipal** de atividades que, no âmbito estadual, estão suspensas por não serem consideradas essenciais.

Releva notar, ainda, que a **competência suplementar** de que trata o **art. 30, II, da Constituição Federal**, autoriza os municípios a especificar, detalhar, adequar ou complementar a lei federal ou estadual, **sem possibilidade, entretanto, de inovar e criar regras próprias**, como aquelas (objeto da impugnação), que **liberam comércio e serviços cujas atividades foram temporariamente suspensas pelo Estado** (no contexto da pandemia da COVID-19). Afinal, a competência municipal deve ser entendida como complementar (e relacionada) àquilo que já foi objeto de um regramento (abrangente) **que só comporta especificação**, e não alteração.

Conforme lição de Gilmar Ferreira Mendes, a atuação municipal, baseada no art. 30, II, da Constituição Federal, "**há de respeitar as normas federais e estaduais existentes**", porque a competência suplementar se exerce para regulamentação, "**a fim de atender, com melhor precisão, aos interesses surgidos das particularidades locais**" ("Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, 12ª edição, pag. 880).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido é o ensinamento de Alexandre de Moraes, para quem a competência suplementar dos municípios consiste "**na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local**" ("Direito Constitucional", 27ª edição, Editora Atlas, pag. 331).

É o posicionamento que deve prevalecer, mesmo que se argumente com autonomia municipal; primeiro porque não é razoável que o **município** invo-

que o artigo 3º, § 7º, inciso II, da Lei Federal nº 13.979/2020 (**alegando que esse dispositivo lhe confere atribuição para agir em situação de emergência de saúde pública**) para, no exercício dessa atribuição, e contraditoriamente ao propósito da norma, **editar norma em total descompasso com a atuação que vem sendo coordenada pelo Estado** (no combate à pandemia); e depois porque a "**articulação não significa que um órgão ou um ente federativo possa avançar na autonomia do outro, mas significa que, dentro dos interesses regionais, locais e nacional, haja uma coordenação**" (ADI 6341/MC).

Como sustentou o Ministro Alexandre de Moraes no referido precedente, "não é possível que, ao mesmo tempo, a União queira ter monopólio da condução administrativa da pandemia nos mais de 5 mil Municípios. Isso é absolutamente irrazoável. Como não é possível também que os Municípios queiram, a partir de uma competência comum estabelecida pela Constituição, tornarem-se república autônomas dentro do próprio Brasil".

Assim, em casos dessa natureza, envolvendo **atos normativos estaduais e municipais em conflito** (nas medidas de combate à pandemia), o Supremo Tribunal Federal **tem destacado a prevalência do interesse supramunicipal**, considerando (a) que os efeitos das contaminações pela COVID-19 extrapolam as fronteiras dos municípios; e (b) que "**o planejamento necessário à distribuição de leitos de UTI fica predominantemente a cargo dos Estados**" (SL 1435/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24/03/2021).

Nesse sentido tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Ordinária Municipal nº 3.904/2021 do Município de Lorena reconhecendo a prática da atividade física e do exercício físico como essenciais à saúde da população lorenense, mesmo em tempos de crise ocasionadas por moléstias contagiosas ou catástrofes naturais. Matéria de saúde. Entes municipais podem suplementar a legislação estadual, conquanto o façam de maneira articulada e coordenada. Não se permite aos Municípios a pretexto do exercício de tal competência expedir normas conflitantes com diretrizes estaduais e federais. Incompatibilidade entre a norma municipal e as normas estaduais. A Lei municipal em questão eleva a prática do 'exercício físico' à categoria de atividade essencial, abrindo margem para o funcionamento indistinto e irrestrito de academias e estabelecimentos correlatos. Manifesta a contrariedade com as normas estaduais atualmente em vigência (Decreto nº 64.881/20 e Decreto nº 64.994/20). Impossibilidade de norma municipal de caráter suplementar infirmar o conteúdo de normas estaduais. Precedentes. Procedente a ação" (ADIN n. 2051112-42.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 15/09/2021).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 3.140, de 09 de abril de 2021. Inclusão de forma irrestrita de todo o comércio em geral e prestadores de serviços no rol de atividades e estabelecimentos essen-

Acesso ao Sumário

ciais, para efeito de autorizar seu funcionamento durante a quarentena decorrente da pandemia de COVID-19. Abrandamento das restrições impostas pelo Plano São Paulo. Descabimento. Inexistência de lacuna nas normas federais e estaduais que previram medidas de regulamentação das atividades e serviços não essenciais durante a pandemia do coronavírus. Município que, no exercício da competência concorrente sobre a matéria, poderia apenas legislar de forma suplementar, sem abrandar nem contrariar os limites impostos pela legislação geral. Precedentes deste C. Órgão Especial e E. STF. Ação procedente, com interpretação conforme" (ADIN n. 2082275-40.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 18/08/2021).

"AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. Leis nº 4741 e 4742, ambas de 24 de fevereiro de 2021, do Município de Taquaritinga, que definem e regulamentam atividades consideradas essenciais à população local, tais como academias de esportes (Lei nº 4741/2021), além das atividades de cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicure, pedicure, depilador, maquiador e similares (Lei nº 4742/2021), abrandando a 'Fase Vermelha' do 'Plano São Paulo de combate à pandemia de COVID-19 Novo Coronavírus. Preliminar de perda do objeto da ação, face a edição de decreto municipal suspendendo a eficácia das leis atacadas e a transição de fase no 'Plano São Paulo'. Descabimento. Mera suspensão temporária de eficácia que, por óbvio, não excluiu os diplomas legais do ordenamento jurídico. Ademais, eventual avanço ou retrocesso trazido pelo 'Plano São Paulo' em nada interfere na constitucionalidade ou não das normas em análise, cujo parâmetro de aferição é a Constituição Estadual. Preliminar afastada. Mérito. Elevação ao status de 'serviços essenciais' de determinados estabelecimentos e atividades profissionais, com vistas à aplicação de regras sanitárias próprias a estes, dissonantes da regulamentação estadual. Município que possui competência para suplementar a legislação paulista de combate à pandemia, desde que não conflite com suas diretrizes, máxime quando se trata de abrandamentos, por extrapolar em muito o interesse local. Precedentes da Suprema Corte e deste Colendo Órgão Especial. Ação Procedente." (grifei ADIn nº 2.056.873-54.2021.8.26.0000 v.u. j. de 21.07.2021 Rel. Des. XAVIER DE AQUINO).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.899, DE 06 DE OUTUBRO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE CAPIVARI, QUE 'RECONHECE A PRÁTICA DA ATIVIDADE FÍSICA E DO EXERCÍCIO FÍSICO, MINISTRADOS POR PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA, COMO ESSENCIAIS PARA A POPULAÇÃO DE CAPIVARI EM ESTABELECIMENTOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DESTINADOS A ESSA FINALIDADE EM TEMPOS DE CRISES OCASIONADAS POR MOLÉSTIAS CONTAGIOSAS OU CATÁSTROFES NATURAIS, CONFORME ESPECIFICA' – DIPLOMA NORMATIVO EDITADO NO CONTEXTO DA CRISE SANITÁRIA PROVOCADA PELO NOVO CORONAVÍRUS EM

Acesso ao Sumário

DESACORDO COM DECRETO ESTADUAL (PLANO SP) – ACADEMIAS DE ESPORTE DE TODAS AS MODALIDADES E CENTROS DE GINÁSTICA QUE NÃO SÃO CONSIDERADAS ATIVIDADES ESSENCIAIS NO ÂMBITO REGIONAL – INEXISTÊNCIA DE LACUNA LEGISLATIVA QUE AUTORIZE A COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONJUNTA E PERMANENTE DE TODAS AS PESSOAS POLÍTICAS DA FEDERAÇÃO PARA QUESTÕES DE SAÚDE PÚBLICA, ALÉM DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA DISPOR SOBRE PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE – ARTIGOS 23, INCISO II, E 24, INCISO XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL IMPOSTA PELA PANDEMIA DA COVID-19 QUE EXIGE A ADOÇÃO DE MEDIDAS COORDENADAS – AUSÊNCIA DE INTERESSE MERAMENTE LOCAL DO MUNICÍPIO PARA FLEXIBILIZAR REGRAMENTO REGIONAL – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO – RECONHECIMENTO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º E 144, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE". "Ainda que seja permitido ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal), não há espaço para inovações naquilo que o Estado já definiu no exercício de competência legislativa, não podendo o Município contrariar proposições normativas regionais". "O artigo 222, inciso III, da Carta Paulista preconiza a necessidade de integração das ações e serviços de saúde com base na regionalização, o que reforça a necessidade de implementação de medidas coordenadas e da observância aos regramentos estaduais, descabendo cogitar de interesse meramente local quando se está diante de uma pandemia mundial de graves proporções". "Excetuadas as matérias de inequívoca dimensão nacional, prevalecem os critérios regionais estabelecidos para o combate à pandemia, não sendo lícito ao Município permitir o funcionamento de academias, comércio em geral e outras atividades e serviços considerados não essenciais no âmbito estadual, extrapolando sua competência meramente suplementar e desrespeitando medidas coordenadas regionais legitimamente instituídas pelo Poder Público Paulista, sob pena de grave risco de violação à ordem público-administrativa". "A crise sanitária provocada pelo novo coronavírus vai muito além dos limites territoriais dos Municípios, descaracterizando-se, em razão da excepcionalidade dela decorrente, o mero interesse local mesmo no tocante à disciplina do funcionamento do comércio em geral' (ADIN nº 2.017.055-95.2021.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 21/07/2021).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição em face da lei nº 4.988, de 04 de fevereiro de 2021, do município de Tupã, que dispõe sobre o abrandamento da quarentena decorrente da pandemia do covid-19. Existência de vício de constitucionalidade. Inteligência dos arti-

Acesso ao Sumário

gos 144, 219 parágrafo único e artigo 222, III, da Constituição Estadual. Norma estadual que não classifica como essenciais as atividades e serviços prestados por academias, comércios em geral, bares, restaurantes e similares, salões de beleza, cabelereiros, barbearias, nem atividades de profissionais liberais. A permissão à suplementação da questão pela municipalidade flexibilizando a quarentena poderia acarretar o esvaziamento da competência estadual em relação ao tema, inviabilizando o controle da pandemia, na medida em que cada município editaria deliberações de acordo com a sua mera liberalidade. Precedentes. Ação procedente." (ADIN nº 2044823-93.2021.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 30/06/2021).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Santos. Lei Municipal n. 3.694, de 07 de agosto de 2020. Inclusão de academias de esporte de todas as modalidades no rol de atividades e estabelecimentos essenciais, para efeito de autorizar seu funcionamento durante a quarentena decorrente da pandemia de COVID-19. Abrandamento das restrições impostas pelo Plano São Paulo. Descabimento. Inexistência de lacuna nas normas federais e estaduais que previram medidas de regulamentação das atividades e serviços não essenciais durante a pandemia do coronavírus. Município que, no exercício da competência concorrente sobre a matéria, poderia apenas legislar de forma suplementar, sem abrandar nem contrariar os limites impostos pela legislação geral. Precedentes do Órgão Especial. Ação procedente, com interpretação conforme." (ADIN nº 2056960-10.2021.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 23/06/2021).

"ADI contra o abrandamento da quarentena decorrente da pandemia atual. Funcionamento das atividades comerciais e de serviços em desacordo com as regras da Fase Vermelha do Plano São Paulo. Inadmissibilidade. Inconstitucionalidade reconhecida dos incisos I a XII, XIV a XVII e XX do art. 2º do Decreto 7.362, de 26 de janeiro de 2021, de Ourinhos. Reabertura e funcionamento das atividades econômicas com observância, tempo e modo estabelecidos na legislação estadual. Ação procedente" (ADIN n. 2011601-37.2021.8.26.0000, Rel. Des. Soares Levada, j. 21/07/2021).

Acesso ao Sumário

Não custa lembrar, por fim, que a referência que se faz ao Decreto Estadual (editado no contexto da pandemia da COVID-19) é apenas para indicar inobservância de **regras de competência legislativa**, ou seja, para destacar que a matéria (de competência da União e dos Estados) já está disciplinada no âmbito estadual (sem espaço para alterações), **não se tratando de ato invocado como parâmetro de controle normativo**.

Ante o exposto, **julga-se a ação procedente** para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.142, de 16 de outubro de 2020, do Município de São Pedro.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Criminal nº 0002159-81.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RODRIGO FILGUEIRA QUEIROZ, é agravado ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.387)**

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, JOÃO CARLOS SALETTI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 15 de dezembro de 2021.

PINHEIRO FRANCO, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Arguição de suspeição/impedimento – Desembargadores que compõem o Órgão Especial – Não cabimento da arguição contra todo o órgão colegiado – Inexistência de qualquer fato concreto hábil a efetivamente macular a parcialidade dos agravados – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com o teor da decisão que, com amparo no artigo 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição suspeição/impedimento oposta contra os desembargadores integrantes do Órgão Especial desta Corte, ligada à ação penal nº (...), Rodrigo Filgueira Queiroz interpôs agravo interno, com reiteração da alegação de parcialidade do órgão colegiado.

Anota-se o oferecimento de contraminutas (fls. 63, 65/66, 68/69, 71/73, 75/77, 79, 81, 83, 85/87, 89, 91/92, 94/97, 99, 101/102, 104, 107/108, 111/113, 115/117 e 119).

É o relatório.

O recurso não prospera. De efeito, conforme constou da decisão questionada, é incabível a arguição voltada contra todo o colegiado, mormente se fundada em meras suposições e sem a mínima demonstração de qualquer das hipóteses de suspeição e impedimento previstas no Código de Processo Penal.

A arguição de suspeição e/ou impedimento envolve a verificação de eventual ausência de capacidade subjetiva ou objetiva do magistrado e, em caso positivo, implica o respectivo afastamento da relação jurídica processual. Não é o que acontece nos autos.

Por oportuno, vale ponderar que as hipóteses de suspeição estão previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal. E é majoritária a jurisprudência e preponderante o posicionamento doutrinário no sentido de que mencionado dispositivo legal possui **rol taxativo**, de sorte que, para o preconizado afastamento do magistrado, seria necessária a demonstração cabal do efetivo comprometimento da imparcialidade do julgador segundo uma das hipóteses ali contempladas. Isso não aconteceu!

In casu, referidas situações não estavam e não estão configuradas, inspirada a arguição em manifesto inconformismo do agravante com decisões contrárias ao seu interesse.

Vale destacar, como já se deu na decisão recorrida, que o afastamento de magistrado da condução de processo judicial é medida drástica e, por isso, exige a demonstração do efetivo comprometimento de sua imparcialidade, o que, ao contrário do indicado, não ocorreu neste incidente. Do contrário, abrir-se-ia perigoso precedente a possibilitar que a parte "escolhesse" seu julgador, seja por conta de decisões que lhe foram desfavoráveis no próprio processo em curso, seja por já conhecer posicionamentos jurídicos adotados pelo magistrado em feitos semelhantes.

Acesso ao Sumário

Em realidade a despeito do elevado alcance do incidente de arguição de suspeição, em prol da tutela de predicado indispensável à prestação jurisdicional – a imparcialidade do magistrado – é inadmissível sua utilização, senão restrita ao seu objeto específico, descabido o seu manejo como sucedâneo da via recursal adequada.

Ainda, com relação ao teor das decisões judiciais, incide a Súmula nº 88 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa".

As hipóteses de impedimento, por sua vez, estão delimitadas no artigo 252 do Código de Processo Penal, todas de caráter objetivo. Nenhuma está configurada no caso.

É também taxativo o rol de hipóteses que, uma vez caracterizadas, acarretam impedimento intransponível, do qual resulta o afastamento do magistrado daquele julgamento. Nesse sentido, em incidente de arguição de impedimento, não há lugar para análise de decisões proferidas ou de eventual parcialidade do julgador. Fundado o impedimento em causas objetivas previstas em lei, se caracterizadas, conduzem a presunção absoluta de parcialidade daquele julgador.

Por fim, insta salientar que o afastamento de um desembargador, por iniciativa própria, do julgamento de determinado feito, por evidente, não influi na situação de outros magistrados do colegiado.

E não existem afirmações nos autos com intuito ofensivo, e sim a fundamentação de decisões, publicadas, como exigível, no Diário da Justiça, ausente determinação de publicação em órgãos de imprensa.

A presença de algum pedido perante o Conselho Nacional de Justiça por parte do advogado, da mesma forma, por si só, não enseja suspeição ou impedimento dos magistrados.

Enfim, prevalece a decisão atacada neste recurso de agravo.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0042260-63.2021.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 13ª 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 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DES. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.620)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEI-

Acesso ao Sumário

RO FRANCO (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ELCIO TRUJILLO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 15 de dezembro de 2021.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação. CDHU. Araraquara. Contrato de promessa de compra e venda. Inadimplemento. Rescisão do contrato e reintegração de posse. 1. Competência recursal. O Regimento Interno do tribunal estabelece no seu art. 103 que "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la". O critério que baliza a fixação da competência recursal é aquele atrelado ao conteúdo da petição inicial, em que se compreendem pedido e causa de pedir, definindo-se os limites da lide. 2. Inadimplemento contratual. Reintegração de posse. A competência para apreciação de ação fundamentada no inadimplemento contratual de contrato de compromisso de compra venda firmado por sociedade de economia mista, com a reintegração na posse do bem é de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado, nos termos do art. 5º, I.25 e § 3º da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 813/2019. Precedentes do Órgão Especial. Conflito procedente para declarar a competência da 13ª Câmara de Direito Privado, suscitada, para processar e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

A **CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo** ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse em face de **Ivone Teodoro** e de **Silvana Aparecida Goulart**, alegando, em suma, ter firmado *"contrato de cessão de posse e promessa*

de compra e venda e outras avenças" com a primeira requerida, tendo como objeto um imóvel residencial urbano localizado à Rua Durval Ribeiro de Paula, n.º 20, Conjunto Habitacional Nova Europa C, na Cidade de Nova Europa. Aduziu na inicial que a primeira requerida não honrou o pagamento do preço ajustado, havendo 187 parcelas em aberto, bem ainda que diligenciou no imóvel e constatou estivesse ocupado pela segunda requerida. Argumentou que o contrato firmado vedava expressamente a cessão do imóvel a terceiros sem a prévia anuência da autora, motivo pelo qual notificou a primeira ré, franqueando a purgação da mora, mas não houve resposta. Pediu a procedência do pedido *"... para declarar rescindido o contrato celebrado com a parte Requerida com a consequente reintegração da Requerente na posse do imóvel para todos os fins de direito"*, além da condenação ao perdimento integral dos valores despendidos a título de amortização do financiamento, sem indenização por eventuais benfeitorias.

A primeira requerida foi citada pelos Correios, mas deixou fluir *in albis* o prazo para apresentação de defesa (fls. 91 e 99 dos autos originários). Houve tentativa de citação segunda requerida, tendo a Oficiala de Justiça certificado: *"(...) atendida pelos moradores Sr. Edilson Jorge e Sra. Camila Pereira Rezende de que informaram residir no local há apenas 1 mês, desconhecendo totalmente a requerida, e ainda que são locadores do imóvel, sendo o contrato verbal, vindo a locatária Ivone receber no próprio imóvel, desconhecendo seu endereço"* (fls. 92 dos autos originários). Em consequência, a autora desistiu do pedido deduzido em face da segunda requerida, na condição de ocupante, o que foi homologado pelo d. Juízo (fls. 95-96 e 97 dos autos originários).

Depois, a ação foi julgada procedente em parte para o fim de *"a) RESCINDIR o compromisso de compra e venda de imóvel, celebrado pelas partes; b) REINTEGRAR a autora na respectiva posse; c) declarar a perda pela ré de 20% de tudo o que pagou à autora. A autora, em consequência, fica obrigada a restituir à ré, sob pena de infração ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, o remanescente de tudo o que recebeu, devidamente atualizado desde os respectivos desembolsos, como condição para a reintegração; d) observado o abatimento de débitos relativos ao IPTU incidentes sobre o imóvel após a celebração do pacto e do montante da indenização ora fixada na importância mensal equivalente a 0,5% do valor do imóvel previsto no contrato, calculada a partir da data da transferência formal da posse até a desocupação do bem, com correção monetária, pelos mesmos índices, desde o mês de referência, e acrescida de juros de mora, no percentual de 1,0% ao mês, a partir da data da citação"* (fls. 100-104 dos autos originários).

Acesso ao Sumário

Recorreu a autora, postulando a reforma do julgado com o decreto de procedência integral dos pedidos formulados (fls. 108-115, dos autos originários). Sem contrarrazões da ré revel (fl. 120, dos autos originários).

O apelo foi, inicialmente, distribuído para a C. 13.ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso, com determinação de remessa para uma das Câmaras, dentre 1ª e 13ª das que compõem a Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça (fls. 124-129 dos autos originários).

Os autos foram redistribuídos para a Colenda 2ª Câmara de Direito Público, sendo relatora a Des. Luciana Bresciani, que também não conheceu do recurso e suscitou conflito negativo de competência a ser dirimido por este Órgão Especial (fls. 133-142 dos autos originários).

É o relatório.

De início, no tocante à competência, o Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça estabelece, no seu art. 103, que: *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*. Assim, o critério que baliza a fixação da competência recursal é aquele atrelado ao conteúdo da petição inicial, em que se compreendem pedido e causa de pedir, definindo-se os limites da lide. No caso, trata-se de ação ordinária ajuizada pela CDHU, sociedade de economia mista, em que se pleiteia a rescisão do contrato de promessa de compra e venda firmado com a ré, referente ao imóvel situado à Rua Durval Ribeiro de Paula, nº 20, Conjunto Habitacional Nova Europa – C, CEP 14.920-000, na Cidade de Nova Europa/SP, com a reintegração na posse do bem.

Verifica-se, pois, que a questão de fundo não versa sobre *uso, ocupação ou reinvindicação de bem público*, tampouco quanto a *apossamento administrativo, desistência de desapropriação, uso e ocupação ou reivindicação de bem público*. Ao contrário, a relação tratada ostenta evidente natureza de direito privado, fulcrada no inadimplemento contratual de contrato de compromisso de compra e venda, consoante posto nos termos em que fundamentado o pedido inicial.

Não se olvida, como acima apontado, que o imóvel pertencente à sociedade de economia mista, em determinados casos, possa ser equiparado a bem público, atraindo a competência da Sessão de Direito Público, nas ações possessórias ou reivindicatórias. Contudo, em casos como este, ora *sub censura*, em que a reintegração de posse é mera consequência da rescisão contratual, a competência recursal deve ser definida com base no artigo 5º, § 3º, da Resolução nº 623/2013, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 823/2019. Veja-se:

> Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas: [...] **I.25 –** Ações relativas a compra e venda e adjudicação compulsória, que tenham por objeto coisa imóvel, ressalvadas aquelas

Acesso ao Sumário

sujeitas ao estatuto das licitações e contratos administrativos;

§ 3º Serão da competência comum das Subseções de Direito Privado ações relativas a compromisso de compra e venda, cessão, promessa de cessão de direitos de compromissos e todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça (destaquei).

Nesses termos é a jurisprudência assente deste Órgão Especial, conforme precedentes abaixo colacionados:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Execução de título judicial. Ajuizamento para retomada de imóvel objeto de contrato de compromisso de compra e venda. Bem pertencente à CDHU. Equiparação a bem público. Irrelevância. Reintegração de posse que, no caso, constitui mera decorrência do descumprimento de acordo judicial e da consequente rescisão contratual (fl. 60). Controvérsia entre a exequente (sociedade de economia mista com personalidade jurídica de direito privado) e a executada (particular) que se resolve com base em normas de direito privado, independentemente da natureza do bem, e sem adentrar em matéria da competência da seção de Direito Público. Precedentes. Conflito procedente. Competência da 13ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de Competência nº 0000565-32.2021.8.26.0000, 24-2-2021, Rel. Des. Ferreira Rodrigues).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Agravo de instrumento tirado de "ação de cumprimento de sentença c/c reintegração de posse" promovida pela CDHU Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo em face de mutuário de unidade habitacional da CDHU. Demanda que versa sobre o descumprimento de promessa de venda e compra de imóvel de unidade habitacional, com pacto adjeto de concessão de subsídio destinado a auxiliar o comprador no pagamento das prestações. Ação fundada no inadimplemento de acordo firmado em mutirão realizado em parceria com o Tribunal de Justiça, e que objetiva o restabelecimento do contrato. Relação entre as partes na causa que é de direito obrigacional regido pelas normas de direito privado, e tanto que fundada a lide no descumprimento de acordo de caráter civil, acordo esse que visava regularizar o cumprimento de promessa de venda e compra de imóvel. Competência da Seção de Direito Privado (artigo 5º, I.25, da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução 813/2019). Conflito julgado procedente, declarada competente a E. 21ª Câmara de Direito Privado, suscitada. (Conflito de Competência nº 0023043-68.2020.8.26.0000; 30-9-2020, Rel. Des. João Carlos Saletti).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO E A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. Ação de rescisão de contrato firmado entre empresa municipal de habitação popular de Santo André (sociedade de economia mista) e particular para ocupação de apartamento de conjunto habitacional com possibilidade de compra ao final. Reintegração de posse do imóvel que caracteriza decorrência

Acesso ao Sumário

do atendimento do pedido inicial (rescisório da avença). Natureza pública do imóvel que pouco importa para a fixação da competência na espécie. Matéria contratual em debate que se insere na competência da seção de direito privado desta corte. Competência recursal que se fixa pelos termos do pedido inicial, nos termos do artigo 103, do Regimento Interno deste tribunal. Precedentes deste Órgão Especial. Firmada competência da 1ª Subseção de Direito Privado, à qual não pertence a 13ª Câmara, ora suscitante, nos termos do artigo 5º, I, item I.25, da Resolução nº 623/2013 desta Corte. Matéria exaustivamente apreciada pela Seção de Direito Privado em diversos outros julgados. Conflito procedente, com determinação de redistribuição dos autos a uma das câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado desta Corte. (Conflito de Competência nº 0005262-67.2019.8.26.0000, 3-4-2019, Rel. designado Des. Ferraz de Arruda).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Compromisso de venda e compra – Companhia de Habitação Popular de Bauru (COHAB/Bauru) – Pedido de rescisão contratual cumulado com reintegração de posse fundado no inadimplemento do comprador – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 23ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos à 3ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Discussão que não se encontra diretamente relacionada à questão atinente a ocupação de bem público, mas sim de descumprimento de contrato firmado entre as partes, de natureza privada – Matéria de competência recursal da 23ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 23ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso. (TJSP; Conflito de competência cível 0002560-85.2018.8.26.0000; Relator: Des. Ricardo Anafe; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São José do Rio Preto – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/03/2018; Data de Registro: 16/03/2018)

Assim, com arrimo nas especificidades do caso concreto – envolvendo descumprimento de contrato pactuado nos moldes do Direito Civil e, por isso, atribuindo caráter eminentemente privado à ação judicial proposta – meu voto é pela procedência do conflito, para declarar a competência da 13ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, suscitada, para processar e julgar recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0032072-11.2021.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é suscitante

CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 16ª 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 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. TORRES DE CARVALHO. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. LUIS SOARES DE MELLO E XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, RICARDO ANAFE, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 15 de dezembro de 2021.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: Conflito de competência. Agravo de instrumento extraído dos autos de ação de obrigação de fazer, visando compelir o colégio requerido a disponibilizar ao autor (menor de idade) professor auxiliar individual por apresentar transtorno específico de aprendizagem e transtorno do processamento sensorial. Matéria que não trata do direito do Estado à educação especializada, mas sim, da prestação de serviços escolares por instituição da rede privada de ensino. Questão afeta à competência da Seção de Direito Privado (Subseções 2 e 3). Art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/13 desta E. Corte de Justiça.

Conflito procedente, reconhecida a competência da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. Câmara Especial em relação à C. 16ª Câmara de Direito Privado, ambas deste E. Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça de São Paulo, nos autos de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 30/31, originada de ação de obrigação de fazer, que determinou ao Colégio agravante, em tutela de urgência, que *"disponibilize professor auxiliar individual (além do professor regular de sala), adaptações curriculares, reforço escolar e adaptação física da carteira com plano inclinado, sem prejuízos de futuras adaptações conforme orientação da equipe multidisciplinar que acompanha o autor, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada à 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da aplicação de outras medidas em caso de descumprimento"*.

O recurso de agravo de instrumento foi inicialmente distribuído à 16ª Câmara de Direito Privado que, pela r. decisão monocrática de fls. 40/44, dele não conheceu, declinando da competência e determinando a redistribuição à Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Redistribuídos os autos à C. Câmara Especial, o recurso não foi conhecido pelo v. acórdão de fls. 51/58, propondo-se que fosse suscitado conflito negativo de competência.

Encaminhados os autos para a dd. Procuradoria Geral de Justiça, esta se manifestou pela competência da Câmara Suscitante. Constou da ementa do parecer:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A CÂMARA ESPECIAL E A 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE ATACA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA QUE INSTITUIÇÃO DE ENSINO 'DISPONIBILIZE PROFESSOR AUXILIAR INDIVIDUAL (ALÉM DO PROFESSOR REGULAR DE SALA), ADAPTAÇÕES CURRICULARES, REFORÇO ESCOLAR E ADAPTAÇÃO FÍSICA DA CARTEIRA COM PLANO INCLINADO, SEM PREJUÍZOS DE FUTURAS ADAPTAÇÕES CONFORME ORIENTAÇÃO DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR QUE ACOMPANHA O AUTOR'. EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO PRECONIZADO NO ART. 54, III, DO ECA. COMPETÊNCIA RECURSAL DA CÂMARA ESPECIAL, NOS TERMOS DO ART. 33, IV, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013".

É o relatório.

A Câmara suscitada (16ª Câmara de Direito Privado) não conheceu do recurso, aduzindo que a matéria dos autos se enquadra na competência da Câmara Especial do Tribunal de Justiça, por força do artigo 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça[1].

Já a Câmara suscitante (Câmara Especial), aduziu, em síntese, que, não se trata de matéria afeta à infância e juventude, não configurando as hipóteses

Acesso ao Sumário

1 RITJ – Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.
Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar:
(...)
IV – os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude;

previstas nos artigos 98, 148 ou 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente[2], mas sim questão relativa a contrato de prestação de serviços educacionais firmado entre particulares.

Razão assiste à Câmara suscitante (Câmara Especial do Tribunal de Justiça).

De acordo com o art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça é sempre o pedido inicial que norteia a fixação da competência recursal, sendo indiferente a qualidade das pessoas que figuram nos polos ativo e passivo da relação jurídica processual.

Conforme, inclusive, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recurso de apelação em Ação de Reparação por Danos Morais. Insurgência contra sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório. Competência para o processamento e

2 Estatuto da Infância e do Adolescente –
Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III – em razão de sua conduta.
Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:
I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;
II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;
III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;
IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;
V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;
VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;
VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.
Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:
I – do ensino obrigatório;
II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)
IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;
VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
VII – de acesso às ações e serviços de saúde;
VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.
IX – de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
X – de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção. (Incluído pela Lei nº 12.594, de 2012) (Vide)
XI – de políticas e programas integrados de atendimento à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência

Acesso ao Sumário

julgamento de recursos que é definida pelo pedido formulado na petição inicial da ação (art. 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Pretensão da demanda que se refere a responsabilidade civil extracontratual. Matéria pertinente à Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmara). Resolução nº 623/2013, artigo 5º, I.29, deste Colendo Órgão Especial. Precedentes. Conflito procedente, com determinação de redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado."[3] (n/ grifo)

E a hipótese dos autos cuida de ação de obrigação de fazer em que o autor (menor de idade) visa que a instituição requerida (Colégio Anglo Ubatuba – colégio particular) seja obrigada a lhe oferecer professor auxiliar individual para poder evoluir no processo de alfabetização e aprendizagem, por apresentar transtorno específico de aprendizagem e transtorno do processamento sensorial, devendo-lhe ser aplicadas as prerrogativas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15).

A inicial fundamenta o seu pedido com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), os quais preveem atendimento especializado para a criança com deficiência.

Não obstante o fundamento da inicial estar ligado à questão inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, o cerne da demanda decorre do cumprimento do contrato de prestação de serviços educacionais firmado entre particulares, para o fim de prover o direito a atendimento educacional especializado – disponibilização de profissional de apoio, adaptações curriculares e físicas, bem como indenização pela falha na prestação dos serviços educacionais particulares.

No caso, o colégio não se nega a cumprir o direito da criança a um atendimento especializado, mas discute as formas como deve cumpri-lo dentro do quanto estabelecido pelo contrato de prestação de serviços firmado entre o colégio e os genitores da criança, particulares portanto, do que se constata que o objeto do agravo de instrumento se amolda à competência de uma das Câmaras de Direito Privado, nos termos do art. 5º, § 1º, da Resolução OE nº 623/13 desta Egrégia Corte de Justiça[4].

Diversa, por certo, seria a conclusão se fosse hipótese de negativa do Estado de cumprimento ao atendimento educacional especializado, do que de-

Acesso ao Sumário

3 Conflito de Competência nº 0016872-03.2017.8.26.0000, Rel. Tristão Ribeiro, j. 05.07.2017.

4 **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:
(...)
§ 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou **prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares** e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia. (n/ grifos)

correria a competência da Câmara Especial.

Este tem sido o entendimento recorrente das decisões da C. Câmara Especial em casos análogos envolvendo escolas particulares:

> "Apelação cível e remessa necessária – Ação de obrigação de fazer ajuizada em face do SESI – Pedido de disponibilização de profissional de apoio escolar a menor diagnosticado com transtorno do espectro autista (CID F84.5) – Polo passivo da demanda que figura entidade paraestatal, **regida pelas regras do Direito Privado** – Hipótese que não trata do direito fundamental à educação, mas, sim, **acerca da prestação de serviços escolares por instituição da rede privada de ensino** – Situação de risco inexistente *ex vi* dos arts. 98 e 148 do ECA – Inaplicabilidade da regra do art. 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno – Competência da Seção de Direito Privado – Inteligência do art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 do TJSP – Precedentes – Apelação e remessa necessária não conhecidas – Determinação de redistribuição a uma das Câmaras de Direito Privado[5]"
>
> "APELAÇÃO. COMPETÊNCIA RECURSAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFESSOR AUXILIAR A MENOR PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN DIRIGIDO À **ESCOLA PARTICULAR**. COMPETÊNCIA AFETA À SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO II E III. Incompetência absoluta da Câmara Especial para julgamento do recurso. Inteligência do artigo 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. **Demanda que versa sobre relação de consumo decorrente de contrato de prestação de serviços educacionais**. Competência afeta à Seção de Direito Privado (Subseções 2 e 3). Art. 5º, § 1º, da Resolução OE nº 623/13 desta Egrégia Corte de Justiça. Precedentes desta C. Câmara Especial. Recurso não conhecido, com determinação[6]".
>
> "APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Criança portadora de transtorno do espectro autista. Pretensão de fornecimento, **por instituição particular de ensino**, de acompanhante terapêutico para assistência no ambiente escolar, além de materiais adaptados através dos métodos TEACCH ou ABA e aulas de reforço com a presença do acompanhante terapêutico. Insurgência da escola contra sentença de parcial procedência, proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos. **Direito à educação de criança resvalado apenas de forma secundária**. Inaplicabilidade do artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno deste Sodalício. **Controvérsia de cunho eminentemente consumerista, decorrente de contrato de prestação de serviços educacionais**. Competência recursal da 11ª a 38ª Câmaras de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, ex vi do artigo 5º, § 1º,

5 Câmara Especial. Apelação Cível nº 1026014-61.2019.8.26.0576. Relator: Des. Guilherme G. Strenger (Pres. da Seção de Direito Criminal). J. 06.04.2021

6 Câmara Especial. Apelação nº 1004336-50.2020.8.26.0577. Relatora: Des. Daniela Cilento Morsello. j. 15.03.2021.

da Resolução nº 623/2013, do C. Órgão Especial. Apelação não conhecida. Remessa a uma das Câmaras das Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direito Privado (11ª a 38ª Câmaras)[7]"

Inquestionável, pois, diante do quanto acima exposto, que as Câmaras de Direito Privado são as competentes para analisar e julgar o presente recurso.

Pelo exposto, julgo procedente o conflito, determinando a remessa dos autos à 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº CC-0021/21)

1. O Órgão Especial, por unanimidade, julgou procedente o conflito para fixar a competência da 16ª Câmara de Direito Privado para o julgamento do agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida em ação de obrigação de fazer, na qual se busca compelir o colégio réu a disponibilizar ao autor (menor de idade) professor auxiliar individual por apresentar transtorno específico de aprendizagem e transtorno do processamento sensorial. Aos fundamentos expostos no voto da relatora, acrescento as seguintes observações.

2. Cuidam os autos de ação de obrigação de fazer, em que o autor, menor representado por seus pais, afirma ter diagnóstico de transtornos de aprendizagem e processamento sensorial e pede a condenação da escola particular em que está matriculado a (i) fornecer professor auxiliar individual (além do professor de sala); (ii) adaptações curriculares, (iii) reforço escolar e (iv) adaptação física da carteira com plano inclinado, bem como as demais adaptações que forem solicitadas pela equipe multidisciplinar, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia em favor do autor; (v) ressarcir os valores gastos com a contratação de advogado e professora particular no montante total de R$-5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais), a título de danos materiais; (vi) pagar indenização por danos morais no importe de R$-20.000,00 (vinte mil reais).

A ação foi distribuída à 2ª Vara de Ubatuba e o juiz concedeu a liminar, determinando ao colégio, em tutela de urgência, que "disponibilize professor auxiliar individual (além do professor regular de sala), adaptações curriculares, reforço escolar e adaptação física da carteira com plano inclinado, sem prejuízos de futuras adaptações conforme orientação da equipe multidisciplinar que acompanha o autor, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada à 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da aplicação de outras medidas em caso de

Acesso ao Sumário

7 Câmara Especial. Apelação Cível nº 1015650-53.2018.8.26.0224. Relator: Des. Issa Ahmed. Data de J. 17.12.2019.

descumprimento". Citado, o réu agravou da decisão e o recurso foi inicialmente distribuído à 16ª Câmara de Direito Privado, que declinou da competência e determinou a redistribuição à Câmara Especial, por entender que o direito alegado está pautado no direito ao atendimento educacional especializado de criança portadora de necessidades especiais (fls. 40/44).

A Câmara Especial suscitou conflito, por entender que a demanda não diz respeito a matéria afeta à Infância e Juventude, pois visa à disponibilização de profissional de apoio, adaptações curriculares e físicas, bem como indenização pela falha na prestação dos serviços educacionais com base em contrato particular firmado com Colégio Anglo Ubatuba, pessoa jurídica de Direito Privado (fls. 86 e 87/90), o que não se enquadra em quaisquer das hipóteses previstas nos artigos 98, 148 ou 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a reconhecer a competência da Seção de Direito Privado; sustenta que "(...) Ainda que um dos fundamentos da lide seja o direito ao atendimento educacional especializado, não se trata de hipótese na qual a negativa se equipara à completa subtração do direito, o que somente ocorreria caso o atendimento fosse negado pelo Estado. (...)" (fls. 51/58).

3. Embora a petição inicial esteja lastreada em legislação de proteção a crianças e adolescentes, bem como no Estatuto da Pessoa com Deficiência, há de se diferenciar as situações. Os precedentes mencionados na decisão monocrática cuidam de ações ajuizadas contra o Estado, não contra particular; eram casos de alunos matriculados na rede pública de ensino. O aspecto tem relevância, na medida em que o contrato estabelecido entre autor e réu é regido por normas de direito privado, não por normas de direito público. Situação semelhante ocorre em ações que discutem assistência à saúde; o fundamento do pedido quando se pleiteia prestação do Estado é distinto de quando o pedido é formulado em face do particular (convênio médico); o fato de o autor invocar o art. 196 da CF no pedido voltado contra o convênio médico não afasta a relação contratual e a competência das Câmaras de Direito Privado.

No caso em apreço, embora não seja relevante para a determinação da competência, verifica-se que o Colégio não se nega a prestar o auxílio requerido; em sua contestação, a maior parte da defesa está lastreada em fato, não em legislação; aduz que a assistência é prestada ao aluno e que as alegações da genitora do menor são inverídicas. O art. 33, IV do RITJSP, atribui à Câmara Especial a competência para o julgamento dos processos originários e dos recursos em matéria de Infância e Juventude; em regra, o pedido e a causa de pedir é que fixam a competência para o julgamento dos recursos; a inicial está lastreada em leis que cuidam do direito das crianças e dos adolescentes, bem como no Estatuto das Pessoas com Deficiência; mas a análise e aplicação das normas no caso concreto fica em segundo plano, mesmo considerando o pedido indenizatório. Há recursos que foram recentemente julgados por Câmaras de Direito Privado,

Acesso ao Sumário

após a Câmara Especial ter declinado da competência:

> APELAÇÃO. Prestação de serviços educacionais. Ação de obrigação de fazer. Autor portador de "Síndrome de Down". Pedido para que a escola disponibilize professor especializado e exclusivo para o aluno. Ré que oferece profissional de apoio escolar consistente em estagiário de pedagogia, o qual o acompanha constantemente para auxílio nas atividades. Ausência de obrigação da instituição de ensino de disponibilizar profissional especializado e exclusivo. Artigo 3º, XIII e artigo 28, XI e parágrafo 1º, ambos da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Recurso não provido. – (AC nº 1002937-36.2018.8.26.0292, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 5-2-2021, Rel. Ana Lucia Romanhole Martucci, v.u.).
>
> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Ensino fundamental. Menor com Transtorno de Espectro Autista. Direito a acompanhamento terapêutico especializado, com adoção de métodos pedagógicos apropriados, no horário escolar. Abordagem condenatória. Juízo de parcial procedência. Apelo da ré. Desprovimento. – (AC nº 1015650-53.2018.8.26.0224, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 5-2-2021, Rel. Carlos Russo, v.u.).

4. Chama atenção o fato de a petição inicial invocar a todo o tempo o ECA e o EPD, e com base nisso afirmar:

> (...) Não é demais dizer que ao se lançar no mercado, a instituição privada de ensino assume os riscos de sua atividade e tem o dever legal de observar todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, não cabendo a ela somente o juízo do que convém ser, mas do dever ser, prestando, nesse sentido, obediência obrigatória inclusive à Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), além do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e legislações correlatas. (...)

Não se devem confundir as questões envolvidas: (a) o eventual direito do aluno com necessidades especiais a um apoio escolar igualmente especial; e (b) se tal auxílio especial pode ser exigido das escolas privadas, que o aluno frequenta mediante contrato e retribuição. Não há dúvida quanto ao apoio a ser dado pelo Estado, a quem a norma protetiva primordialmente se dirige e que distribui o custo respectivo à sociedade; mas há dúvida se tal apoio, que implica em relevante alteração da prestação de serviço fornecida pela Escola e reflete em custos e nos demais alunos, pode ser exigido do estabelecimento privado. Ao lado de o réu não contrariar a peculiar situação do autor, o núcleo da demanda – e da defesa – é a interpretação das cláusulas contratuais, se permitem ou não a imposição de tal alteração das normas contratadas e a imposição do custo acrescido a uma das partes tão somente. Não se discute o direito do autor à proteção legal, mas a quem e como cabe prestá-lo: que decorre da lei, não da opção ou vontade do interessado.

Assim, a questão principal é estar ou não o estabelecimento particular

Acesso ao Sumário

obrigado a bancar o auxílio extra, em situação diversa do ensino público; e nos termos do art. 5º, § 1º da Resolução TJSP nº 623/13, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras.

O voto é pela **procedência do conflito para fixar a competência da 16ª Câmara de Direito Privado**.

TORRES DE CARVALHO, Desembargador, 6º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0041862-19.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO ANAFE E DAMIÃO COGAN. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.503)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, PERCIVAL NOGUEIRA, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de reparação de danos – Ato ilícito cuja responsabilidade

é atribuída a concessionária de serviço público (SABESP) – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Aplicação do art. 3º, I, item "I.7", da Resolução nº. 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014 – Competência da Seção de Direito Público – Fixação da competência da 13ª Câmara de Direito Público – Conflito procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado, em análise de recurso de apelação, pelo *Exmo. Sr. Desembargador Relator da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, Dr. César Luiz de Almeida, em face do *Exmo. Sr. Desembargador Relator da 13ª Câmara de Direito Público*, Dr. Djalma Lofrano Filho.

Distribuído inicialmente o recurso para a 13ª Câmara de Direito Público, declinou esta de julgá-lo, sob o argumento de que, *"em se tratando de discussão acerca da ocorrência ou não de danos morais, fundamentada essencialmente no Código Civil, em face de sociedade de economia mista, a competência será de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado, Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento da seguinte matéria, nos termos da Resolução 623/2013, deste Egrégio Tribunal, notadamente o artigo 5º, inciso III, item III.13" (*fls. 298).

Redistribuído o feito para a 28ª Câmara de Direito Privado, esta entendera que, *"Versando a demanda sobre eventual responsabilidade extracontratual da requerida e não sobre obrigação irradiada de contrato de prestação de serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto, a competência para julgar a matéria é da 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público, nos termos do artigo 3º, inciso I.7, da Resolução nº 623/2013"* (fls. 321).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, declarando-se a competência da 13ª Câmara de Direito Público (fls. 339/344).

É o relatório.

Respeitado entendimento diverso, competente para o processamento recursal é mesmo a C. 13ª Câmara de Direito Público.

Com efeito, trata-se de apelação tirada nos autos de ação de indenização por danos morais, movida por Paola Michele Braga Ramos e outros em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

Narram os Autores que, no dia 03 de maio de 2019, por volta das 3h00, prepostos da ré executavam uma obra na altura do número (...), da Rua (...), ocasião em que perfuraram acidentalmente uma tubulação de gás natural, pro-

Acesso ao Sumário

vocando incêndio em unidade de apartamento no 7º andar do Edifício Sergio, número 167, da Rua (...), no centro da Capital do Estado de São Paulo. Em virtude do ocorrido, os autores tiveram que desocupar seu imóvel, enquanto dormiam, saindo apenas com a roupa do corpo ou de pijama, até amanhecer, quando a ré providenciou alojamento em uma tenda no Poupatempo Sé, sem banheiro e condições de habitação, situação que perdurou até as 19:00 horas do mesmo dia, quando foram encaminhados a hotel da região central.

Pretendem, portanto, os Autores receber indenização por dano moral, em virtude das dificuldades que passaram em decorrência de incêndio causado em razão de obras realizadas pela SABESP, que perfurou tubulação de gás natural no centro da Capital.

O feito foi julgado procedente em Primeiro Grau.

O apelo fora originalmente distribuído à 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu do recurso e determinou a redistribuição para uma das Câmaras de Direito Privado, competentes para apreciar e julgar ações em que se discute ocorrência ou não de danos morais, fundamentadas essencialmente no Código Civil, em face de sociedade de economia mista.

Redistribuído o feito para a 28ª Câmara de Direito Privado, esta suscitara o presente conflito de competência, por entender que versando a demanda sobre eventual responsabilidade extracontratual da requerida e não sobre obrigação irradiada de contrato de prestação de serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto, a competência da 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público.

Entretanto, razão assiste à Colenda Câmara suscitante.

Como é sabido, a competência do órgão jurisdicional, seja originária ou recursal, com bem leciona Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *Instituições de Direito Processual Civil* (V. I, 4ª ed., São Paulo, 2004, p. 421/422), é aferida ***"invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos elementos da demanda proposta,* in statu assertionis"**.

Nesse sentido, vide também: STJ, Conflito de Competência nº 100.589/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/09/2009, DJe de 30/09/2009; Conflito de Competência nº 90.673/SP, STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 27/05/2009, DJe de 10/06/2009; Conflito de Competência nº 98.704/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 11/02/2009, DJe de 04/03/2009.

Dessa forma, a definição do órgão jurisdicional competente deve ser realizada à luz dos elementos da petição inicial, conforme, inclusive, estabelecido no art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrá-

ria ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

A lide principal está jungida, portanto, à reparação por danos sofridos em ilícito extracontratual, consubstanciado em incêndio causado em razão de obras realizadas pela SABESP, que perfurou tubulação de gás natural no centro da Capital, o que evidencia falha na prestação de serviço realizado por concessionária de serviço público, e que demanda a competência das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público deste E. Sodalício.

Isso porque a matéria debatida nos autos efetivamente se insere dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas ***"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 item III.15 do art. 5º desta Resolução"***, e que são da competência da Seção de Direito Público (da 1ª à 10ª Câmaras), nos termos da redação do artigo 3º, inciso I, item I.7, da Resolução nº 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014.

Em casos análogos, o Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça assim já decidiu:

"COMPETÊNCIA. DÚVIDA. Responsabilidade civil extracontratual, decorrente de ato ilícito supostamente praticado por concessionária de serviço público. Morte de transeunte por eletrocussão, supostamente decorrente de inadequada manutenção nos fios de alta tensão pela concessionária-ré. Competência da d. Câmara suscitante, 2ª Câmara de Direito Público desta Corte, diante da nova redação dada ao inciso I.7, do artigo 3º, da Resolução 623/2013, pela Resolução 648/2014. Precedentes da Corte. Dúvida procedente, com fixação da competência da 2ª Câmara de Direito Público, para processar e julgar o apelo" (TJSP, Conflito de Competência nº 0041874-43.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 26/08/2015).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Reparação de danos causados em razão do rompimento de um ramal externo (duto) pertencente à SABESP. Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público. Competência recursal definida nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 648, de 11 de junho de 2014, que prevê a competência da Seção de Direito Público para: '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 item III.15 do art. 5º desta Resolução'. Conflito procedente. Competência da 12ª Câmara de Direito Público" (TJSP, Conflito de Competência nº 0039872-37.2014.8.26.0000, Comarca de

Acesso ao Sumário

São Paulo, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 03/12/2014).

Como, ademais, bem salientado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer:

"O pedido inicial visa à condenação da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, empresa estatal prestadora de serviços públicos, à reparação de danos morais, em virtude de incêndio provocado por ação de seus prepostos.

Trata-se, ao que se depreende, desde logo e ao menos em tese, de responsabilidade civil extracontratual, mas, diretamente relacionada ao objeto institucional da empresa-apelante, ou seja, à prestação de serviço público, originada, contudo, da prática de ato ilícito pelo apelante.

Os danos causados não decorrem de eventual relação jurídica contratual entre os apelados e a apelante, mas, tem como motivo gerador a prática de ato ilícito relacionado à prestação do serviço público a ele cabível. Entre as partes envolvidas inexiste qualquer vinculação pactuada, ao menos os prejuízos não têm como fato gerador anterior contrato, nem mesmo os efeitos jurídicos dele" (fls. 341/342).

Diante de todo o exposto, julga-se procedente o conflito negativo, declarando-se a competência da C. 13ª Câmara de Direito Público para o processamento e julgamento do apelo.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2217491-70.2021.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante ALEX GALANTI NILSEN e paciente VILSON OLIVEIRA DE SOUZA, é impetrado SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO *HABEAS CORPUS*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.853)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE

Acesso ao Sumário

AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 15 de dezembro de 2021.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – REMOÇÃO DE CONDENADO PARA ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO AO CUMPRIMENTO DA PENA – IMPETRAÇÃO CONTRA O SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – ORDEM NÃO CONHECIDA.

A remoção de condenados de um estabelecimento prisional para outro é ato de competência de um dos Coordenadores Regionais da Administração Penitenciária (Resolução SAP nº 52/2003). Ilegitimidade passiva do Secretário de Administração Penitenciária. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

Ao relatório de fls. 28, acrescenta-se que a E. 7ª Câmara de Direito Criminal indeferiu o processamento do *habeas corpus*, com determinação (fls. 27/31), compreendida pelo Colendo STJ como determinação de remessa do *writ* ao Órgão Especial (fls. 33/40).

É o relatório.

Inviável o conhecimento do *habeas corpus*.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Vilson Oliveira de Souza visando a sua remoção a estabelecimento prisional adequado ante a ilegalidade da custódia no regime fechado, beneficiado que foi com a progressão ao regime semiaberto.

Todavia, como já decidiu este E. Colegiado em situações análogas, "não é viável a mera atribuição ao Secretário da Administração Penitenciária por eventual ilegalidade ou abuso de poder, sem a indicação, com precisão do responsável imediato pela situação do recluso, provavelmente um dos Coordenadores, com sua consequente colocação no polo passivo do remédio heroico" (HC nº 0.035.562-91.2012.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, j. 30/01/2013).

Acesso ao Sumário

Deveras, a remoção de condenados de um estabelecimento prisional para outro é atribuição de um dos cinco Coordenadores Regionais da Administração Penitenciária, conforme prevê o art. 2º da Resolução SAP nº 52/2003.

Diante da norma específica que identifica a autoridade responsável pelo ato supostamente ilegal, inviável a impetração contra o Secretário de Estado da Administração Penitenciária, de acordo com a jurisprudência reiterada do Órgão Especial:

> "*HABEAS CORPUS*. Impetração contra ato que indeferiu pedido de transferência de preso. Ilegitimidade passiva do Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Questão afeta a um dos Coordenadores Regionais, nos termos do art. 2º da Resolução SAP nº 52/2003. Precedentes do C. Órgão Especial. Ordem não conhecida, com determinação" (*Habeas Corpus* nº 0051609-95.2018.8.26.0000, Rel. Des Ferreira Rodrigues, j. 10/04/2019).
>
> "*HABEAS CORPUS* – Impetração contra o MM. Juízo das Execuções Penais da Capital, o Sr. Diretor do Centro de Detenção Provisória e o Sr. Secretário de Administração Penitenciária, com intuito de remoção do paciente de Centro de Detenção Provisória para estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de sua pena. Inicialmente distribuída à C. 5ª Câmara de Direito Criminal, esta não conheceu da ação no tocante às duas primeiras autoridades e determinou a remessa dos autos ao Eg. Órgão Especial para o exame da pretensão no tocante ao Sr. Secretário de Estado. Pretensão inviável. Ilegitimidade passiva do Secretário de Administração Penitenciária. O ato impugnado não se insere no âmbito de sua competência. Ademais, ausente indicação precisa do responsável pela suposta ilegalidade. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ordem não conhecida" (*Habeas Corpus* nº 2210824-73.2018.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 28/11/2018).
>
> "COMPETÊNCIA – *HABEAS CORPUS* – Impetração em face do Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo – Pretensão de preso, de ser removido de estabelecimento prisional onde se encontra, para outro, a bem da aproximação familiar – Impetração inicialmente ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, que dela não conheceu – Distribuição à Sétima Câmara de Direito Criminal, que também não conheceu da medida, determinando sua redistribuição – INCOMPETÊNCIA do Órgão Especial para conhecer e julgar a impetração em face do Secretário de Estado. ILEGITIMIDADE PASSIVA – *HABEAS CORPUS* – Secretário da Administração Penitenciária – Ato questionado que não se insere dentre os de sua competência – Resolução SAP-52, de 30-5-2003, da Secretaria da Administração Penitenciária que atribui aos Coordenadores Regionais da Administração Penitenciária a remoção de presos de um estabelecimento para outro – Ilegitimidade passiva do Secretário de Estado, configurada – Extinção do processo sem julgamento do mérito. Processo julgado extinto sem resolução do mérito" (*Habeas*

Acesso ao Sumário

Corpus nº 0024257-65.2018.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 12/09/2018).

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO CONTRA O SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO. PRETENSÃO À REMOÇÃO DO IMPETRANTE (TAMBÉM PACIENTE), PRESO, PARA OUTRO ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. Resolução SAP n° 52/03, artigo 2º. Incidência. Coação que, se existente, seria atribuível, na esfera administrativa, a um dos Coordenadores Regionais da Administração Penitenciária e não ao Secretário da Administração Penitenciária do Estado. Ilegitimidade de parte configurada. PROCESSO EXTINTO SEM EXAME DE MÉRITO" (*Habeas Corpus* nº 0037020-69.2016.8.26.0000, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 05/10/2016).

Por essas razões, não se conhece do *habeas corpus*.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0039757-69.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante EDITORA NEWS SIMPLES LTDA., é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41527)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – "Lei da Cidade Limpa" – Pretensão de obstar a restrição à circulação e distribuição de material impresso em vias públicas bem como à aplicação de multas – Ilegitimidade passiva do Prefeito Municipal, autoridade apontada como coatora – Atividade de fiscalização exercida por agentes fiscais vinculados às Subprefeituras – Ademais, ausência de direito líquido e certo – MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por Editora News Simples Ltda. em face do Senhor Prefeito do Município de São Paulo, suposta autoridade coatora.

Argumenta a impetrante, em resumo, seu direito líquido e certo de manter a distribuição e circulação de seus materiais impressos em vias públicas do município, não podendo ser considerados panfletos de publicidade, cumprindo com os requisitos legais previstos pela "Lei da Cidade Limpa" e, portanto, pugna para que não seja obstada na livre veiculação do material, abstendo-se a autoridade de apreendê-lo e também de aplicar qualquer multa.

O pedido de liminar foi indeferido – fls. 92/93.

O Senhor Prefeito do Município de São Paulo apresentou as informações, indicando a sua ilegitimidade passiva, além de não restar configurado qualquer direito líquido e certo da impetrante – fls. 70/74.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva da autoridade tida como coatora, indicando pela denegação da ordem de segurança – fls. 103/108.

É o relatório.

Ao que se apura, insurge-se a impetrante contra eventual interpretação da "Lei da Cidade Limpa", que poderia restringir o seu direito à distribuição e circulação de seu material impresso nas vias públicas do Município, pretendendo, preventivamente, que seu material não seja apreendido e não seja aplicada qualquer multa.

Nos termos da legislação, a concessão do mandado de segurança visa a proteção de direito líquido e certo.

Trata-se de remédio constitucional que conta com o preenchimento de

Acesso ao Sumário

requisitos para a sua impetração.

Nos termos do artigo 6º, *caput* e parágrafo 3º da lei nº 12.016/2009:

"Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

(...)

§ 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática."

Assim, a autoridade coatora é *"aquela que, direta e imediatamente, pratica o ato, ou se omite quando deveria praticá-lo, e não o superior hierárquico que recomenda ou baixa normas para sua execução"* (STJ-1ª T., REsp 62.174, Min. Demócrito Reinaldo, j. 7.6.95, DJ 14.8.95).

Assim, o impetrado, no caso, o Sr. Prefeito do Município de São Paulo, não possui legitimidade para responder por eventuais e futuros atos irregulares de fiscalização contra os quais se volta a impetrante, no caso, passíveis de serem realizados pelos agentes fiscais das Subprefeituras do Município de São Paulo, pois não é de sua atribuição, sendo autoridade hierarquicamente superior àqueles responsáveis pelos atos tidos como irregulares.

Em outros julgados deste Colendo Órgão Especial:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Ilegitimidade passiva – Caracterização – Lei Cidade Limpa – Fiscalização de seu cumprimento e punição aos infratores e responsáveis – Competência das Subprefeituras – Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Segurança denegada." (Mandado de Segurança nº 0002626-80.2009.8.26.0000, Rel. Des. Sousa Lima, j. 17.03.2010, v.u.);

"Mandado de segurança. Mandamus impetrado contra o Prefeito do Município de São Paulo. Ilegitimidade passiva. Ato praticado por chefe de fiscalização subordinado à Subprefeitura de Pirituba-Jaraguá. Inexistência de ação ou omissão praticada pelo Prefeito. Indicação errônea da autoridade coatora. Processo extinto. Segurança denegada." (Mandado de Segurança nº 0411190-46.2010.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, j. 03.02.2011, v.u.);

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – IMINÊNCIA DE AUTUAÇÃO DE EMPRESA DISTRIBUIDORA DE JORNAL COM BASE NA LEI Nº 14.517/07 – IMPETRAÇÃO CONTRA O PREFEITO MUNICIPAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA – COMPETÊNCIA DO COORDENADOR DE FISCALIZAÇÃO DA LEI CIDADE LIMPA – ART. 6º, § 5º, DA LEI Nº 12.016/09 – ART. 267, VI, CPC – CARÊNCIA DE AÇÃO –

MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. 1. No polo passivo da ação mandamental deve figurar a autoridade que der causa à lesão, mediante conduta comissiva ou omissiva, e que também detiver atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade. O futuro ato dito ilegal – autuação do impetrante pela distribuição de jornais, não é de competência do Senhor Prefeito do Município de São Paulo, mas do Coordenador de Fiscalização da Lei Cidade Limpa. 2. No mandado de segurança preventivo, não basta o simples risco de lesão a direito líquido e certo, com base apenas no julgamento subjetivo do impetrante. Impõe-se que a ameaça a esse direito se caracterize por atos concretos ou preparatórios de parte da autoridade impetrada, ou ao menos de indícios de que a ação ou omissão virá a atingir o patrimônio jurídico da parte. 3. Mandado de segurança denegado" (Mandado de Segurança nº 0107688-07.2012.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques, j. 05.12.2012, v.u.);

"MANDADO DE SEGURANÇA – MULTA DE VIOLAÇÃO DA LEI DA CIDADE LIMPA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – O Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Paulo não ordenou e nem executou o ato impugnado – Ilegitimidade passiva configurada – Art. 267, VI, CPC – Precedentes deste Órgão Especial – Segurança denegada." (Mandado de Segurança nº 0124882-83.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 02.10.2013, v.u.).

Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA**, e julgo extinto, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, inciso IV[1], do Código de Processo Civil e no artigo 6º, parágrafo 5º da lei nº 12.016/2009.[2]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2057866-97.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante TRIAMICIS SERVIÇOS DE ACADEMIA LTDA., 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 DENE-

Acesso ao Sumário

1 "**Art. 485.** O juiz não resolverá o mérito quando:
(...)
IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;"

2 **Art. 6º**
(...)
§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

GARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.271)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

VIANNA COTRIM, Relator

EMENTA: Mandado de segurança – Decretos Estaduais – Pandemia de covid-19 – Medidas sanitárias visando a prevenção do contágio com restrição de atividades econômicas (DE 64.994/2020) – Vigência estendida pelo Decreto Estadual 65.545, de 03/03/2021 – Possibilidade – Autonomia federativa garantida pela Constituição Federal – Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal – Plano São Paulo – Fase vermelha na época da impetração – Classificação das atividades essenciais pelo Estado que devem ser respeitadas – Academia de ginástica assim qualificada por norma federal – Irrelevância – Validade da norma estadual – Preliminares de carência superveniente de interesse processual e inadequação da via eleita rejeitadas – Segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Triamicis Serviços de Academia Ltda. ("Smart Fit Sumaré") impetra mandado de segurança contra o Governador do Estado de São Paulo.

Relata ser uma academia de esportes e que há reconhecimento científico de melhora da imunidade pela prática de exercícios e condicionamento físicos, desempenhando importante função na prevenção, tratamento e recuperação de doenças crônicas, atuando ainda na resposta imunológica a ameaças à saúde, inclusive em relação ao vírus SARS-CoV-2. Discorre sobre normas federais relativas à promoção da saúde pública nos últimos 30 anos. Assevera que os pronunciamentos do governador constantemente modificam as disposições do

Plano São Paulo, instituído pelo Decreto Estadual 64.994/2020, alterando as restrições para mais ou menos severas, tendo o Decreto Estadual 65.545, de 03/03/2021, estendido os efeitos do Decreto Estadual 64.881, de 22/03/2020, até 18/03/2021, com suspensão do atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços. Aduz que o DE 65.545, ao suspender o funcionamento de academias de esporte de todas as modalidades, incorre em direto e manifesto desrespeito ao art. 3º, § 1º, LVII, do Decreto Federal 10.282/2020, defendendo a prevalência da norma federal quanto à classificação das atividades essenciais, porque mais recente do que a estadual. Reconhece a necessidade de medidas preventivas à disseminação e contágio do novo coronavírus, porém as fases laranja e vermelha do Plano São Paulo são limitadoras do livre e pleno exercício de suas atividades. Assinala ainda a importância do incentivo à atividade física no cenário de pandemia e isolamento social, com grande número de pessoas inativas em suas casas, com tendência à preocupante evolução do sedentarismo. Menciona artigos sobre a importância da atividade física, inclusive no contexto da pandemia. Alega que se a União entende que determinadas atividades são *indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*, com funcionamento resguardado durante a pandemia, Estados e Municípios não podem restringir esse comando, excluindo atividades essenciais do rol federal, que estabeleceu um patamar mínimo a ser seguido, o qual pode ser ampliado, mas não reduzido. Anota que suas instalações estão adaptadas, e seus colaboradores orientados, tendo adotado os protocolos estabelecidos para as medidas de segurança e distanciamento social, além de haver controle do número de pessoas para que não haja aglomeração. Considera presentes os requisitos previstos no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009 e no art. 311 do CPC, pugnando pela imediata autorização para retomada do funcionamento de seu estabelecimento, obedecidas as normas aplicáveis.

Houve aditamento da inicial para defender que as alterações constantes das fases do Plano São Paulo, especialmente as fases vermelha e laranja, limitam livre e pleno exercício de suas atividades, porém a Constituição Federal reconhece como direitos fundamentais inerentes à dignidade humana o livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), dentre outros, somente sendo possível a restrição de alguns direitos e garantias fundamentais nos estados de defesa e de sítio, não tendo a autoridade coatora a prerrogativa de proibir suas atividades. Defende ter o direito líquido e certo de manter seu estabelecimento em funcionamento.

Indeferida a liminar, o impetrante interpôs agravo interno, ao qual este Órgão Especial negou provimento em 16/06/2021 (fls. 246/252).

O Governador do Estado prestou informações a fls. 263/268, com preliminar de carência superveniente do interesse processual, pois a medida vigorou até o dia 16/08/2021, estando atualmente autorizado o atendimento presencial

Acesso ao Sumário

ao público. No mérito, defende a adequação científica e a legalidade das medidas adotadas, devendo ser denegada a segurança.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou seu parecer pelo reconhecimento da inadequação da via eleita, não sendo o mandado de segurança contra ato normativo em tese, e pela falta superveniente do interesse de agir, porque as restrições perderam eficácia e foram revogadas as restrições.

É o relatório.

Não prosperam as preliminares suscitadas. Não há que se considerar a perda superveniente do interesse de agir porque as medidas de restrição de atividades, como forma de combate à propagação do vírus e contaminação das pessoas, podem ser restabelecidas, conforme as taxas de contágio, de ocupação de leitos hospitalares (simples e de UTI) e de mortalidade, sendo fato público e notório que a pandemia ocorre em ondas, mais ou menos severas, conforme se observa nos mais diferentes países – e mesmo em diferentes regiões do Brasil, aqui com menores oscilações nos interregnos temporais.

Destarte, ainda que durante o processamento do *mandamus* o ato reputado ilegalmente coator tenha perdido eficácia, ele existia na época da impetração e pode voltar a ter vigência.

De igual modo, não se cuida de impugnação de texto legal em tese, tendo sido expressamente apontadas as consequências de sua vigência, as quais a impetrante reputa abusivas e ilegais, ficando afastada a incidência da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, em que pese a combatividade do patrono da impetrante, é de ser denegada a segurança. O Colendo Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente reconhecendo a competência dos entes federativos para adotar as medidas necessárias ao combate à pandemia do novo coronavírus, devendo ser respeitada a autonomia federativa. Veja-se importante conclusão do Tribunal Pleno ao julgar em 06/05/2020 a ADI 6343 MC-Ref:

> CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SÃO ALICERCES DO FEDERALISMO E CONSAGRAM A FÓRMULA DE DIVISÃO DE CENTROS DE PODER EM UM ESTADO DE DIREITO (ARTS. 1º E 18 DA CF). COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sem-

Acesso ao Sumário

pre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.

3. A União tem papel central, primordial e imprescindível de coordenação em uma pandemia internacional nos moldes que a própria Constituição estabeleceu no SUS.

4. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

5. Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo *Imperial College of London*, a partir de modelos matemáticos (*The Global Impact of COVID19 and Strategies for Mitigation and Suppression*, vários autores; *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*, vários autores).

(...)

Acesso ao Sumário

Assim sendo, resta afastada a tese de prevalência da classificação federal das atividades essenciais, tendo os Estados, Distrito Federal e Municípios autonomia para expedir diplomas normativos visando a regulamentação das medidas necessárias ao combate ao novo coronavírus.

Outrossim, não há que se cogitar em ilegal restrição ao direito fundamental ao exercício profissional ou de atividade econômica, uma vez que os direitos fundamentais à vida e à saúde, individual e pública, devem prevalecer nesse momento de anormalidade que o mundo vem atravessando desde o início de 2020.

Oportuno consignar também que os Decretos Estaduais foram elaborados em conjunto com os integrantes do Centro de Contingência, que avaliavam semanalmente as já mencionadas taxas de contágio, de ocupação de leitos hospitalares (simples e de UTI) e de mortalidade, além de acompanhar estudos científicos de diversas fontes e orientações da Organização Mundial de Saúde.

Nesse contexto, reconhecida a autonomia dos entes federativos, a saúde pública emergencial pode e deve ser regulada por atos normativos estaduais autônomos em relação àqueles da União, observando-se os parâmetros da Lei Federal 13.979, de 06/02/2020, quando decretado o estado nacional de emergência de saúde pública.

Assim, o Estado de São Paulo desenvolveu o Plano São Paulo, instituído pelo Decreto Estadual 64.994, de 28/05/2020, com sucessivas e necessárias alterações e adaptações, mediante edição de novos Decretos Estaduais, com vistas à restrição das atividades, ou sua liberação e retomada gradual conforme o estágio de disseminação da doença, capacidade do sistema de saúde, estabelecendo os protocolos de saúde e higiene, tendo sido o estado dividido em regiões para uma melhor administração dessa regulamentação, uma vez que os índices não eram uniformes em todo o território.

Na data em que impetrado o presente *mandamus*, 17/03/2021, todo o Estado de São Paulo se encontrava na fase vermelha, estando proibidas de funcionar as academias em todo seu território, uma vez que a região atravessava um dos piores períodos já vividos da pandemia, com altíssimas taxas de contaminação, infecção, internações e óbitos, afigurando-se medida adequada, necessária e proporcional à necessidade sanitária do momento.

Assim vem se manifestando este Órgão Especial, em consonância com aquele do Supremo Tribunal Federal já mencionado. Veja-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE DECRETOS ESTADUAIS QUE IMPUSERAM E VÊM PRORROGANDO A QUARENTENA PARA PREVENÇÃO DO CONTÁGIO PELO CORONAVÍRUS – OBSERVÂNCIA – NECESSIDADE. AUTONOMIA FEDERATIVA GARANTIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REFERENDADA PELA ADI 6.341 DO C. STF – PLANO SÃO PAULO QUE REGREDIU

Acesso ao Sumário

TODAS AS CIDADES DO ESTADO À FASE VERMELHA À ÉPOCA DA IMPETRAÇÃO – FUNCIONAMENTO ATUALMENTE AUTORIZADO – INTERESSE PROCESSUAL QUE NÃO PERSISTE – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2051166-08.2021.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 17/11/2021; Data de Registro: 19/11/2021).

MANDADO DE SEGURANÇA – PODER DE POLÍCIA SANITÁRIA – PANDEMIA – COVID-19 – ACADEMIA DE GINÁSTICA – FUNCIONAMENTO – RESTRIÇÃO – ADMISSIBILIDADE. Impetração objetivando resguardar o direito ao exercício de atividade econômica de academia de ginástica. Restrição imposta pelo "Plano São Paulo". Prevalência dos Decretos Estaduais que regulamentam o combate à pandemia, conforme jurisprudência do STF e deste Colegiado. Preliminares rejeitadas. Segurança denegada (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2074671-28.2021.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 27/10/2021; Data de Registro: 29/10/2021).

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra as determinações dos 65.545/2021, 65.563/2021 e 65.596/2021, do Governador do Estado de São Paulo, que, no contexto da pandemia da COVID-19, ampliaram as medidas de quarentena de que trata o Decreto n. 64.881, de 22 de março de 2020, mediante implantação, no âmbito do Plano São Paulo, de disciplina excepcional no período de 06/03/2021 a 09/04/2021, com suspensão de serviços e atividades. Alegação de ilegalidade, porque a atividade da impetrante é considerada essencial, nos termos do Decreto Federal n. 10.344/2020, por atender clientes que fazem tratamento por recomendação médica ortopédica, cardíaca e pulmonar. PRELIMINAR DE CARÊNCIA. Rejeição. C. Órgão Especial que, nesses casos de restrições impostas para combate à pandemia da COVID-19, tem afastado a hipótese de impetração contra lei em tese (Súmula 266 do STF), com base no entendimento de que o ato impugnado, ao restringir o exercício de atividade econômica, caracteriza prejuízo concreto a direito individual (MS n. 0019710-11.2020.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 10/02/2021), daí não se verificar hipótese de inadequação da via eleita, e muito menos de falta de interesse processual, pois, apesar do esgotamento do prazo de validade dos decretos impugnados, ainda remanesce a necessidade de definir a questão referente à essencialidade dos serviços prestados pela impetrante (academia de esportes), já que essa condição (essencialidade) também foi invocada como fundamento da impetração (para evitar restrições aos estabelecimentos de tal natureza). MÉRITO.

Acesso ao Sumário

Alegação de que o ato impugnado impõe restrições injustificadas ao exercício de atividade econômica (considerada essencial), em afronta aos fundamentos constitucionais do valor social do trabalho e da livre iniciativa. Rejeição. Autoridade impetrada que, no presente caso, ao impor restrições temporárias ao funcionamento do comércio e serviços, inclusive no que diz respeito às atividades das academias, por não considerá-las essenciais, agiu em conformidade com orientações técnicas, em contexto envolvendo situação excepcional (decorrente da pandemia da COVID-19). Medida que destaca a preponderância do interesse público sobre o particular, e que encontra respaldo em jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Direito líquido e certo inexistente. Segurança denegada (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2079734-34.2021.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 06/10/2021; Data de Registro: 22/10/2021)

Por fim, consigne-se que o posicionamento monocrático e liminar mencionado na inicial restou reformado pelo Pretório Excelso, não mais subsistindo dúvidas quanto à possibilidade do Governador do Estado e os diferentes entes federativos emanarem normas regulamentadoras visando o combate à pandemia, sejam elas no âmbito da saúde ou no âmbito das atividades econômicas.

Pelo exposto, por essas razões, rejeitam-se as preliminares e denega-se a segurança pleiteada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0010831-78.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes AQUARELA ENCANTADA ENSINO INFANTIL EIRELLI e AQUARELA ENCANTADA BERÇÁRIO E EDUCAÇÃO INFANTIL EIRELI, são impetrados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO 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 79.600)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CAR-

Acesso ao Sumário

VALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO GENÉRICA CONTRA POTENCIAL ATO COATOR ATRIBUÍDO AO PREFEITO E AO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E RELACIONADO ÀS RESTRIÇÕES IMPOSTAS À ATIVIDADE COMERCIAL DAS IMPETRANTE, EM DECORRÊNCIA DA SUPERVENIÊNCIA DA PANDEMIA DO COVID-19. 1. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINARES LEVANTADAS NA MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA REJEITADAS. 2. IMPETRAÇÃO POR EMPRESAS DO SETOR EDUCACIONAL. ESSENCIALIDADE DA ATIVIDADE NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A SUPOSTO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE NÃO DEMONSTRADA. SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Aquarela Encantada Ensino Infantil Eirelli e outra, contra potencial ato coator atribuído ao Prefeito e ao Secretário de Saúde do Município de São Paulo, relacionado a restrições impostas ao exercício da atividade das impetrantes, em decorrência da superveniência da pandemia do COVID-19, por meio do Decreto Municipal 60.118/21.

Alegam as impetrantes que é ilegal a restrição imposta ao exercício de sua atividade. Argumentam que as escolas de ensino particular estão preparadas para desenvolver suas atividades de maneira segura. Afirmam que a manutenção dos serviços na rede pública implica perda de faturamento, visto que seus alunos migrarão para as instituições da prefeitura. Invocam o princípio da igualdade e da isonomia. Postulam a concessão da ordem, para que seja autorizada a funcionar regularmente. Subsidiariamente, requerem o processamento do feito como

Acesso ao Sumário

mandando de segurança preventivo contra *"novas decisões, instruções normativas ou decretos municipais da mesma categoria"*.

Após o aditamento da inicial, o juiz de primeiro grau reconheceu sua incompetência e os autos foram encaminhados para este Tribunal (fls. 34). A liminar foi indeferida (cf. fls. 37/42) e as autoridades coatoras prestaram informações (cf. fls. 59/70). Após, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (cf. fls. 75/83).

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que não merecem ser acolhidas as preliminares levantadas na manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, pelas razões a seguir expostas.

No tocante à alegada inadequação da via eleita, cabe assinalar que tal preliminar já foi rechaçada pelo Colendo Órgão Especial no julgamento do Mandado de Segurança Cível nº 2089550-74.2020.8.26.0000, cuja impetração diz respeito à mesma matéria tratada no presente mandamus. Confira-se, a respeito, trecho da ementa de tal julgado, relacionado à preliminar retro mencionada, verbis: *"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração por empresa de comércio de perfumaria, impedida de prestar seus serviços por força do Decreto nº 64.881/20, do Governador do Estado de São Paulo (e sucessivas prorrogações de vigência). PRETENSÃO de que seja concedida liminar, 'permitindo-se o funcionamento do estabelecimento da Impetrante, uma vez que é de caráter essencial à população e fora do propósito restritivo do Decreto'. CABIMENTO E ADEQUAÇÃO da ação mandamental, posto não se dirigir à disposição do decreto, mas contra seus efeitos concretos, de impedir o comércio no local. Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual 'não cabe mandado de segurança contra lei em tese'. Distinção, necessária, entre 'lei em tese, como norma de conduta, não atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266)', e 'leis e decretos de efeitos concretos' 'passíveis de mandado de segurança, por serem equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos'. 'Aplicação da Súmula 266' que, na atualidade, 'não pode significar senão a firme convicção de que mandado de segurança não é ação judicial de controle abstrato das leis nem nela pode se converter'. Doutrina e jurisprudência. Cabimento da impetração, portanto. Hipótese em que a empresa de comércio foi compelida, com a só edição e vigência do decreto estadual, e suas prorrogações, a deixar de prestar seus serviços, não pretendendo a declaração de nulidade da norma. Questão pacificada pelo C. Órgão Especial em numerosos julgados. Preliminar de descabimento da impetração, rejeitada."* (Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 25.11.2020).

A alegada ilegitimidade passiva, por sua vez, também deve ser rechaçada. Com efeito, as ora impetrantes insurgem-se contra potencial restrição imposta ao exercício regular de suas atividades comerciais, decorrente da quarentena instituída pela administração pública, no âmbito do combate à pandemia do

Acesso ao Sumário

COVID-19. Nesse contexto, ainda que se trate de insurgência genérica, já que não atacado ato normativo específico, forçoso concluir que a restrição à atividade comercial da impetrante foi imposta por meio do arcabouço normativo editado pelo Prefeito e Secretário de Educação do Município de São Paulo, de modo que configurada a sua legitimidade passiva para a presente impetração, nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009. Nesse sentido, aliás, já restou decidido no C. Órgão Especial (cf. Mandado de Segurança Cível nº 2064717-55.2021.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. 30.06.2021).

No mais, é caso de denegar a presente segurança, pelas razões a seguir explicitadas.

No caso em tela, a impetrante insurge-se genericamente contra as restrições impostas pelo poder público municipal para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, disciplinada por meio de decreto que instituiu medidas emergências de caráter transitório e temporário. Com efeito, tais medidas têm o intuito de conter a disseminação do novo coronavírus, de modo a garantir a saúde da população.

Assentadas tais premissas, verifico que, na exordial da presente impetração, as impetrantes alegaram que desenvolvem atividade essencial, qual seja, educação infantil.

Nesse contexto, seria até mesmo caso de reconhecer, na hipótese presente, a perda de interesse superveniente à impetração, uma vez que, conforme restou explicitado nas informações prestadas pelas autoridades coatoras, não mais subsiste o alegado risco de restrição ao exercício da atividade comercial da impetrante, tal como narrado na exordial do presente mandamus, uma vez considerada a superveniência de novo regramento municipal, o qual alterou as medidas anteriormente impostas, relacionadas à aludida quarentena. Convém, por oportuno, aqui transcrever o conteúdo das informações prestadas, verbis: *"... Conforme se verifica, após a edição dos Decretos Municipais nº 60.158, de 31 de março de 2021, e nº 60.389, de 20 de julho de 2021, esvaziou-se o objeto do presente mandado de segurança, o qual, repisa-se, foi impetrado no dia 17/3/2021. Evidenciada a perda superveniente do objeto da lide, inexistindo qualquer pretensão resistida, forçosa se revela a extinção do feito independentemente do exame de mérito."* (cf. fls. 63).

Ocorre, porém, que não se trata apenas de pretensão à concessão de segurança para permitir o pleno funcionamento das impetrantes enquanto persistir a mencionada quarentena. Ao contrário, há também pretensão no sentido de ser reconhecida a alegada essencialidade da atividade por elas desenvolvidas, cuja consequência seria, justamente, a permissão para seu funcionamento presencial em qualquer das fases do denominado "Plano São Paulo". Tanto assim o é que as impetrantes postulam subsidiariamente a concessão da segurança, em caráter preventivo, *"para novas decisões, instruções normativas ou decretos munici-*

Acesso ao Sumário

pais da mesma categoria" (fls. 10/11).

Nesse contexto, forçoso concluir que não podem ser acolhidos os argumentos das impetrantes. Vale lembrar, nesse ponto, que a questão em tela já foi decida pelo C. Órgão Especial em análogo. Convém transcrever, por oportuno, o que restou decidido em tal oportunidade, verbis:

> *"A pretensão dos impetrantes, contudo, não é só a liberação do direito de utilizar o seu escritório de advocacia, mas o reconhecimento de que se trata de atividade essencial, de tal sorte que, independentemente da fase do Plano São Paulo, deve ser-lhe concedido o direito de exercer sua atividade livremente.*
>
> *Sem razão, contudo.*
>
> *Importante ressaltar que as decisões do Poder Público em relação às atividades que devem ser permitidas enquanto perdurar a pandemia do coronavírus estão baseadas em critérios técnicos, dentre eles, a capacidade de resposta eficiente do sistema de saúde de cada Município, critérios estes de conveniência e oportunidade do órgão administrativo, em face dos quais não cabe controle judiciário, especialmente na hipótese atual, em que se busca assegurar o direito fundamental à saúde.*
>
> *Nesse ponto, destaca-se trecho de decisão proferida pelo C. Supremo Tribunal Federal, ao acolher pedido de suspensão de segurança proposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em razão de decisão que autorizou o funcionamento de academia de tênis, atividade não essencial:*
>
> *(...)*
>
> ***Não cabe ao Poder Judiciário decidir qual ramo de atividade econômica pode ou não abrir suas portas, ou mesmo quais as medidas profiláticas que devem ser adotadas, em caso positivo, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.***
>
> *Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais 'repita-se' promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.*
>
> *Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa' (SS 5377 MC/SP – SÃO PAULO – MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA, Relator: Min. Presidente Decisão proferida pelo: Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 06/05/2020)"* (cf. Mandado de Segurança Cível nº

Acesso ao Sumário

2058148-38.2021.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. 6.10.2021).

Em tais circunstâncias, não configurada, na espécie, a alegada violação a suposto direito líquido e certo das impetrantes, visto que, nos termos do ato administrativo ora impugnado, não configurada a essencialidade da atividade por elas desenvolvida, é caso de denegar a segurança, pelas razões acima explicitadas.

Pelo exposto, denego a ordem. Custas pelas impetrantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2166369-18.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante APEOESP – SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE, JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.272)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 26 de janeiro de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração por APEOESP – SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO contra ato omissivo do Prefeito do Município de São Paulo que não respondeu a questionamento

Acesso ao Sumário

formulado por conta de denúncia, junto a autoridade impetrada, de repasse de mais de R$ 75 mil, sem licitação, para a organização do ato político promovido pelo presidente Jair Bolsonaro (sem partido) a partir da capital paulista. Preliminar de ilegitimidade ativa de parte por ausência de pertinência temática. Acolhimento. Requerimentos formulados à d. autoridade impetrada por uma Deputada Estadual, que não guardam relação com as questões atinentes a "interesses e direitos, individuais e coletivos da categoria profissional que representa". Processo extinto, sem julgamento do mérito. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por APEOESP – SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO contra ato omissivo do Prefeito do Município de São Paulo que não respondeu a questionamento formulado por conta de denúncia junto a autoridade impetrada de repasse de mais de R$ 75 mil, sem licitação, para a organização do ato político promovido pelo presidente Jair Bolsonaro (sem partido) a partir da capital paulista.

Alega o sindicato-impetrante que formulado pedido de esclarecimento a d. autoridade impetrada, até a presente não houve resposta, informando parcialmente no que foi investido os R$ 75.000,00 para o ato; diz que exerceu seu direito de requerer a providência necessária, e não pode ver retardado indefinidamente o atendimento a seu pedido, pela simples omissão do órgão competente, que desde o dia 14/06/2021, ainda não providenciou a resposta adequada ao pleito; requer, assim, seja concedida a segurança, com o fito de compelir a autoridade impetrada a providenciar resposta ao requerimento protocolado no dia 14/06/2021.

Acesso ao Sumário

Processado o *mandamus* sobrevieram informações da d. autoridade impetrada (fls. 85/90), alegando, em preliminar, ausência de prova do alegado, ilegitimidade ativa da impetrante e ausência de pertinência temática, com requerimento de extinção do processo, sem resolução do mérito.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 94/98).

É o relatório.

Denega-se a ordem, uma vez acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa de parte, ante a ausência de pertinência temática.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por APEOESP – SINDI-

CATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO contra ato omissivo do Prefeito do Município de São Paulo que não respondeu a questionamento formulado por conta de denúncia junto a autoridade impetrada de repasse de mais de R$ 75 mil, sem licitação, para a organização do ato político promovido pelo presidente Jair Bolsonaro (sem partido) a partir da capital paulista.

O artigo 5º, inciso LXX, da Carta Federal assegura a impetração do mandado de segurança coletivo por sindicato, *verbis*:

"Art. 5º.

(...)

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

(...)

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;..."

A Lei nº 12.016/09, por sua vez, trata a impetração do mandado de segurança coletivo em seu artigo 21, assim dispondo:

"Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, ***em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial****.*

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. (negritei)

Observa-se que o Sindicato impetrante, que tem por finalidade, nos termos do seu Estatuto Social acostado às fls. 08/32 dos autos: *"a) defender os interesses e direitos, individuais e coletivos da categoria profissional que representa,*

Acesso ao Sumário

inclusive nas instâncias judiciais e administrativas competentes; b) desenvolver e organizar encaminhamentos conjuntos visando à unidade e à unificação de todas as entidades representativas dos trabalhadores em Educação, no âmbito do Ensino Público; c) lutar, juntamente com outros setores da população, pela melhoria do ensino, em particular pelo ensino público e gratuito, em todos os níveis; d) manter intercâmbio e convênios com organizações de caráter sindical, educacional ou cultural, nacionais e estrangeiras, sobre assuntos de interesse da categoria; e) lutar, ao lado de outros trabalhadores, por liberdade de organização, manifestação e expressão para todos os trabalhadores; f) lutar pela proteção do patrimônio artístico, histórico e cultural em sua base de atuação territorial, inclusive quando esta ação for complementar às demais finalidades tratadas nas alíneas 'a' até 'e' do presente artigo", acostou aos autos fotografias de "motociata" realizada no Município de São Paulo, além de ofício assinado pelo Chefe do Gabinete de Turismo do Munícipio dando conta de requerimento formulado pela Deputada Estadual Maria Izabel Azevedo Noronha solicitando esclarecimentos sobre repasse de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) sem prévia licitação para organização de ato político patrocinado pelo Presidente Jair Bolsonaro, sendo certo que mencionado ofício presta esclarecimentos sobre o fato (fls. 54/55).

Do cotejo entre o pedido formulado no presente mandado de segurança e a finalidade do Sindicato-autor observa-se *ab oculi* a ausência de pertinência temática, na medida em que os requerimentos formulados à d. autoridade impetrada, vale dizer, por uma Deputada Estadual, não guardam relação com as questões atinentes a *"interesses e direitos, individuais e coletivos da categoria profissional que representa"*, qual seja, os profissionais do ensino oficial do Estado de São Paulo, não se podendo sequer alargar o elenco de finalidade social a fim de admitir que a impetrante estivesse zelando pelo interesse patrimonial, moral ou histórico da Educação.

Consoante trabalho publicado em revista jurídica *online*[1], da lavra do Professor José Tadeu Neves Xavier:

> *"Ainda dentro da análise da legitimidade ativa para a utilização do mandamus coletivo, impõe-se o enfrentamento do requisito da pertinência temática.*
>
> *De acordo com o disposto na parte final do artigo 21, da Lei 12.016/2009, para que os entes que recebem legitimidade extraordinária para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo possam atuar é indispensável a ocorrência de pertinência temática, ou seja, que exista uma correspondência do interesse que se pretende tutelar por meio da ação coletiva e os fins institucionais da entidade associativa em questão (finalidade, programa, objetivo institucional).51*

Acesso ao Sumário

1 XAVIER, José Tadeu Neves. "Perfil atual do Mandado de Segurança Coletivo: a delimitação do objeto e a sua legitimidade ativa" *in* Revista da Faculdade de Direito da FMP – 2013, n. 8, p. 240-264

Esta restrição está de acordo com a melhor forma de instrumentalização racional das demandas coletivas, pois se coaduna perfeitamente com a presença da legitimação processual extraordinária, valoriza a especialização da associação, que possui maior conhecimento específico para lidar com a matéria debatida na lide e limita a possibilidade de desvio de finalidade da entidade associativa. Note-se que não há necessidade da associação conter em seu estatuto previsão própria que lhe autoriza o manuseio do Mandado de Segurança Coletivo em juízo, pois esta legitimação é atribuída pelo texto constitucional. O que se exige é que o objeto da demanda coletiva guarde afinidade com os fins da entidade impetrante."

Por fim, como assente no lúcido parecer da lavra do Procurador-Geral de Justiça, Wallace Paiva Martins Junior (fls. 94/98), *in verbis*:

"Ora, caracterizada a ilegitimidade ativa do impetrante em razão da ausência de pertinência temática.

Não se encontra entre as finalidades previstas no estatuto da APEOESP (fls. 08/09) a tutela do patrimônio público e da moralidade, mais precisamente sobre a utilização de verba municipal utilizada para a prestação de serviços de fornecimento de grades para atendimento de evento denominado 'Carreta – Acelera para Cristo' (fls. 54/55), que é o objeto do pedido, conquanto não se negue ao impetrante o exercício do direito de informação.

Além disso, o manejo do mandado de segurança coletivo por sindicato pressupõe a defesa de interesse (coletivo) de seus membros, associados ou filiados, e não a tutela de seu direito como pessoa jurídica de direito privado à obtenção de informação do poder público. E da escassa documentação exibida pelo impetrante tem-se um quadro de incertezas para aquilatar a legitimidade ativa, pois, conforme o documento de fls. 54/55 diz-se que o requerimento que solicitou as informações sobre o repasse do valor questionado foi formulado pela Deputada Estadual Maria Izabel Noronha, Presidente da APEOESP, mas, não em nome do sindicato. Acrescente-se que não veio com a inicial a comprovação de qualquer documento demonstrando o protocolo de pedido formulado pela APEOESP na Prefeitura Municipal.

Portanto, de rigor a extinção do processo, sem exame do mérito.".

Diante do exposto, acolhida a preliminar, JULGO EXTINTO o presente mandado de segurança com amparo no artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil cc. artigo 6º, § 5º da Lei nº 12.016/2009.

Denega-se a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2054776-81.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RESTAURANTE O ESTRADEIRO, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46901)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Mandado de Segurança Cível. Impetração contra ato do Governador do Estado de São Paulo (Decreto Estadual nº 65.545/2021). Restaurante considerado como de serviço de apoio ao transporte rodoviário nacional. Permitido seu funcionamento, de acordo com o artigo 3º, § 1º, inciso XLIV, do Decreto Federal nº 10.282/2020, com a redação dada pelo Decreto nº 10.329/2020 e artigo 3º, do Decreto Estadual nº 65.545/2021 e artigo 1º, § 1º, 6, do Decreto nº 64.881/2020. Segurança denegada.

VOTO

Ingressa RESTAURANTE O ESTRADEIRO LTDA., contra ato praticado pelo Governador do Estado de São Paulo quanto ao Decreto Estadual nº 65.545/2021, que suspendeu o consumo local nos restaurantes, pretendendo a autorização da manutenção do atendimento presencial do estabelecimento comercial.

Acesso ao Sumário

Sustenta o impetrante que é uma empresa localizada na Avenida Engenheiro Plínio de Queiroz, atual Rua Engenheiro Paulo de Queirós, localizada na Zona Industrial, devidamente cadastrada junto a Receita Federal com autorização para o desempenho principal da atividade de restaurante (refeições e lanches) e produtos alimentícios, bebidas em geral, cigarros, loja de conveniências, doces, calçados, artigos de vestuário e uso pessoal e artigos para presente (fls. 17), dispõe de posto de abastecimento e é local de parada para usuários da Rodovia e ponto de apoio para caminhoneiros, eis que em rota regular de caminhões ao Porto de Santos.

Entende que a empresa está inserida entre o comércio essencial durante a pandemia, de acordo com o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamentou a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Afirma que seu funcionamento na modalidade delivery (entrega) e drive-thru (retirada no automóvel) fica inviável, já que é ponto de apoio aos caminhoneiros, também no fornecimento de banheiros e material de higienização para viajantes.

Pleiteia autorização para que possa servir refeições no local, observadas as medidas sanitárias e de biossegurança. Alternativamente, postula autorização para funcionamento dos serviços de retirada no local, uma vez que a localização do estabelecimento é inviável com a modalidade de delivery (entrega) e drive-thru (retirada no automóvel), uma vez que seus clientes são motoristas de caminhões.

Foi indeferida a liminar pelo Exmo. Desembargador Euvaldo Chaib (fls. 44/46). Houve interposição de agravo interno (fls. 84/100), mantido o indeferimento da liminar, por maioria, vencido este Relator, que dava provimento ao agravo (fls. 153/170).

A Fazenda do Estado de São Paulo requereu seu ingresso no feito, com fundamento no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/09 (fls. 58).

A autoridade impetrada prestou informações, alegando, preliminarmente, a carência superveniente do interesse processual, uma vez que, nos termos do Decreto Estadual nº 65.635/2021, a partir de 24 de maio, ficou permitido, excepcionalmente, o atendimento presencial nos estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços e atividades não essenciais, entre 6h00 e 21h00, limitada a ocupação a até 40% (quarenta por cento) da capacidade, mantendo-se a rigorosa observância dos protocolos de biossegurança. No mérito, sustentou a imprescindibilidade da decretação da quarentena e das medidas restritivas à circulação de pessoas para impedir a propagação do coronavírus (fls. 73/79).

A D. Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da segurança com a extinção do processo sem resolução do mérito por perda de interesse superveniente (fls. 186/190).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Com a devida vênia ao Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, com relação a impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese, consoante o disposto na Súmula 266 do C. Supremo Tribunal Federal, que menciona que "não cabe mandado de segurança contra lei em tese", ressalte-se que isto quer apenas dizer que o mandado de segurança não se presta para questionamento em abstrato da constitucionalidade das leis. Todavia, leis e decretos de efeitos concretos são passíveis de mandado de segurança para resguardo de direitos líquidos e certos, razão pela qual se conhece da presente impetração.

Reitero meu entendimento relatado na declaração de voto vencido proferido no Agravo no sentido de que a impetrante amolda-se às hipóteses em que seu estabelecimento é considerado como de serviço de apoio ao transporte rodoviário nacional, de acordo com o rol do artigo 3º, § 1º, do Decreto Federal nº 10.282/20, com redação dada pelo Decreto Federal nº 10.329/2020, que incluiu o inciso XLIV que tem a seguinte redação:

"**Decreto Federal nº 10.282/20**

Art. 3º. As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.

§ 1º São serviços públicos e atividades essenciais àqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

(...)

XLIV – atividades de comércio de bens e serviços, incluídas aquelas de alimentação, repouso, limpeza, higiene, comercialização, manutenção e assistência técnica automotivas, de conveniência e congêneres, destinadas a assegurar o transporte e as atividades logísticas de todos os tipos de carga e de pessoas em rodovias e estradas."

Como anteriormente anotado no V. Acórdão, a impetrante localiza-se em via paralela à rodovia, em trecho de estrada, sem comércio local no entorno, além de encontrar-se em local com posto de abastecimento e área de descanso para caminhão, seu período de funcionamento é longo, das 06:00 às 00:00hs, utilizado como ponto de apoio para pessoas que se encontram em trânsito em estradas, conforme se verifica do endereço eletrônico (constante do texto original).

Acesso ao Sumário

E os Decretos Estaduais suspenderam o consumo local em restaurantes, muito embora sem prejuízo dos serviços de entrega (delivery) e "drive thru", ***mantendo as atividades dos estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais relacionadas no citado artigo 3º, § 1º, do Decreto Federal nº***

10.282/2020, dentre as quais se encaixa a empresa impetrante.

Decreto nº 65.545/2021

Artigo 1º – Observados os termos e condições estabelecidos no Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020, fica estendida, até 9 de abril de 2021, a vigência:

I – da medida de quarentena instituída pelo Decreto nº **64.881**, de 22 de março de 2020;

II – da suspensão de atividades não essenciais no âmbito da Administração Pública estadual, nos termos do Decreto nº 64.879, de 20 de março de 2020, independentemente do disposto no artigo 1º deste último.

Artigo 2º – Para o fim de restrição de serviços e atividades em decorrência da medida de quarentena, no âmbito do Plano São Paulo, instituído pelo Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020, fica o território do Estado de São Paulo, em sua íntegra, classificado, excepcionalmente, na fase vermelha, nos dias 6 a 19 de março de 2021.

Artigo 3º – O artigo 4º do Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020, alterado pelo Decreto nº 64.949, de 23 de abril de 2020, passa a vigorar com a seguinte redação: "Artigo 4º – Observado o uso permanente de máscaras de proteção facial, fica recomendado que a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite ao desempenho de atividades essenciais, em especial no período entre 20 horas e 5 horas." Artigo 4º – Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário, em especial o Decreto nº 64.949, de 23 de abril de 2020."

"**Decreto 64.881/2020**

Artigo 1º – Fica decretada medida de quarentena no Estado de São Paulo, consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus, nos termos deste decreto.

Parágrafo único – A medida a que alude o 'caput' deste artigo vigorará de 24 de março a 7 de abril de 2020.

Artigo 2º – Para o fim de que cuida o artigo 1º deste decreto, fica ***suspenso***:

I – o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, especialmente em casas noturnas, 'shopping centers', galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas;

II – o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, sem prejuízo dos serviços de entrega ('delivery') e 'drive thru'.

§ 1º – O disposto no 'caput' deste artigo **não se aplica a estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais**, na seguinte conformidade:

1. saúde: hospitais, clínicas, farmácias, lavanderias e serviços de limpeza e hotéis;

Acesso ao Sumário

2. alimentação: supermercados e congêneres, bem como os serviços de entrega ('delivery') e 'drive thru' de bares, restaurantes e padarias;

3. abastecimento: transportadoras, postos de combustíveis e derivados, armazéns, oficinas de veículos automotores e bancas de jornal;

4. segurança: serviços de segurança privada;

5. comunicação social: meios de comunicação social, inclusive eletrônica, executada por empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

6. **demais atividades relacionadas no § 1º do artigo 3º do Decreto federal nº 10.282, de 20 de março de 2020.**

Assim, a impetrante preenche os requisitos para o funcionamento presencial em razão da essencialidade do serviço prestado, desde que observadas as regras de segurança à saúde dos frequentadores e funcionários da impetrante.

Entretanto, tendo em vista que o Decreto Estadual nº 65.897, de 30 de julho de 2021, manteve as restrições ao funcionamento do comércio e de prestadores de serviços somente até o dia 16 de agosto de 2021, mantendo apenas a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção facial, o cumprimento dos protocolos sanitários e a vedação de aglomerações, inexiste, atualmente, restrições ao funcionamento de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, pelo que deve ser julgado extinto o presente "mandamus", sem resolução do mérito.

Isso posto, **extingue-se o processo, sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, e no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.**

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013386-34.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante P. DE J. DA V. E. DA I. E J. DA C., é agravado W.F.M. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos deram provimento ao agravo. Vencido o 3º Juiz, que declara", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.838)**

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, 16 de dezembro de 2021.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – ECA – Ato infracional – Tráfico de entorpecentes – Insurgência contra a decisão que deixou de decretar a internação provisória de adolescente acusado de praticar a infração equiparada ao crime de tráfico de drogas – Liminar deferida – Requisitos do art. 108, 122 e 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Grande quantidade e variedade das drogas apreendidas a indicar envolvimento profundo com o tráfico de drogas – Necessidade imperiosa da medida reconhecida – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto pelo Ministério Público contra r. decisão proferida pela MMª Juíza da 5ª Vara Especial da Infância e Juventude da Capital (fls. 42/43 dos autos de origem) que

deixou de decretar a internação provisória do adolescente W.F.M. (DN (...)), representado em razão da suposta prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 38/41).

Sustenta, em apertada síntese, existir prova segura do cometimento do ato infracional. Ressalta a necessidade da imediata intervenção socioeducativa, tendo em vista a gravidade do ato praticado e alega estar o adolescente exposto a situações de extremo risco pessoal. Requer-se, assim, a antecipação da tutela recursal, deferindo-se a internação provisória do adolescente e, ao final, seja dado provimento integral ao presente agravo, reformando-se a r. decisão interlocutória, para que haja a manutenção da custódia cautelar até o julgamento da ação socioeducativa ajuizada em face do adolescente (fls. 1/13).

A liminar foi deferida (fl. 16/20), oferecida a contraminuta pela Douta Defensoria Pública (fls. 31/36) e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 39/46).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Do exame dos autos, constata-se que o adolescente W.F.M. foi representado pela prática do ato infracional equiparado à conduta tipificada no crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo que foi apreendido em 30.11.2020 com 114 (cento e quatorze) porções contendo Tetraidrocanabinol, vulga maconha, pesando cerca de 152,3g; 89 (oitenta e nove) porções contendo cocaína, na forma de pó, pesando cerca de 39,9g e 62 (sessenta e duas) porções cocaína na forma de pedra, pesando cerca de 10,4g, substâncias entorpecentes e que determinam dependência física e psíquica, sem autorização legal ou regulamentar (fls. 28/31 – autos principais).

E, em que pese o entendimento do Juízo, tem-se que a respeitável decisão impugnada deve ser reformada, eis que o pedido do Ministério Público se ampara nos artigos 108, 122 e 174, todos da Lei nº 8.069/90, aplicável ao caso, não se vislumbrando constrangimento ilegal se restringida a liberdade de locomoção do adolescente. Cumpre destacar que o adolescente, embora tecnicamente primário (fl. 34 – autos principais), contra ele pesam indícios suficientes de autoria de prática de conduta grave, considerado infração equiparada por Lei a crime hediondo, de inegável repercussão social. Ademais, a quantidade de entorpecentes apreendidos indica envolvimento profundo com o tráfico de drogas a se reconhecer a necessidade imperiosa da medida.

E, como bem elucidou a douta Procuradoria Geral de Justiça:

"Desse modo, ostenta o ato infracional em comento traços concretos de violência e grave ameaça à pessoa, que justifica a medida de internação pela interpretação extensiva das hipóteses anotadas no art. 122 do E.C.A., ante a manifesta gravidade da conduta, como reiteradamente afirma este E. Tribunal

Acesso ao Sumário

(Apelação Cível nº 1500017-84.2019.8.26.0619, J. 25 de julho de 2019, Rel. Desembargador Sulaiman Miguel).” (fls. 41/42).

Certo é que a frequência com que esta espécie de ato infracional ocorre tem trazido temor a toda a sociedade diante dos desdobramentos para outras infrações graves que provoca, e evidente prejuízo à ordem pública.

Assim, dada a existência, conforme informações acostadas aos autos, de indícios suficientes de materialidade e autoria, a segregação cautelar, de natureza preventiva, melhor atende, ao menos nesse momento, às necessidades do adolescente e às da sociedade, em consonância com o princípio da proteção integral, escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 47.972)

Vistos.

Trata-se de **agravo instrumento**, interposto pelo Ministério Público contra decisão que indeferiu o pedido de internação provisória do adolescente **W. F.M.**, representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta, em síntese, que é caso de decretação da internação provisória do adolescente, porque existem provas seguras do cometimento do ato infracional. Ressalta a necessidade da imediata intervenção socioeducativa, tendo em vista a gravidade do ato praticado e alega estar o adolescente exposto a situações de extremo risco pessoal.

A liminar foi deferida.

Contraminuta pela rejeição do pedido.

Parecer da Procuradoria pelo provimento do recurso.

Sem embargo dos fundamentos dos votos vencedores, no meu entender, a hipótese é de extinção do agravo de instrumento.

O presente agravo encontra-se prejudicado em razão da perda de objeto, tendo em vista que **foi prolatada sentença nos autos nº (...), a qual julgou improcedente a representação oferecida contra o agravado.**

Por conseguinte, em razão de fato superveniente, deixa de existir interesse recursal a inviabilizar o exame do presente pelo mérito.

É o caso de se considerar prejudicado o inconformismo e não conhecer o recurso, nos termos do art. 932, III, do CPC.

Daí o porquê, pelo meu voto, julgo extinto o agravo.

Acesso ao Sumário

MAGALHÃES COELHO, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500827-52.2020.8.26.0416, da Comarca de (...), em que é apelante E.S.C. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.108)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL – Condutas equiparadas ao crime de furto qualificado (incisos I e IV, dos §§ 1º e 4º, do art. 155; incisos I**, II e IV, do § 4º, do artigo 155; e incisos I, II e IV, do § 4º, do artigo 155, c/c o inciso II, do artigo 14, na forma do artigo 71, todos do Código Penal) – Sentença acolheu, em parte, a representação e aplicou a medida de liberdade assistida – Pleito de absolvição ante a insuficiência de prova – Depoimentos das vítimas, da testemunha e demais elementos de convicção dão lastro ao acolhimento da representação – Suficientemente evidenciadas autoria e materialidade – Atos infracionais sem violência ou grave ameaça à pessoa – Aplicação da medida de liberdade assistida, segundo as circunstâncias do caso e preceitos legais (art. § 1º, do art. 112, da Lei nº 8.069/90) – Recurso desprovido,**

Acesso ao Sumário

com observação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo adolescente E.S.C., nascido em (...), contra sentença (fls. 315/323) que acolheu em parte a representação e aplicou a medida de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de 06 meses, pela prática de atos infracionais equiparados aos crimes de furto, tipificados nos incisos I e IV, dos §§ 1º e 4º, do artigo 155; incisos I, II e IV, do § 4º, do art. 155, incisos I, II e IV, do § 4º, do art. 155, c/c inciso II do art. 14, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

A defesa requereu a absolvição, sustentando a insuficiência de provas. Subsidiariamente, pleiteou a substituição da medida socioeducativa de liberdade assistida por medida mais branda (fls. 345/351).

Vieram as contrarrazões (fls. 380/383).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 393/398).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não merece provimento, com observação.

O apelante foi representado pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos descritos no artigo 288, caput; incisos I e IV, dos §§ 1º e 4º, incisos I e IV, do art. artigo 155; incisos I, II e IV, do § 4º do art. 155; e incisos I, II e IV, do § 4º, do art. 155, c/c o inciso II, do artigo 14, na forma do artigo 71, todos do Código Penal. **A r. sentença julgou procedente em parte a representação, aplicando ao adolescente a medida de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de 06 meses, reconhecida a prática dos atos equiparados aos crimes de furto, absolvendo-o em relação ao crime análogo ao art. 288 do Código Penal (associação criminosa).**

Narra a representação que, no dia (...), na (...), (...), (...), na comarca de (...), o adolescente, agindo em concurso de agentes com os imputáveis D.A.S.N.S. e A.A.S.N.S., subtraíram, para eles, mediante rompimento de obstáculo, uma televisão de 40 polegadas, da marca Samsung, pertencente a J.N.P.J.

Consta, ainda, que no dia (...), também na (...), (...), (...), na comarca de (...), valendo-se de semelhante modo de execução, o adolescente, agindo em concurso de agentes com os imputáveis supra mencionados, subtraíram, para eles, mediante escalada e rompimento de obstáculo, uma garrafa de Whisky, Johnnie Walker de 750ml; uma garrafa de Rhum Clement Viex; um farolete camuflado, marca Ecopower; 1 carretilha, marca Brisa Dourada, Titan 3000;

Acesso ao Sumário

1 secador de cabelo, marca Arno; uma parafusadeira elétrica; um televisor, 52 polegadas, marca LG; diversas peças de roupas masculinas e várias facas de cozinha, avaliados em R$ 6.099,00, pertencentes a M.B.A.R.

Consta, por fim, que no dia (...), na (...), (...), (...), comarca de (...), valendo-se de semelhante modo de execução, o adolescente, em concurso com os imputáveis supra mencionados, tentaram subtrair, mediante escalada e rompimento de obstáculo, objetos pertencentes a V.A.B., não consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

A materialidade dos atos infracionais está bem demonstrada por boletins de ocorrência (fls. 02/03; 04/05; e 06/07), autos de exibição e apreensão (fl. 10; 13 e 15), relatório de investigação (fl. 18/22; 51/59 e 60/61), auto de apreensão do adolescente (fl. 36/37), laudo de avaliação (fls. 76/77), e pela prova oral.

A autoria está evidenciada, sem dúvida, pelo conjunto probatório, sendo que o próprio adolescente, em sede policial, confessou a prática dos atos infracionais (fls. 26/27).

Em juízo, alterando a versão apresentada em sede policial, confessou apenas que furtou duas televisões e algumas garrafas de bebida, negando os demais fatos e excluindo o imputável D. do ato. Admitiu, ainda, que esteve no (...) somente um dia, subtraindo objetos de uma casa (fls. 145 – mídia audiovisual).

A confissão, ainda que parcial, resta comprovada pelas demais provas produzidas.

Com efeito, a vítima M., ouvida em sede policial (fls. 16), declarou que é proprietária de uma residência situada no (...). Confirmou a ocorrência do furto, praticado mediante escalada e com arrombamento de portas e janelas.

A vítima J., ouvida em sede policial (fls. 28), declarou que possui uma casa de veraneio no (...) e na data dos fatos recebeu informações do caseiro do local de que sua porta da cozinha havia sido arrombada por desconhecidos. Constatou que havia sido levada uma televisão de 40 polegadas, marca Samsung, sendo que outra televisão, que ficava no quarto, chegou a ser retirada do cômodo, mas foi abandonada no sofá.

A vítima V., também ouvida no distrito policial (fls. 25), declarou que é proprietária de uma casa no (...) e confirmou a tentativa de furto, mediamente arrombamento, em sua residência. Asseverou que, em vistoria ao local, constatou que nenhum objeto foi levado de sua residência, restando somente o prejuízo com a porta no valor de R$ 1.600,00 (hum mil e seiscentos reais).

A testemunha D., em sede policial, relatou ser proprietário de um imóvel no (...) e que ocorreram alguns furtos no local. Disse que viu o imputável D. correndo da residência da vítima V. (fl. 318).

No mais, as declarações foram corroboradas pelo depoimento, sob o crivo do contraditório, da testemunha N.J.V.S., policial militar, responsável pela

apreensão do adolescente, que narrou, que na época dos fatos, após denúncias apontando A. e o representado como autores dos furtos, foram realizadas diligências e recuperados objetos furtados na casa de D. e de sua sogra. Declarou que o adolescente foi conduzido ao distrito policial, onde confessou a participação nos delitos descritos na inicial. Asseverou que, com a apreensão do adolescente, houve a diminuição dos delitos na região (fls. 313 – mídia-áudio-visual).

Não há indício de falsa acusação do policial, sendo o conjunto, coerente e coeso, suficiente para acolhimento da representação pelos atos infracionais equipados aos crimes de furto, tal como lançada na origem.

Nota-se, ainda, como bem observado pelo juízo de origem, que o representado, embora, em juízo, afirme ter ido ao condomínio apenas em uma oportunidade, confessou a subtração de objetos pertencentes a vítimas diversas, o que bem confirma a ampla confissão no distrito policial.

Há, assim, provas suficientes de autoria, restando demonstrada a efetiva participação do apelante nos atos infracionais a ele imputados.

Configuradas, portanto, a conduta infracional perpetrada, a medida socioeducativa aplicada foi adequada.

O ato infracional examinado não se reveste de violência, nem de grave ameaça à pessoa, descartando-se a hipótese do inciso I, do art. 122 do ECA.

Diante das circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo, considerando que o adolescente respondeu a outros processos na Vara da Infância e Juventude, a liberdade assistida era mesmo a medida mais adequada ao caso concreto (§ 1º do art. 112, da Lei nº 8.069/90), sendo insuficiente medida mais branda.

Destaca-se que a medida de liberdade assistida visa proporcionar a reabilitação e a reeducação do adolescente infrator, impondo-lhe freios e responsabilidades. Não só por sua carga socio-pedagógica, mas, também, pela possibilidade de cumprimento em meio aberto, junto de sua família e sem privá-lo do convívio social, mostra-se eficaz para despertar suas aptidões, bem como incutir no jovem noções de cidadania, fazendo-o refletir acerca de sua conduta reprovável e antissocial, de sorte a viabilizar a ressocialização preconizada pelo Estatuto, tudo em conformidade com a proteção integral da criança e do adolescente.

Apenas uma observação merece a sentença, quanto à parte do dispositivo que acolhe a representação. Na verdade, a representação foi acolhida, em parte, em razão de ter sido afastado o ato análogo à associação criminosa. Erro material, que se corrige de ofício.

Com isso, nega-se provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500073-84.2021.8.26.0575, da Comarca de (...), em que é apelante O.R.M. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE S. J. DO R. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.413)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Recurso da defesa – Pedido de alteração da medida socioeducativa – Descabimento – Internação compatível e necessária, como forma de viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do adolescente – Recurso desprovido.

VOTO

VISTOS.

O.R.M., parcialmente inconformado com a r. sentença que julgou procedente representação formulada e impôs-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, em virtude da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (fls. 44/47), apela (fls. 51/62), postulando a revisão da medida socioeducativa imposta por outra diversa da internação.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 72/76) e mantida a r. decisão guerreada (fls. 77), em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 82/87).

É o relatório.

Narra a representação que, no (...), em horário incerto, porém no período da tarde, na (...), (...), cidade e comarca de (...), o adolescente apelante, então com (...) anos, trazia consigo, para fins de comércio, 16 microtubos plásticos

Acesso ao Sumário

contendo cocaína, com massa líquida de 17,56 g, substância capaz de causar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Insta salientar que a prova colhida sob o crivo do contraditório mostrou-se plenamente apta a embasar a r. sentença de fls. 44/47, ressaltando-se que o apelante confessou a prática do ato infracional.

Por outro lado, tem-se que o d. defensor pugna, tão somente, pela modificação da medida socioeducativa aplicada ao recorrente, por outra mais branda, a ser cumprida em meio aberto.

Sem razão, contudo.

Com efeito, na espécie, a imposição da medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado, é a mais adequada, haja vista a necessidade e excepcionalidade delineadas no caso concreto, sendo mister ressaltar a alta nocividade do entorpecente apreendido em poder do adolescente.

Ademais, imprescindível consignar que o adolescente ostenta registros anteriores pela Vara da Infância e Juventude (fls. 34/38) e teve contra si procedência de representação por ato infracional idêntico ao aqui apurado, naquela vez com aplicação de medida socioeducativa mais branda (fls. 35), a qual, inegavelmente, não se mostrou suficiente para seu delicado quadro.

Tudo isso revela que a prática aqui apurada não constitui desvio de conduta isolada em sua trajetória e autoriza a privação de sua liberdade com fulcro no artigo 122, II, do ECA.

Não bastasse isto, tem-se ainda que, como bem observou o MM. Juiz sentenciante, *verbis*:

> *"(...) Não se pode olvidar, ainda, que o menor encontra-se em internação por execução provisória por fatos anteriores a este por ato infracional análogo ao delito aqui também analisado, o que evidencia que O. continua a praticar o tráfico de drogas, sendo visto reiteradamente nessa situação. Por estas razões, qualquer medida aplicada em meio aberto seria inócua e denotaria ao adolescente certa impunidade, fortalecendo-lhe no seu comportamento antissocial, de modo que deve ser aplicada a medida socioeducativa de internação (...)"* (fls. 46).

Assim, o caso em tela recomenda maior atenção no tocante ao processo de desenvolvimento interpessoal do recorrente, ressocialização e reeducação, tudo a demonstrar a insuficiência, dadas as especificidades da hipótese *sub judice*, da adoção de medida socioeducativa mais branda.

Em suma, a medida socioeducativa de internação, além de necessária, desponta como a mais adequada, ao menos neste instante, para se alcançar os desideratos de ressocialização e reeducação do infrator preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, não havendo, por isto mesmo, cogitar-se da

Acesso ao Sumário

ocorrência de afronta à disciplina contida nos artigos 120 e 122, ambos da Lei nº 8.069/90.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501385-97.2020.8.26.0618, da Comarca de Caçapava, em que é apelante J.V.S.G. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE 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 39.404)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 19 de janeiro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes e furto qualificado – Recurso da defesa – Improcedência da representação e abrandamento da medida socioeducativa – Materialidade e autoria demonstradas – Adolescente surpreendido trazendo consigo drogas variadas e de nefastas consequências – Depoimentos firmes e coerentes dos policiais militares responsáveis pela diligência – Validade – Aplicação da medida socioeducativa de internação – Ato infracional que expõe o adolescente a grave situação de risco – Medida mais rigorosa necessária, como forma de materializar o princípio da proteção integral – Internação adequada diante das peculiaridades do caso concreto e da reincidência em ato infracional da mesma espécie – Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 152/160, cujo relatório se adota, julgou procedente a representação formulada contra o adolescente **J.V.S.G.** e aplicou a medida socioeducativa de *internação* , por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional análogo aos crimes previstos no artigo 155, § 4º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal e artigo 33, *caput* , da Lei n.º 11.343/06.

Inconformado, busca o adolescente a atribuição de efeito suspensivo ao apelo, em que pleiteia a improcedência da representação, por insuficiência probatória (fls. 166/171).

Respondido o recurso pelo Ministério Público (fls. 176/178), e mantida a r. sentença (fls. 180), e, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (fls. 196/199).

É o relatório.

O recorrente pretende agregar efeito suspensivo ao recurso de apelação, o que não se admite.

É certo que, ausente regramento expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto aos efeitos do recurso de apelação, por força da revogação do artigo 198, VI, aplicar-se-ia o sistema recursal do Código de Processo Civil, cujo artigo 1.012 dispõe sobre o duplo efeito da apelação. Entretanto, não se pode perder de vista que predomina o entendimento de que o recebimento no efeito suspensivo da apelação interposta pelo adolescente contra a sentença que lhe impôs medida socioeducativa privativa de liberdade discrepa do intuito protetor implementado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o cumprimento da medida socioeducativa somente após o trânsito em julgado da sentença esvaziaria seu caráter preventivo, pedagógico e disciplinador. Assim, condicionar o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação significaria, em última análise, estabelecer barreira ao objetivo ressocializador da resposta estatal, já que permitiria a manutenção do adolescente em situação de risco, com a exposição ao mesmo condicionante que o conduziu à prática infracional, o que, por razões óbvias, não se pode admitir. Ademais, o recebimento da apelação em seu duplo efeito ensejaria a efetiva execução da medida socioeducativa algum tempo depois da prática do ato infracional, situação que representaria afronta ao princípio da atualidade que deve reger as medidas socioeducativas.

A este respeito já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"A despeito de haver a Lei 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos – e inobstante a nova redação conferida ao caput do art. 198 pela Lei n. 12.594/2012 – é importante ressaltar que continua a viger o disposto no artig*o 215 do ECA, o qual prevê que 'o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável*

Acesso ao Sumário

à parte'. Ainda que referente a capítulo diverso, não há impedimento a que, supletivamente, se invoque tal dispositivo para entender que os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista" (Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 346.380/SP. 3ª Seção, m.v., Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz. Data de julgamento: 13/4/16. Data da publicação: 13/5/16).

No mesmo sentido são os julgados desta C. Câmara Especial, *verbis*:

"Habeas Corpus. Infância e juventude. Ato infracional equiparado ao crime de receptação. Aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida. Pleito de recebimento da apelação também em seu efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Hipótese de recebimento do apelo somente no efeito devolutivo, pouco importando que os pacientes tenham respondido ao processo em liberdade, tendo em vista que o princípio da inocência não pode ser interpretado de forma absoluta, sob pena de afronta aos objetivos primordiais da legislação de menores, que tem por norte a proteção integral. Pacientes, ademais, que não correm risco de ter suas liberdades restritas. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 2196650-98.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Pinheiro Franco. Data de julgamento 9/12/14); e

"Habeas Corpus. Ato infracional. Conduta tipificada no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou aos adolescentes a medida socioeducativa de internação – Adolescentes que responderam o processo em liberdade – Apelação recebida no efeito devolutivo – Possibilidade – Cumprimento imediato da sentença que está de acordo com os preceitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Denega-se a ordem" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 2173732-03.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Ricardo Anafe. Data de julgamento 1/12/14).

Assim, não é o caso de conceder efeito suspensivo ao recurso.

Ao que consta da representação, no dia (...), por volta das (...), na (...) n.º (...), (...), Caçapava, o adolescente, agindo em concurso e unidade de desígnios com o imputável *M.H.S.M.*, teria tentado subtrair para proveito comum aproximadamente 20 (vinte) quilogramas de fios de cobre, avaliados em R$ 500,00 (quinhentos reais), pertencentes à empresa *Itauspeed*, somente não se consumando o ato infracional por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Consta, ainda, que nas mesmas condições de tempo e local, o sindicado,

agindo em concurso e unidade de desígnios com o imputável *M.H.S.M.*, trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, sem autorização ou em desacordo com regulamentação legal ou regulamentar, 10 (dez) *eppendorfs*, contendo 6,41g de cocaína, e 07 (sete) pedras de *crack*, pesando 4,96g.

A materialidade está suficientemente comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 01/05), pelo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 08), pelo Auto de Exibição, Apreensão e Entrega (fls. 07), pelo Laudo de Constatação Provisória (fls. 29/31), pelo Laudo de Exame Químico-Toxicológico (fls. 130/132) e pelas demais provas coligidas aos autos.

Na delegacia, ouvido, o adolescente confessou a prática do furto, asseverando ter se deslocado ao local dos fatos com a intenção de subtrair os fios de cobre, para posterior venda, pela importância de R$ 500,00 (quinhentos reais); confirmou, ainda, a posse e propriedade do entorpecente apreendido (fls. 09). Em Juízo, ao ser interrogado, o representado destacou ter 18 anos, de modo que estuda e trabalha como servente de pedreiro. Confirmou, ademais, antecedente infracional relativo a roubo praticado em concurso com o imputável *M.* Sobre os fatos, confessou a tentativa de furto dos cabos elétrico, negando, porém, o tráfico ilícito de entorpecentes e destacando que o entorpecente apreendido destinava-se ao seu uso pessoal. Salientou, ademais, que, com a maioridade, mudou de vida e está trabalhando, sendo que sua família o auxilia desde seu primeiro antecedente infracional.

O representante da vítima, ouvido em juízo, declarou que foi informado por colaboradores que, durante o período da tarde, dois indivíduos adentraram em uma das unidades da empresa e tentaram subtrair fios de cobre, mas foram surpreendidos pelos policiais; não teve acesso aos autores da tentativa de subtração.

A policial militar *P.A.F.C.S.*, ouvida em juízo, relatou ter sido acionada, juntamente com seu companheiro de farda, para uma ocorrência de furto em andamento; no local, durante vistoria, foram encontrados, sobre uma laje, o representado J.V. e o imputável *M.*, os quais já haviam separado diversos cabos elétricos de cobre; eles informaram que tais cabos seriam destinados para venda. Alegou, ademais, que, durante busca pessoal, seu parceiro encontrou certa quantidade de droga e dinheiro em poder do representado, tendo ambos admitido a traficância para sustento da família. No mesmo sentido, outrossim, o depoimento do policial *J.C.A.S.*, na fase inquisitorial (fls. 17).

Como se vê, em face dos elucidativos depoimentos prestados pelos policiais militares, principalmente aqueles colhidos com a garantia do contraditório, e inexistindo nos autos quaisquer outros elementos de prova que possam macular a sua veracidade, a autoria infracional emergiu cristalina dos autos.

Cumpre frisar, por necessário, que a prova calcada em depoimentos de

Acesso ao Sumário

policiais é suficiente para ensejar a procedência da representação, mesmo porque, no caso dos autos, não há sequer indícios de que tivessem eles interesse em acusar gratuitamente e de maneira falsa o adolescente.

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 – Relator MIN. CELSO DE MELLO – Julgamento em 26/03/1996).

No mesmo sentido, confira-se o 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 – Relator MIN. FELIX FISCHER – Julgamento em 28/11/17, DJe de 13/12/17).

Destarte, não se pode negar valia aos depoimentos dados pelos policiais nestes autos, pois, repita-se, produzidos de forma segura e extreme de dúvidas.

Ademais, a versão dada ao fato pelo apelante não encontrou a mínima ressonância nos autos, ainda que por meros indícios, ônus, inclusive, que somente a ele cabia, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal, e do qual nitidamente não se desincumbiu.

Diante desses fatos, não era mesmo o caso de improcedência da representação, como primordialmente almejado pela combativa defesa, tendo em vista que a conduta se subsumiu integralmente ao ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Cabe ressaltar que para a caracterização do crime de tráfico de entorpe-

Acesso ao Sumário

centes não é necessária a prova flagrante do comércio ilícito, sendo suficientes os elementos indiciais apurados no caso concreto, bem como as circunstâncias da apreensão para evidenciar tal atividade ilícita.

No caso específico dos autos, os elementos indiciários apurados, indicam de maneira insofismável, que se destinava o entorpecente à narcotraficância.

Portanto, a procedência da representação e a consequente responsabilização de **J.V.S.G.**, pela prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 155, § 4º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal e artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, era mesmo de rigor.

A medida socioeducativa imposta não merece qualquer reparo, haja vista que a MM. Juíza *a quo* bem fundamentou a aplicação da *internação*, justificando sua necessidade e excepcionalidade para o caso concreto.

É cediço que a gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, a teor do que dispõe o artigo 122, I, do ECA, e a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, apesar do tráfico não envolver diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado aos tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e que gera desassossego à sociedade, pois além de ser cometido por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves.

Além disso, foi o adolescente surpreendido na posse de *cocaína* e *crack*, substâncias nocivas e de nefastas consequências sociais, o que torna sua conduta concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor.

Também não se pode perder de vista que o adolescente ***ostenta envolvimento em outro ato infracional grave***, *"roubo praticado na companhia do mesmo imputável, M., cuja sentença aplicou-lhe, em março do corrente ano, as medidas de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade – conforme se vê dos autos nº 1500200-24.2020.8.26.0618 (fls. 43/45, 68/72, 91/95 e fls. 106/107)"*, o que, associado à gravidade da conduta, permite concluir que a adoção de medida mais branda seria inócua.

Assim, não há nos autos elementos a demonstrar que **J.V.S.G.** reúna condições de ressocialização sem que seja submetido à internação.

Caso colocado em meio aberto não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinho, afastar-se do meio criminoso em que se está inserido.

Portanto, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais do adolescente, a medida de internação, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo, mantida íntegra a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003379-83.2019.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é apelado B.N.D.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.821)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 25 de janeiro de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação – Ação de Obrigação de Fazer cumulada com pedido de tutela de evidência – Pretensão de vaga em creche durante período integral – Sentença que julgou procedente o pedido a fim de assegurar à criança matrícula em creche municipal durante período integral, na abrangência de 2 quilômetros de sua residência ou do emprego da genitora, fixando honorários advocatícios no valor de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) – Apelo da Municipalidade visando à improcedência da ação, calcado, sobretudo, na assertiva de que não há, na essência, direito subjetivo da parte autora à jornada escolar integral – Descabimento – Direito fundamental – Educação é serviço público essencial, que não pode ser interrompido – Inteligência do art. 5º da Resolução CNE/CEB nº 05/09, a autorizar, no caso em comento, a concessão de vaga em creche durante período integral, a fim de propiciar aos pais da criança a possibilidade do regular

Acesso ao Sumário

exercício de atividade laborativa – Princípios constitucionais da separação e independência dos poderes e da discricionariedade administrativa preservados – De rigor a manutenção da r. sentença, observando-se à fixação de honorários recursais em R$ 200,00 (duzentos reais), a serem acrescidos à verba honorária arbitrada pelo juízo "a quo", totalizando R$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) – Apelo não provido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de São José dos Campos contra a r. sentença de fls. 44/47 e 191 que, confirmando a liminar deferida (fls. 23/26), julgou procedente o pedido inicial, a fim de assegurar a criança B.N.D.S., nascida em (...), a "matrícula em creche municipal próxima de sua residência ou do emprego da genitora, na abrangência de 2 KM, ou seja, a creche EMEI (...), ou IMI (...), ou IMI (...), ou EMEI (...) (fls. 11, 23, 33), ou, em creche particular às expensas do Município," fixando os honorários advocatícios em R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Apelo visando à improcedência da ação, alegando, preliminarmente, ilegitimidade ativa da criança, porquanto o pedido de jornada integral objetiva atender ao interesse de seus pais que precisam trabalhar, e não os seus. Com relação ao mérito, sustenta, em apertada síntese, violação do princípio da legalidade, uma vez que não há nada na legislação pátria a determinar a implantação de educação infantil em período integral, razão pela qual não há, na essência, direito subjetivo para tanto. Aduz, ademais, violação ao princípio da separação de poderes (fls. 200/215).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fl. 218), foram apresentadas contrarrazões (fls. 222/224), houve apresentação parecer do Ministério Público (fls. 228/231), restando mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fl. 232) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 249/251).

É o relatório.

A matéria preliminar confunde-se com o mérito, razão pela qual será apreciada conjuntamente.

De acordo com o noticiado nos autos, a criança B.N.D.S. nascida em (...), necessita de vaga em creche municipal em período integral, porque demonstrado nos autos que a genitora trabalha (fls. 13).

De início, verifica-se encontrar-se demonstrado o interesse da criança em salvaguardar seu direito à educação, haja vista o inconformismo do ora apelante

Acesso ao Sumário

contra a r. sentença que julgou procedente o pedido.

Impõe-se a concessão da vaga em creche durante período integral, pois se tem entendido que se faz necessário, em atendimento aos princípios da continuidade e da eficiência, aos quais submetidos os órgãos responsáveis pela prestação de serviços essenciais, que seja o atendimento fornecido de forma contínua nos berçários, creches ou substitutos da pré-escola.

E, demonstram os documentos acostados à petição inicial (fls. 7/13) que, de fato, a genitora do infante trabalha em período comercial e, além disso, e, caso não obtenha a vaga em creche municipal, é obrigada a deixar a criança com terceiros. A genitora não dispõe de recursos financeiros para custear uma creche particular.

Assim, a matrícula da criança em período integral permite que a genitora exerça suas atividades laborativas para prover o sustento da família e do lar, o que se mostra, portanto, admissível, ante o princípio da proteção integral à criança.

Ora, aos pais incumbe o dever de zelar pelos infantes, mas o Estado deve fornecer ao grupo familiar condições para que essa obrigação se efetive.

Dessa forma, decidiu-se de acordo com o pleiteado na inicial, comprovando-se a probabilidade suficiente de que a pretensão merece guarida, considerando-se, ademais, que o serviço público relativo à educação é tido como essencial e como tal deve ser prestado de modo ininterrupto e suficiente.

Aliás, a vaga em período integral é cabível, considerando-se inclusive a Resolução CNE/CEB nº 05/09, a qual dispõe, em seu artigo 5º, *caput* o seguinte:

> *"A Educação Infantil, primeira etapa da Educação Básica, é oferecida em creches e pré-escolas, as quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social".*

Nesse sentido, entre outros, o seguinte julgado desta Câmara Especial:

> *"APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de Segurança. Sentença que obriga a Municipalidade à disponibilizar vaga em creche próxima à residência da criança, em período integral. Educação que é direito fundamental (art. 6º da Constituição Federal), sendo obrigação do Estado assegurar atendimento em creche e pré-escola às crianças (art. 208, IV da CF e art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Município que tem a obrigação de acolhimento na educação infantil (artigo 211, § 2°, da CF). Obrigação indeclinável (Súmula nº 63 do TJSP). Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa (Súmula nº 65 do TJSP). Ensino infantil que deve ser*

Acesso ao Sumário

ofertado em período integral. Inteligência do art. 5º da Resolução CNE/CEB nº 05/09.Atendimento precário que representa risco de dano irreparável ao desenvolvimento das crianças, além de limitar aos pais a prática de atividade laborativa para prover o sustento da família. Recursos oficial e voluntário desprovidos (Apelação/Reexame Necessário nº 1006225-68.2016.8.26.0451, Rel. Dora Aparecida Martins, j. em 24.7.2017)" (grifei).

No mais, inconcebível o Município negar a vaga pretendida, pois tal obrigação decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, assegurando atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Nesse sentido a Súmula nº 63 deste Tribunal:

"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

Tais normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata e, portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar sua efetividade não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação dos outros Poderes, pois apenas se está cumprindo com obrigação constitucional de prestação de tutela jurisdicional e composição de litígios.

Tem-se entendido, inclusive, que nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

A propósito, como sumulado por esta Corte de Justiça, nos termos do enunciando pela Súmula nº 65 desta Egrégia Corte de Justiça, *verbis*:

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes".

Assim, não pode a Administração Pública a pretexto de insuficiência de recursos e vagas impedir que as crianças venham a exercer seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que não pode ser condicionado a outras variantes.

Destaca-se ainda que as normas constitucionais relativas à educação pos-

Acesso ao Sumário

suem eficácia plena e de aplicação imediata, portanto, a intervenção do Poder Judiciário a fim de assegurar sua efetividade não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação de outro Poder, à medida que se caracteriza como função precípua da justiça a efetividade de direitos constitucionalmente tutelados.

Confira-se ainda:

"Direito constitucional e direito da criança e do adolescente. Agravo regimental em recurso extraordinário. Garantia estatal de vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido" (RE n° 464.143 AgR/SP – Ministra Ellen Gracie).

Ademais, esclarece-se que o atendimento em creche, além da natureza educacional, tem caráter assistencial, tratando-se de serviço público essencial, caracterizado pela continuidade de sua prestação (art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, c.c. o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor).

De rigor, destarte, a manutenção da r. sentença, com a seguinte observação: a Defensoria Pública faz jus aos honorários advocatícios sucumbenciais fixados pelo juízo *a quo* (duzentos e cinquenta reais), acrescidos dos recursais (duzentos reais), totalizando R$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais).

Pelo exposto, **nega-se** provimento ao apelo, com observação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000691-64.2021.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada/apelante L.R.P. e apelado MUNICÍPIO DE MIRANDÓPOLIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos voluntários da FESP e do advogado da autora e ao oficial, tido por interposto (com observação). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.218**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUI-

LHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÕES e REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Fornecimento de medicamento *Dupilumabe* ("Dupixent" 300mg) para tratamento de saúde a adolescente portadora de *dermatite atópica severa/grave* – Afastamento das preliminares de cerceamento de defesa e ilegitimidade passiva – Julgamento antecipado da demanda (CPC, inc. I, do art. 355) que era, efetivamente, cabível – Temas 793 STF e 106 STJ – Inexistência de litisconsórcio necessário em relação a União – Competência absoluta da Infância e Juventude para a apreciação e julgamento da demanda (ECA, art. 148) – Mérito – Acolhimento do pedido – Presença dos pressupostos necessários à concessão – Direito à saúde – Preservação dos princípios da proteção integral e superior interesse da criança ou adolescente – Artigos 5º e 196 da CF – Obrigação solidária dos entes públicos – Tema 1.161 STF – repercussão geral (RE 1.165.959-SP, DJE 22/10/2021 – Manutenção da multa diária fixada em R$ 250,00, limitada em R$ 25.000,00 – Valor a ser revertido ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município – Recurso voluntário interposto pelo advogado que versa exclusivamente acerca da verba honorária de sucumbência arbitrada em R$ 1.000,00 – Adequação do arbitramento levado a efeito na sentença, porquanto em consonância aos §§ 2º e 8º, do art. 85 do CPC e parâmetros firmados pela C. Câmara Especial – Capítulo sentencial mantido – Necessidade de comprovação da periódica (semestral) para a continuidade do fornecimento do medicamento – Recurso oficial, tido por interposto, e voluntários desprovidos (com observação).

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pela adolescente L.R.P. nascida em (...), representada por sua mãe, com o objetivo de compelir a Fazenda do Estado de São Paulo ao Município de Mirandópolis a fornecerem à adolescente, portadora de *dermatite atópica severa/grave* (CID L20.9), o medicamento *Dupilumabe* ("Dupixent" 300mg) necessário ao tratamento.

A tutela de urgência foi deferida pelo MM. Juízo de Primeiro Grau (pp. 173/175).

Por ocasião da sentença e no decidido no agravo de instrumento (pp. 500/512), a FESP foi obrigada ao fornecimento do fármaco *Dupixent® (Dupilumabe) 300mg*, observada a possibilidade de fornecimento desvinculado a marca determinada, mesmo genérico, desde que contenha idêntica composição, pelo prazo necessário a conclusão do tratamento, mediante comprovação periódica, sob pena de multa diária de R$ 250,00 limitada em R$ 25.000,00. Os honorários advocatícios foram arbitrados em R$ 1.000,00 (pp. 358/363). Embargos de declaração opostos pela autora, rejeitados (pp. 404/405).

Em apelação, sustenta a FESP, preliminar de cerceamento de defesa, notadamente a realização de perícia médica. e aponta a necessidade de ingresso da União no feito em alusão ao Tema 793 do Col. STF e invoca o Tema 06 do Col. STF, em repercussão geral acerca de medicamentos não incorporados. Argumenta, não preenchidos os requisitos relativos ao Tema 106 STJ, notadamente, sobre a ausência de laudo médico fundamentado e circunstanciado da necessidade do fármaco, a ineficácia dos fornecidos pela rede pública (pp. 417/435).

O advogado da parte autora, por sua vez, interpôs apelação pleiteando, em síntese, a majoração dos honorários advocatícios para o mínimo de R$ 6.000,00 diante das particularidades da demanda, do valor atribuído à causa e do trabalho desenvolvido ao logo da tramitação processual (pp. 438/448).

Foram apresentadas contrarrazões pela FESP (pp. 456/462) e pela autora (fls. 465/476).

Sem oposição ao julgamento virtual.

Preparo recolhido (pp. 449/450).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença, abstendo-se em relação aos honorários advocatícios (pp. 526/531).

É o relatório.

Conheço de ambas as apelações, porquanto tempestivas, bem como do reexame necessário da sentença.

Trata-se de pedido relativo ao fornecimento de medicamento com regis-

Acesso ao Sumário

tro da ANVISA[1] para o tratamento de quadro de *dermatite atópica severa/grave (CID L20.9)*, que acomete a adolescente apelada, nos termos da prescrição médica.

As preliminares de ilegitimidade passiva e cerceamento de defesa não comportam acolhimento, pelas razões que seguem.

Anote-se que a presente ação foi ajuizada em 03.04.2021, após a publicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do acórdão relativo ao Tema 793, que ocorreu aos 16.04.2020. De todo modo, reafirmada a solidariedade entre os entes federativos em matéria de saúde.

A tese fixada em repercussão geral (Tema 793) NÃO ELIMINA A SOLIDARIEDADE:

"Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro"*, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Brasília, 23 de maio de 2019. (sem destaques no original)*

Além de não afastar a solidariedade, o Tema 793 não é fundamento suficiente para que se alargue o âmbito de relação processual inicial, para incluir discussão relativa a ressarcimento.

A propósito, pelo Tema 793, o Supremo Tribunal Federal resguardou ao ente público o direito ao ressarcimento do que foi despendido, se julgar que a obrigação seria de outro ente federativo. No entanto, por esse mesmo paradigma não há fundamento para que essa discussão, que amplia o objeto da relação inicial, venha a se fazer em ação de competência de Vara de Infância e Juventude.

Outrossim, faz-se necessário lembrar que esta Justiça da Infância e Juventude possui competência exclusiva para as matérias descritas no artigo 148 do ECA, sendo descabida a ampliação do objeto litigioso do processo, em prejuízo da infante apelada, para discutir questões de interesse econômico exclusivo dos entes demandados como, por exemplo, a pretensão de inclusão e de responsabilização econômica de outros entes federativos pelos itens pleiteados, na medida em que não guardam qualquer relação com os direitos da criança e do adolescente.

Tanto é assim que o Col. Superior Tribunal de Justiça, mesmo depois de assentado o tema, entendeu que, em matéria de saúde, prevalece a competência da Justiça Estadual.[2]

1 (Endereço eletrônico constante do texto original)

2 Conflitos de Competência nº 170.986-SC (julgado em 01.09.2020) e 172.817-SC (julgado em 09.09.2020).

Acesso ao Sumário

Desse entendimento não se distancia o que já se firmou nesta Câmara Especial *("A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de direito público interno."* Enunciado CADIP nº 16 – DJ – de 06.10.10, p. 5). No mesmo sentido, as Súmulas nº 29 e 37 deste Tribunal.

Já decidiu o Col. STJ sobre o tema: AgInt no REsp 1.043.168-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 17-03-2020; AgInt no RE no AgInt no REsp nº 1.043.168-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.11.2020 e CC nº 172.817-SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, j. 09.09.2020, DJe 15.09.2020.

Em consequência, fica afastada a alegação de incompetência da Justiça Estadual em razão da ausência de litisconsórcio necessário com a União, por ser opção do cidadão a escolha do ente federativo em face de quem será proposta a demanda para efetivação do direito à saúde, ressalvando ao interessado eventual direito de regresso pelas vias próprias.

Além disso, a apreciação de questões de interesse exclusivo do réu, tais como direcionamento do cumprimento da obrigação, ampliará o objeto litigioso posto a exame judicial em prejuízo unicamente da adolescente, que terá prejuízos irreparáveis com a suspensão do fornecimento do fármaco para que se trate de discussões de outra natureza, que extrapolam a competência dos juízos da Infância e Juventude.

Igualmente, afasto a preliminar atinente ao cerceamento do direito de defesa em virtude do julgamento antecipado da demanda, porquanto para a solução da controvérsia era despicienda a produção de prova pericial, sobretudo porque as provas já existentes nos autos são suficientes para a análise do mérito.

No caso concreto, à vista da pretensão deduzida, o deslinde da causa não demanda a produção de outras provas além daquelas constantes dos autos, inclusive de perícia médica, podendo-se chegar à decisão, como sucedeu, com a análise das provas documentais anexadas aos autos.

Assim é que o relatório médico juntado a p. 36 justifica a necessidade da medicação específica que foi prescrita *Dupilumabe* ("Dupixent"), esclarecendo expressamente que *"JÁ TENTOU VÁRIAS TERAPÊUTICAS, COM VÁRIOS ESPECIALISTAS, PORÉM SEM RESPOSTA FAVORÁVEL, VEM SOFRENDO DESSA PATOLOGIA HÁ 7 ANOS APROXIMADAMENTE, OU SEJA DE LONGA DATA, COM DIVERSOS PERÍODOS DE MELHORA E OUTROS DE RECIDIVA. DESDE O DIA 28/12/2017 VEM ACOMPANHANDO EM MINHA CLÍNICA, COM POUCOS MOMENTOS DE MELHORA E OUTROS DE PIORA DAS LESÕES DISSEMINADAS PELO CORPO TODO, MESMO FAZENDO O USO CORRETO DOS MEDICAMENTOS PROPOSTOS. JÁ TENTAMOS TODOS OS TIPOS DE ANTI-HISTAMÍNICOS, COM DOSES USUAIS E DOSES*

Acesso ao Sumário

QUADRUPLICADAS, CORTICOIDES TÓPICOS DE DIVERSAS POTÊNCIAS E CORTICOIDES SISTÊMICOS. FEZ USO DE DIVERSOS ANTIBIÓTICOS SISTÊMICOS E TAMBÉM ANTIBIÓTICOS TÓPICOS PARA CONTROLE DAS INFECÇÕES. JÁ FOI PRESCRITO IMUNOSSUPRESSORES (METOTREXANTE E CICLOSPORINA, DISPONÍVEL PELO SUS) PORÉM MESMO COM O USO CORRETO E NA DOSE ADEQUADA A PACIENTE TEVE CRISES DE DERMATITE ATÓPICA COM LESÕES INFECTADAS POR TODO O CORPO. DEVIDO A HEPATOTOXIDADE, CONTRAINDICO A CONTINUIDADE DO IMUNOSSUPRESSOR DISPONÍVEL PELO SUS (CICLOSPORINA), O QUAL PODE LEVAR A SÉRIOS DANOS E DEVIDO A FAIXA ETÁRIA DA PACIENTE (12 ANOS). DEVIDO AOS INÚMEROS MEDICAMENTOS UTILIZADOS HÁ MAIS DE 7 ANOS, DESDE O ANO PASSADO COMEÇOU A APRESENTAR ALTERAÇÕES CADA VEZ PIORES NA PELE DO CORPO TODO, E NECESSITANDO DE MEDICAÇÃO PARA ALÍVIO DE FORMA CONTÍNUA, PORÉM COM BAIXA RESPOSTA CLÍNICA. DIANTE DO ESGOTAMENTO TERAPÊUTICO E DE BAIXA RESPOSTA CLÍNICA E DO RISCO IMINENTE DAS INFECÇÕES CUTÂNEAS QUE A PACIENTE VEM APRESENTANDO E PELA QUEDA SUBSTANCIAL NA SUA QUALIDADE DE VIDA, FAIXA ETÁRIA E PENSANDO NA IMUNIDADE, JÁ ACOMETIDA PELA FAIXA ETÁRIA, QUE A PACIENTE ENCONTRA-SE E PELO PREJUÍZO SOCIAL QUE ESSA PATOLOGIA EXERCE NO DOENTE ACOMETIDO, COM INÚMERAS REPERCUSSÕES DA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA, DEVIDO AO ALTO CUSTO DOS MEDICAMENTOS DE USO CRÔNICO QUE A FAMÍLIA PRECISA COMPRAR MENSALMENTE PARA AMENIZAR OS EFEITOS DAS LESÕES CUTÂNEAS, E COMO AGORA DISPONÍVEL NO BRASIL E LIBERADO RECENTEMENTE PELA ANVISA, PARA USO EM ADULTOS E CRIANÇAS A PARTIR DE 6 ANOS DE IDADE, SOLICITO EM CARÁTER DE URGÊNCIA O DUPILUMABE 300MG POR SERINGA, POR USO MÍNIMO DE 3 ANOS DE TRATAMENTO" (pp. 39/40).

Passo a apreciação do mérito.

O pedido só poderia, como o foi, ser acolhido.

Há nos autos prova de que todas as condições exigidas para a procedência da pretensão deduzida na petição inicial fossem atendidas, a saber: (i) prescrição e diagnóstico do autor em relatório firmado por profissional alergista (pp. 39/44); (ii) prescrição (p. 38); e (iii) insuficiência financeira.

No tocante ao último requisito assim declinado, restou demonstrado que a parte autora e sua família não possuem recursos para custear a aquisição da medicação postulada, conforme informes de imposto de renda (pp. 67/71), além do que sequer houve impugnação específica da parte demandada a esse respeito quando da apresentação de defesa.

Acesso ao Sumário

Ademais, a mãe intitula-se "do lar", conforme informação contida na petição inicial (p. 01), aliado ao alto custo do fármaco, estimado em avaliações realizadas, no importe de R$ 9.000,00 (pp. 52/58), não deixam dúvidas acerca do preenchimento do aludido requisito para o fim de que os pedidos fossem acolhidos na origem e mantidos por esta C. Câmara Especial.

Vale ressaltar, neste ponto, que para a concessão do benefício da Justiça Gratuita, em regra, basta à afirmação da requerente de que não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, nos termos do art. 98 e, §§ 2º e 3º, do art. 99, ambos do Código de Processo Civil.

Embora, ao que parece, essa mesma presunção não seja aplicada integralmente ao critério financeiro fixado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106), não é razoável restringir um direito fundamental com base simplesmente em indícios acerca da capacidade econômica do jurisdicionado, os quais, aliás, na hipótese dos autos, sequer existem.

Vale frisar que o Tema 106 do STJ somente incide aos processos judiciais que determinem o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS. E tal como definido pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese ali firmada tem eficácia vinculante apenas nos processos iniciados a partir de 04.05.2018, alcançando a presente demanda, uma vez que a ação foi distribuída em 03.04.2021.

Aqui já se decidiu sobre o medicamento: AC nº 1004050-87.2021.8.26.0011, j. 28.07.21, Rel. Issa Ahmed; AI nº 3002636-53.2021.8.26.0000, j. 03.08.21, Rel. Sulaiman Miguel; AI nº 3004583-45.2021.8.26.0000, j. 05.08.21, Rel. Sulaiman Miguel; AI nº 3002571-58.2021.8.26.0000, j. 12.08.21 – que fui relator; AC nº 1002010-29.2019.8.26.0456, j. 30.08.2021, Rel. Des. Daniela Cilento Morsello; AC nº 1049032-94.2020.8.26.0053, j. 09.09.2021, Rel. Des. Issa Ahamed; AC nº 1000224-72.2021.8.26.0037, j. 21.09.2020, Rel. Des. Guilherme G. Strenger.

Em consulta a Biblioteca Nat.Jus/SP, na nota técnica nº 1184/2021[3], por analogia a caso assemelhado, é suficiente a corroborar a procedência do pleito inaugural dadas as balizas que as norteiam e similitudes fáticas que lhes são inerentes, senão vejamos:

"O dupilumabe é um medicamento recentemente aprovado pelas principais agências regulatórias para o tratamento de pacientes com dermatite atópica moderada a grave refratária às terapias tópicas. Ele atua bloqueando o receptor alfa da interleucina 4 (IL-4). Sua posologia é: dose de ataque de 600mg por via subcutânea (SC), seguida por uma dose de manutenção de 300mg a cada 2 semanas. A eficácia do dupilumabe foi demonstrada em alguns estudos. Simpson et al publicaram o resultado de dois estudos fase 3 que compararam o

Acesso ao Sumário

3 (Endereço eletrônico constante do texto original) Nota Técnica NatJus/SP 1184/2021 – (endereço eletrônico constante do texto original)

dupilumabe com placebo no tratamento da dermatite atópica moderada a grave, ambos tendo mostrado que, quando comparado com placebo, o dupilumabe melhorou os sinais e sintomas da dermatite atópica, incluindo prurido, sintomas de ansiedade e depressão e a qualidade de vida. Blauvelt et al, em outro ensaio clínico fase 3, também demonstraram resultados semelhantes.

5.2. Benefício/efeito/resultado esperado da tecnologia: Reduzir os sintomas da dermatite atópica (prurido e dermatite) e prevenir suas exacerbações."

E, ainda, a corroborar o acolhimento da pretensão deduzida na petição inicial, ressalto o conteúdo das notas técnicas nºs 777/2021 e 802/2021[4].

A eficácia diante dos resultados satisfatórios no uso do fármaco estão apontados em relatório médico confeccionado posteriormente ao ajuizamento da demanda (p. 480), oportunidade em que constatou-se que a necessidade de redução da dosagem para uma seringa a cada 30 (trinta) dias, a partir de novembro de 2021 (p. 479), senão vejamos:

"Hoje paciente bem sem nenhuma lesão e referente melhora importante da qualidade de vida e do prurido.

Não precisou mais de medicamentos de crise.

Scorad = 8

DLQI = 4

Paciente em uso de Dupilumabe 300mg subcutâneo desde o dia 12-05-2021, com boa resposta progressiva nas lesões e na sensação de prurido cutâneo.

Não teve mais que tomar antibióticos para a pele e nem corticosteroides.

Vem tomando o imunobiológico de forma correta e a cada 15 dias, regularmente.

Hoje inclusive recebeu a dose de Dupilumabe subcutâneo após a. consulta.

Reitero a necessidade de manter o tratamento com o referido medicamento (Dupilumabe) e a partir dos 6 (seis) meses de uso do medicamento, começaremos a espaçar as doses preconizadas, ao invés de 15x15 dias ***o intervalo será de 30x30 dias, por tempo indeterminado****, e assim observaremos e acompanharemos o resultado da eficácia da paciente".* (grifei)

Satisfeitos esses requisitos, não há, por parte do ente público, recusa justificável ao pedido.

A concessão também encontra pleno respaldo legal nos artigos 6º, 227, da Constituição Federal; inc. IV, do parágrafo único, do art. 219; inc. V, do art. 222, e inc. I, do art. 223, da Constituição Estadual; artigos 7º e 11, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e inc. I, "d", do art. 6º e 43, ambos da Lei nº 8.080/90).

4 Nota Técnica nº 802/2021 – NatJus/SP – (endereço eletrônico constante do texto original)
Nota Técnica nº 777/2021 – NatJus/SP – (endereço eletrônico constante do texto original)

Acesso ao Sumário

E o § 2º do art. 11, do ECA dispõe que *"incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"*.

Importante salientar que a intervenção do Poder Judiciário para garantir o pleno acesso à saúde não configura violação ao princípio da separação de Poderes, pois tal direito não está adstrito à discricionariedade do Poder Público e sua concretização tem feição de ato estritamente vinculado, uma vez que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam.

Não pode o ente público invocar a falta de padronização do medicamento para recusar a prestação. Havendo prova da necessidade médica e da insuficiência do composto fornecido pelo SUS, o Poder Público é obrigado a garantir outro fármaco eficiente. Nesse sentido: REsp nº 1.657.156 – RJ[5].

Cumpre observar que cabe ao profissional médico prescrever o fármaco adequado às condições de saúde do paciente, mesmo fora do âmbito do SUS.

Cada peculiaridade deve ser considerada pelo médico que assiste o jovem, de sorte que os requerimentos de substituição ou de recusa de entrega de medicamentos, equipos ou insumos padronizados ou não, se automaticamente recusados, aviltam o direito individual à saúde, mas, sobretudo, desmerecem o papel que a Constituição reserva ao Poder Público na construção de uma sociedade mais justa.

Vê-se que não se trata de mera comodidade, mas, diversamente, de dar a devida dimensão às peculiaridades que o caso merece.

Em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de rigor a manutenção da multa diária outrora arbitrada por esta Colenda Câmara Especial para R$ 250,00, quando da decisão proferida no agravo de instrumento acostado à pp. 390/391, limitada em R$ 25.000,00 cuja destinação, se o caso, é do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214 da Lei nº 8.069/90) que, aliás, restou assim mantida pela sentença impugnada.

Malgrado a redução do valor da causa, na r. sentença (p. 255), os honorários advocatícios foram arbitrados em R$ 1.000,00, e constituem a contraprestação

5 *"não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, na fixação da tese repetitiva, 'dirigir' a prova a ser recebida pelos julgadores das instâncias ordinárias.* ***O juiz ao apreciar a exordial deverá analisar, caso a caso, se as informações constantes do laudo apresentado pela pessoa que requer o fornecimento do medicamento são suficientes para a formação do seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento****. Na hipótese de entender que o laudo apresentado junto com a exordial é insatisfatório, poderá solicitar, nos termos do caput do art. 370 do CPC/2015, a produção de provas necessárias ao julgamento do pedido.* ***Quanto à questão da ineficácia de medicamento já fornecido pelo SUS,*** é despropositada a pretensão de querer que se fixe que esta ineficácia deve ser absoluta, ou seja, que o medicamento do SUS não traz qualquer efeito terapêutico no paciente***. Isso porque algum efeito deve ele produzir, senão inexplicável seria a permissão que tal medicamento fosse comercializado ou mesmo produzido. Novamente, a alegação de ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS deverá ser apreciada pelo julgador, que, a partir dos elementos de prova apresentados pelas partes, decidirá se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento"*** *(sem destaques no original).*

ção paga pelos serviços desempenhados pelo advogado e, em consonância com os critérios estabelecidos na norma processual, devem ser observados parâmetros que possibilitem a remuneração condigna do profissional. Com tais premissas, são adequados à causa, que não é dotada de complexidade, teve trâmite linear e não exigiu instrução prolongada.

À vista dessas considerações, os honorários devem ser mantidos, nos moldes do § 8º do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Arbitro, ainda, os honorários sucumbenciais recursais em R$ 250,00, haja vista a apresentação de contrarrazões pela parte autora, o que traz indubitavelmente um trabalho adicional, nos termos do § 11, do art. 85 do CPC, além do que o recurso voluntário interposto pela parte requerida restou desprovido.

Por derradeiro, importante a observação relativa à necessidade de comprovação periódica (semestral) para a continuidade do fornecimento do medicamento a ser apresentada quando da entrega da medicação.

Considera-se prequestionada toda a matéria veiculada no recurso, para fins de eventual acesso às instâncias superiores.

Com isto, **nega-se provimento** aos recursos voluntários da FESP e do advogado da autora e ao oficial, tido por interposto (com observação).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501376-84.2021.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante F.D.O. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE S. J. DO R. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.929)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado a tentativa de crime de rou-

Acesso ao Sumário

bo, em concurso de agentes – Representação julgada procedente e medida de internação imposta – Inconformismo do jovem com vistas à improcedência da representação, por alegada fragilidade probatória, ou à aplicação de medida socioeducativa mais branda – Não cabimento – Materialidade e autoria comprovadas – Elementos probatórios que conduzem à procedência da representação – Imposição de tratamento ressocializador privativo de liberdade justificada pela grave ameaça, empregada na prática infracional, bem como pelas peculiaridades do caso concreto – Hipótese de incidência dos incisos I e II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

O Ministério Público ofereceu representação, em face do adolescente F. D.O., pela prática de ato infracional equiparado a tentativa de crime de roubo, em concurso de agentes (artigo 157, § 2º, II, c.c. artigo 14, II, ambos do Código Penal).

Pela r. sentença de fls. 110/113, proferida em audiência una de instrução e julgamento, a representação foi julgada procedente, aplicando-se ao jovem, a teor do artigo 122, I e II do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida socioeducativa de internação por período indeterminado, *"respeitado o limite de 3 (três) anos, mediante reavaliação a cada 6 (seis) meses"*.

Inconformado, apela o adolescente com vistas à improcedência da representação, por alegada fragilidade probatória, ou à aplicação de medida socioeducativa menos severa. Aduz, linhas gerais: a) não ter se comprovado, de maneira convincente, sua participação na prática infracional, até porque, para justificar a punição de duas ou mais pessoas em concurso, *"afigura-se necessário que a conduta do agente tenha efetivamente contribuído, ainda que minimamente, para a produção do resultado"*, o que não se extrai do conjunto probatório arregimentado ao feito; b) é contraditória – e portanto inconsistente – a prova oral produzida, o que se verifica, em especial, nas declarações de uma das vítimas e do policial militar que atendeu à ocorrência; c) a medida socioeducativa a ser imposta há de *"obedecer a critérios subjetivos"* com foco na *"ressocialização do indivíduo"*, não na gravidade abstrata do ato infracional em análise, sendo certo que *"sua família possui condições em auxiliar em medidas aplicadas em meio aberto"*; cenário a justificar a conversão da medida extrema em semiliberdade ou em outra mais branda (fls. 125/131).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido conforme fls. 141/143.

Subindo os autos, manifestou-se a I. Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento ao apelo (fls. 152/159).

É o relatório.

Não prospera, em verdade, o inconformismo, em qualquer de seus aspectos.

Depreende-se dos autos digitais que o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu representação, em face do adolescente F.D.O., nascido aos (...), descrevendo que o jovem, no dia (...), as (...), na (...), n. (...), (...), em (...), *"em concurso com o imputável **W.M.S**, mediante grave ameaça, tentou subtrair, para si, uma motocicleta, marca (...), placas (...), ano (...), de propriedade da vítima L.C.S., não consumando o delito por circunstâncias alheias a sua vontade"*.

Conforme a representação, a vítima L. conduzia sua motocicleta, com a namorada F.L.R.C. na garupa, quando, ao parar em um semáforo, foi abordado pelo ora apelante e pelo outro agente (que saíram de local onde se encontravam escondidos). Segurando a vítima pelo braço e com menção de estar armado (ao colocar a mão na cintura), o agente imputável ordenou que o ofendido descesse da motocicleta enquanto chutava o veículo, dando-lhe cobertura o ora recorrente. Sucede que o ofendido, assustado, acelerou a motocicleta e conseguiu fugir.

A peça inicial ainda aponta que, recebendo a narrativa dos fatos via "COPOM" e já abordados o imputável e o adolescente, policiais militares confirmaram as características e vestes, dos agentes, descritas pelas vítimas, informando, inclusive, que W.M.S. tinha um pedaço de tijolo na cintura.

Após regular instrução processual, sobreveio a r. sentença de procedência alhures referida, objeto do apelo que se passa a analisar.

Pois bem.

Comprovada a materialidade do ato infracional pelo boletim de ocorrência digitalizado a fls. 01/04, bem assim – e especialmente – pelo auto de exibição/apreensão que se vê a fls. 09, insustentável defender a ideia de não ter se comprovado, de maneira convincente, a participação do jovem, ora apelante, no evento em análise.

Conquanto a vítima L. tenha afirmado na Delegacia de Polícia, pelo que se extrai do Termo de Declarações de fls. 14, não ter sido possível reconhecer os agentes em sala própria a essa finalidade, **descreveu, firme e pormenorizadamente, tanto em fase inquisitiva como em Juízo, a dinâmica infracional** (cf. fls. 115).

Ouvida apenas na etapa extrajudicial, a namorada do ofendido reconhe-

Acesso ao Sumário

ceu o representado, *"sem sombra de dúvidas"*, como um dos agentes que participaram da tentativa de subtração (cf. Termo de Declarações de fls. 17 e Auto de Reconhecimento de Pessoa de fls. 19).

O policial militar M.B.G., a seu turno, asseverou que, em patrulhamento de rotina em horário próximo ao do evento em análise, viu dois indivíduos correndo e que, ante a atitude suspeita, resolveu abordá-los. Com W., encontrou um pedaço de tijolo, sendo certo que, durante a abordagem, recebeu, via "COPOM", informações de uma tentativa de roubo a motocicleta registrada nas proximidades. Disse que, em contato posterior com o ofendido e sua namorada, os mesmos descreveram – em harmonia com os informes recebidos via rádio momento antes – as características físicas e das vestes dos agentes envolvidos, tendo-os reconhecido, posteriormente, na repartição policial. Afirmou ainda, o miliciano, que a vítima lhe descreveu o atuar efetivo do adolescente na dinâmica infracional (cf. fls. 15 e 115).

Nessa mesma trilha o relato, prestado logo após o registro da ocorrência, do policial militar R.A.L. (cf. fls. 18).

A intensa preocupação da genitora de F. com o presente e o futuro do jovem, por outro lado, foi enfaticamente registrada, por suas próprias palavras, na audiência visual de apresentação, instrução e julgamento realizada aos 19/10/2021 (cf. fls. 115).

Bem demonstrada, de toda forma, a **efetiva participação do adolescente** na tentativa de roubo de que tratam os presentes autos.

Óbvio, aliás, que eventuais divergências entre os depoimentos colhidos, em aspectos secundários, não se prestam a elidir a responsabilização do ora apelante.

Singelas discrepâncias em prova testemunhal se explicam pelas naturais diferenças de comunicação, ninguém desconhecendo a limitação da capacidade humana quanto à retenção de fatos pretéritos na memória. Extraordinário seria, e o fato não deixaria de ser explorado pelas defesas, se os depoimentos de testemunhas fossem pronunciados com idênticas palavras, na mesma ordem de ideias, como lição decorada.

Acesso ao Sumário

A exigência de depoimentos idênticos, após certo lapso de tempo, em seus mínimos detalhes, equivale a consagrar a impunidade ou a desnecessidade de registros documentais sobre fatos ocorridos.

Assim é que, consoante já se decidiu:

"Normal pequenas contradições nos depoimentos das testemunhas. Absoluta coincidência entre todos os depoimentos é que pode gerar suspeitas" (julgado do extinto TACRIM-SP, EI, Rel. Galvão Coelho, in "JUTACRIM" 55/61).

Ou ainda:

> "Pequenas divergências em depoimentos prestados pelas testemunhas, sem ofensa à essência do que contém, não são motivo para torná-los imprestáveis" (TJRJ, EI, Rel. Antônio Carlos Amorim, in "RTJE" 70/278).

Tampouco merece reparo a medida socioeducativa imposta na origem.

Não se pode olvidar que o crime de roubo contém a violência ou a grave ameaça como um de seus elementos constitutivos, amoldando-se à hipótese do artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a aplicação da medida socioeducativa extrema em situações como a presente.

Acresça-se a essa constatação o fato de o adolescente ostentar passagens outras pela Justiça Especializada da Infância e da Juventude (cf. certidão de fls. 33), a justificar a incidência, também, do disposto no inciso II do apontado art. 122 do Diploma Juvenil.

Não bastasse, releva notar o concluído por equipe multiprofissional, da Fundação CASA, no "Relatório de Diagnóstico Polidimensional" digitalizado a fls. 95/99, *in verbis*:

> *"(...) A genitora não consegue ser traduzida pelo adolescente como autoridade, sendo consequentemente difícil por parte desta exercitá-la, apesar de ser uma mãe dedicada e consciente de seus deveres em relação ao filho. Observamos que o adolescente necessita de um profícuo trabalho de conscientização quanto aos malefícios da Canabis Sativa e do meio delitivo.*
>
> *Considerando que o adolescente já passou por internação provisória e descumpriu sentença anteriormente determinada, deixamos a critérios de Vossa Excelência as devidas providências (...)."*

Axiomático, diante desse panorama, que o jovem necessita de maior contenção e acompanhamento, a fim de assimilar valores morais e sociais mínimos indispensáveis ao convívio social pacífico; objetivo que, no caso em apreço, não poderá, à evidência, ser atingido por meio da aplicação de semiliberdade ou medida mais branda.

Não se pode perder de vista, de todo modo, que as medidas socioeducativas, por força da doutrina da **proteção integral**, preconizada pelo art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm o escopo primordial de ressocialização.

Buscam-se, por certo, a reabilitação do jovem e o resgate de valores e limites que a vida em sociedade exige. Internado, o adolescente será submetido à necessária orientação pedagógica, por profissionais especializados, com vistas à efetiva ressocialização.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1502962-13.2021.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante M.L.P.C. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE M.

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 39.451)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 10 de fevereiro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Presidente da Seção de Direito Criminal e Relator

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado – Recurso defensivo – Preliminar – Efeito suspensivo – Pedido prejudicado – Improcedência – Autoria e materialidade demonstradas – Conjunto probatório seguro e coeso, incluindo a confissão do adolescente – Responsabilização de rigor – Medida socioeducativa de internação adequada – Prequestionamento – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 97/99, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a representação formulada contra o adolescente **M.L.P.C.**, com aplicação da medida socioeducativa de internação , por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal.

Inconformada, recorre a defesa pugnando, preliminarmente, pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Quanto ao mérito, busca, em suma, a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto ou, em último caso, a semiliberdade. Busca ainda o prequestionamento do art. 1.012 do CPC c.c. art. 198 do ECA; art. 35, I da lei nº 12594/12 e item 54 das Diretrizes de RIAD; art. 122, *caput* e § 2º do ECA. (fls. 113/114).

Mantida a r. sentença (fls. 124) e respondido o recurso pelo Ministério

Acesso ao Sumário

Público (fls. 128/134), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (fls. 143/145).

É o relatório.

Anoto, de início, que o pedido para que seja atribuído efeito suspensivo ao apelo, ou pela concessão do direito de recorrer em semiliberdade, está prejudicado em vista do presente julgamento, razão pela qual não será apreciado.

Ainda que assim não fosse, é manifesta a impropriedade da via eleita para tal desiderato, visto que o pleito deveria ser formulado em *habeas corpus* e não no corpo das razões de apelação.

De qualquer forma, mesmo em se admitindo sua apreciação nesta sede, cabe consignar que, quanto ao tema, já deixou assente o Colendo Superior Tribunal de Justiça que *"os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena, mais uma vez o digo, de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista [...] as medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/1990 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. [...] Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional"* (AgInt no HC 332.308/MG, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. 05/10/2017, DJe 11/10/2017), de modo que seria o caso de se rejeitar a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Rejeitada a preliminar, passo ao exame do mérito.

Ao que consta da representação, no dia (...), por volta das (...), na (...), altura do número (...), (...), na cidade e comarca de (...), o adolescente **M.L.P.C.**, com (...), agindo em concurso e com unidade de propósitos com outro indivíduo não identificado, mediante grave ameaça exercida com o emprego de simulacro de arma de fogo contra A.C.L.S., subtraiu, para proveito comum, o automóvel (...), placas (...), de propriedade A.C.S.

Apurou-se que o adolescente e outro indivíduo não identificado decidiram praticar o roubo com um simulacro de arma de fogo. Eles visualizaram o automóvel (...), parado no local dos fatos com a vítima A.C.L.S. em seu interior, se aproximaram do veículo, sendo que o adolescente bateu com o simulacro de arma de fogo no vidro da janela, anunciando o roubo, tendo os roubadores, em seguida, ordenado que a vítima desembarcasse do automóvel. A vítima desem-

Acesso ao Sumário

barcou do veículo, oportunidade em que o adolescente e seu comparsa ingressaram no automóvel subtraído e evadiram-se do local.

Após o roubo, a Polícia Militar foi acionada e, em patrulhamento pelo bairro (...), em (...), os policiais visualizaram o automóvel (...) subtraído na contramão de direção da via, com o representado e o comparsa em seu interior, motivo pelo qual realizaram breve acompanhamento. Os roubadores passaram a empreender fuga pelas ruas, sendo que, na (...), eles pararam o carro, abriram as portas e tentaram empreender fuga, momento em que o adolescente foi apreendido e o outro indivíduo conseguiu fugir. Em revista, os policiais localizaram na cintura do apelante um simulacro de arma de fogo.

A materialidade do ato infracional análogo ao crime de roubo majorado ficou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 6/8), auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), auto de entrega (fls. 14/15), auto de reconhecimento (fls. 17) e pelas demais provas colhidas.

De igual modo, a autoria emergiu induvidosa da prova amealhada.

Neste sentido é a confissão do adolescente na delegacia (fls. 10) e em Juízo (mídia, fls. 34), ratificada pelas demais provas produzidas, em particular, as declarações da vítima A.C.L.S. (fl. 95, mídia), que declarou te sido abordada por dois indivíduos, inclusive um deles com simulacro de arma de fogo, que abriram a porta do carro e determinaram que saísse. Roubaram o veículo, celular e outros objetos pessoais, mas um dos adolescentes, o qual reconheceu como aquele que a abordou, foi apreendido depois de quarenta minutos e tudo foi recuperado. Não o conhecia anteriormente.

Tanto isso é verdade que a i. defesa, com boa técnica, sequer nega a procedência da representação, buscando, somente, a fixação de medida socioeducativa mais branda.

A esse respeito, importa observar, de início, que as medidas socioeducativas não têm apenas caráter punitivo, mas, sobretudo, objetivos pedagógicos, cuja finalidade principal é auxiliar o adolescente desregrado em seu desenvolvimento pessoal, a fim de que possa adquirir senso crítico e melhorar seu quadro comportamental.

Acesso ao Sumário

O que se pretende com a fixação de tais medidas é proporcionar a reabilitação e a reeducação do adolescente em conflito com a lei, instituindo-lhe freios e, principalmente, responsabilidades, para que retome os estudos, adquira capacitação profissional, ou, ao menos, para que desperte maior senso de solidariedade social e cultive vínculos comunitários sadios.

E, no presente caso, a medida socioeducativa de *internação* se apresenta como compatível com as circunstâncias do ato infracional, que possui contornos de gravidade diferenciada, notadamente em se tratando de roubo de veículo realizado em concurso de agentes, e diante das condições pessoais dos adoles-

centes.

Anote-se, a propósito, que o adolescente **M.L.P.C.** é reincidente específico, com três passagens pela Fundação Casa e o relatório de diagnóstico polidimensional (fls. 87/94) não lhe foi favorável. Destacou-se que o adolescente **não possui crítica e empatia**. É ocioso, usa abusivamente entorpecente e possui grande demanda com psicoterapia. Além disso, age com grande desrespeito à sua genitora (fls. 94).

Em suma, considerando a gravidade do ato infracional praticado com violência e grave ameaça e as condições pessoais do representado, a medida aplicada realmente se mostra adequada e necessária à reabilitação e a reeducação do adolescente.

O artigo 122, incisos I e II, do ECA, assim dispõe:

"Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves".

Como se vê, plenamente cabível (e adequada) a medida aplicada pelo d. Magistrado *a quo*, bastando atentar que o roubo majorado foi praticado mediante grave ameaça e, ainda, o apelante é reincidente específico e registra três passagens na Fundação Casa. Ademais, nenhuma outra medida se revela adequada (artigo 122, § 2º, ECA).

Por fim, acresce ponderar, especificamente quanto às regras dispostas nos artigos 54 das Diretrizes do RIAD e 35, inciso I, da Lei do SINASE, que, consoante já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A norma do art. 35, inc. I, da Lei n. 12.594/2012 é meramente orientativa e não obsta a aplicação da medida de internação quando presentes os requisitos do art. 122 do ECA" (STJ – Sexta Turma – HC 445998/RJ – Rel. Min. NEFI CORDEIRO – j. 04.09.2018 – DJe 12.09.2018).

Não merece qualquer reparo, portanto, a r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032866-22.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante P. DE J. DA V. DA I. E J. DO F. R. DE S., é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram pro-

vimento aos recursos oficial e voluntário, com as observações acima. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.121)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 10 de fevereiro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Presidente da Seção de Direito Público e Relator.

Ementa: Apelação Cível – Ação Civil Pública que visa compelir o Município de São Paulo a manter crianças e adolescentes em situação de risco acolhidos sempre em seu território de origem, na mesma região do Juízo da Infância competente, bem como exercer a fiscalização dos serviços não conveniados na região – A pretensão não atende ao princípio da proteção integral, ainda que deva o ente público providenciar melhor gestão das vagas disponíveis na Capital e eventualmente aumentar o número de entidades de acolhimento – Ausência de ilegalidade nos critérios administrativos empregues pela rede assistencial do Município, porquanto as vagas são concedidas dentro dos limites territoriais do Município – Sentença de improcedência mantida – Apelação e reexame não providos, com observação.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de recurso de apelação contra sentença (fls. 1.409/1.414) que julgou improcedente o pedido formulado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, em ação civil pública ajuizada em face do **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** para o fim de compelir o ente público a manter as crianças e adolescentes acolhidos em seus serviços conveniados (ou diretos) de acolhimento institucional ou familiar, na mesma região da Vara da Infância e Juventude com atribuição para conhecer e julgar os processos e ações decorrentes da relação do poder familiar, cuja jurisdição é fixada pelo local da residência do respectivo núcleo familiar, bem como a exercer a fiscalização dos serviços não conveniados na região do Foro Regional de Santana, tudo conforme preconiza o parágrafo 7º do artigo 101 da Lei 8.069/90.

Inconformado, apela o Ministério Público, pugnando pela reforma do julgado. Alega, em síntese, que os acolhimentos de crianças e adolescentes, em qualquer modalidade, devem atender os preceitos do artigo 101, § 7º, do ECA, que estabelece que o acolhimento familiar e institucional deve se dar no local mais próximo à residência dos pais ou responsáveis, para facilitação do processo de reintegração familiar. Aduz que se apurou, quando da propositura da presente ação civil pública, que trinta e sete crianças e adolescentes eram acolhidos em entidades da região da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santana, a despeito da execução de suas medidas protetivas serem acompanhadas por outras Varas da Infância e Juventude, o que não atende à diretriz mencionada. Na ocasião, também se observou que o simples remanejamento dessas crianças e adolescentes para as suas respectivas regiões de referência não seria suficiente, porque, à época, havia cem crianças e adolescentes residentes na região de Santana, acolhidas em serviços localizados fora da sua jurisdição, em razão da inexistência de vagas disponíveis. Aponta que uma das linhas de ação da política de atendimento é a criação de *"políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes"* (inciso VI do art. 87 do ECA), sendo a municipalização a diretriz dessa política (inciso I do art. 88). Nesse contexto, destaca que constitui dever legal do Município de São Paulo oferecer amparo às crianças e aos adolescentes em situação de risco, com absoluta prioridade, seja com a criação de mais entidades de atendimento, seja por meio da implantação do programa de acolhimento familiar, como alternativa e em preferência à institucionalização, seja, através da efetivação dos programas já existentes. Afirma que o próprio Secretário Municipal reconheceu, em audiência realizada em 29 de junho 2017 (fls. 1.086/1.089), a existência de problemas diversos na gestão de vagas. No entanto, nada foi apresentado de concreto desde então e a situação constatada em 2015 persistiu no decorrer da demanda. Ressalta que a ineficiência da política pública por parte do ente municipal restou demonstrada nos autos, o que leva à inconstitucionalidade por omissão, a permitir a intervenção do Poder Judiciário. Alega que a Vara da Infância e Juventude de Santana é a única em que a rede de serviços não conveniados representa 33% da rede de atendimento, acrescentando que as vagas desses serviços não seguem os parâmetros estabelecidos pela Central de Vagas da SMADS, o que importa no dever do Poder Público Municipal de exercer a orientação técnica de todos estes serviços, de modo a assegurar o cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes, dentre eles o previsto no artigo 101, § 7º, do ECA e na própria Resolução Conjunta CMDCA e COMAS (fls. 1419/1458).

Houve oferta de contrarrazões (fls. 1478/1488).

Opinou a Douta Procuradoria Geral da Justiça pelo provimento do recur-

Acesso ao Sumário

so (fls. 1497/1503).

É o relatório.

De início, cumpre assinalar que o Ministério Público do Estado de São Paulo deduziu ações com objetos semelhantes em relação a cada Vara de Infância e Juventude dos Foros Regionais da Capital, razão pela qual tramitam outros recursos, dentre os quais os agravos de instrumento (Proc. nº 2000535-36.2016.8.26.0000, Proc. nº 2001980-89.2016.8.26.0000, Proc. nº 2001990-36.2016.8.26.0000, Proc. nº 2005121-19.2016.8.26.0000 e Proc. nº 2006497-40.2016.8.26.0000) e apelações (Proc. nº 1013674-94.2015.8.26.0004, Proc. nº 1019536-43.2015.8.26.0005, Proc. nº 1013576-06.2015.8.26.0006, Proc. nº 1023973-24.2015.8.26.0007, Proc. nº 1006920-21.2015.8.26.0010 e Proc. nº 1050872-74.2015.8.26.0002) julgados nas relatorias dos Excelentíssimos Desembargadores Ricardo Dip, Evaristo dos Santos e Magalhães Coelho, cumprindo-me, de tal modo, prosseguir observando a prevenção da Presidência da Seção de Direito Público.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para impor ao Município de São Paulo a implantação de política pública que garanta paralelismo entre a localização das instituições de acolhimento de crianças e adolescentes e a jurisdição do Foro Regional de Santana, de forma a se ater à proximidade de moradia dos familiares, em prestígio aos princípios consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desacolhida a pretensão pelo MM. Juiz de Primeiro Grau, recorreu o Ministério Público.

O recurso não comporta provimento.

Após detida análise da prova produzida, não se verificou, no caso em comento, ilegalidade ou falha do serviço público questionado passível de justificar a intervenção do Judiciário na forma como a Administração municipal vem implementando a política atinente à divisão territorial dos locais de acolhimento.

É certo que o Poder Judiciário deve estar alinhado com os próprios objetivos do Estado, de forma que, em princípio, as políticas ou omissões que possam comprometer o ideal de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preconizada pela Constituição, são passíveis de correção judicial.

Contudo, as políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo devem observar os princípios fundamentais e os preceitos Constitucionais, cabendo ao Judiciário, em última instância, analisar a compatibilidade daquelas com estes.

Nesta senda, tem-se que a discricionariedade, como modernamente entende a doutrina, é a liberdade conferida ao administrador público para que, diante de situações concretas, possa, a partir de critérios razoáveis e impessoais, eleja a melhor solução, que atenda ao interesse público e concretize a pauta axiológica constitucional, fazendo escolha dentre opções legítimas ante o orde-

Acesso ao Sumário

namento pátrio.

Não consiste, portanto, em liberdade para omitir-se na concretização de políticas públicas ou, ainda, ofender os vetores axiológicos da Constituição Federal.

O que importa notar, é que o exercício das faculdades discricionárias não só não dispensa a Administração Pública do respeito à principiologia constitucional e das normas legais que a ela se submetem como, ainda, obriga a consagrá-la em todos os seus atos.

Destarte, não há, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador, nem a pretensa imunidade a seu controle jurisdicional.

Sabe-se que há muito evoluiu a doutrina e jurisprudência brasileiras no tocante ao controle dos atos discricionários da Administração, superado o entendimento de que o Poder Judiciário está adstrito ao controle de legalidade extrínseca, pois tudo o mais seria inerente à discricionariedade administrativa.

Ora, se a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem princípios e diretrizes gerais do sistema protetivo a serem observados pelos entes públicos encarregados de dar proteção às crianças e adolescentes em situação de risco, tais vetores devem repercutir nas escolhas do administrador público municipal para gerenciar o sistema de fornecimento de vagas e credenciamento de entidades de acolhimento na Capital.

Estabelece o artigo 227 da Constituição Federal: *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."*

Diante deste enunciado constitucional, há que se concluir que não está sob o manto da discricionariedade administrativa a escolha do gestor público de agir ou não face a ofensas a direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 19 o direito à criação no seio da família e excepcionalmente em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária. Seguindo tal diretriz, o parágrafo 7º do artigo 101 dispõe que o acolhimento institucional, como regra, deve ocorrer no local mais próximo à residência dos pais ou responsável, para promover sua reinserção familiar. Ainda, o artigo 87, inciso VI consagra como linha condutora das políticas de atendimento de crianças e adolescentes políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes.

Nesta seara, quando se trata do controle de políticas públicas desta di-

Acesso ao Sumário

mensão, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes. Isto porque embora cada poder possua o exercício de uma função especializada, exerce de maneira anômala funções próprias de outros poderes, aplicando sobre os demais uma forma de controle. Bem por isso as modernas Constituições, dentre as quais se inclui a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecerem uma separação de funções especiais, no interior das quais cada um dos poderes agirá com independência, criaram, igualmente, um sistema de controle recíproco, de modo a evitar que o exercício do poder em cada uma de suas dimensões se faça de maneira incontrastável.

Ademais, a supremacia do controle jurisdicional sobre os demais poderes do Estado está consagrada no art. 5º, XXXV, da CF, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que implica a possibilidade de revisão dos atos administrativos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo, sem ressalvas, diante da clareza e da ausência de distinção da norma constitucional.

Se há efetiva constatação que o administrador público não age concretizando os princípios do sistema legalmente instituído, e diversamente deixa de coibir violações de direitos a ele noticiadas, não se está na seara da discricionariedade, pois nesta há margem de escolha ao agente público, que o faz dentre possibilidades legítimas.

Em suma, não há lugar para discricionariedade administrativa quando se está no campo da ilegalidade.

Ainda que se reconheça graus de liberdade em suas opções, não pode o administrador se furtar a cumprir e concretizar políticas públicas erigidas pela Constituição Federal, como na hipótese da máxima proteção à criança e ao adolescente em situação de risco.

Não será demais lembrar, outrossim, que a função administrativa consiste no dever de o Estado e seus agentes, de dar cumprimento fiel aos comandos normativos, para o atingimento das finalidades públicas previstas na Lei.

Por essa razão, a função administrativa e os poderes que lhe são inerentes se caracterizam por sua instrumentalidade – dever de satisfazer finalidades públicas em prol do interesse de outrem.

Posto isso, passa-se à análise das particularidades e elementos constantes dos autos.

Se por um lado é inquestionável a relevância do Princípio da Territorialidade, prescrito pelo § 7º do art. 101 do ECA, sobretudo, para facilitar a execução dos trabalhos da rede socioassistencial, com vistas à reintegração familiar das crianças e adolescentes abrigados, por outro, é inconteste que a distribuição das vagas de acolhimento num município com a dimensão de São Paulo não consiste em tarefa simples.

Acesso ao Sumário

Como bem destacado pela r. sentença:

(...)

"A distribuição de vagas em serviços de acolhimento de uma capital, com o gigantismo de São Paulo, é tarefa complexa que pode gerar algumas distorções que precisam de alinhamento.

Com efeito, a entrada e saída de crianças e adolescentes dos serviços de acolhimento institucional tem fluxo bastante dinâmico que se altera a todo instante. Não raras vezes vários grupos de irmãos são acolhidos de uma só vez preenchendo a capacidade dos serviços de acolhimento institucional de uma determinada região. Há, ainda, uma demanda enorme de adolescentes que apresentam vivência de rua e circulam pelos serviços de acolhimento. Assim o fluxo é intenso sem que se possa ter previsão e efetivo controle do número de crianças e adolescentes que entrarão ou retornarão ao sistema.

Não há dúvida de que a cidade de São Paulo precisa estar preparada para este desafio. Todavia, não atende ao melhor interesse de crianças e adolescentes a proibição da entrada em determinada área de determinado foro regional de criança e adolescente. Os acolhimentos ocorrem a todo instante, inclusive durante a madrugada. Crianças e adolescentes, em hipótese alguma, podem ficar desabrigados. Assim, onde houver vaga devem ser encaminhados os novos acolhidos. (fl. 1412)"

A despeito da complexidade da atribuição e do grande volume de solicitações de acolhimento (aproximadamente 350 casos por mês, tal como refere o Município em sua contestação (fl. 992), dos quais 60% são provenientes dos Conselhos Tutelares, sem qualquer tipo de informação, da análise do extenso conjunto probatório formado conclui-se que o serviço de gestão de vagas e a priorização da observância do critério da territorialidade ensejam de fato mais então por parte da pasta municipal competente. Porém, não se vislumbra ilegalidade por parte da Administração Municipal na condução da política pública mencionada.

Constata-se dos documentos juntados à fls. 1002/1007 e 1021/1022 que a partir de 23.06.2015, ocorreram reuniões sistemáticas com a presença Secretária da SMADS, a coordenadora de Proteção Social Especial, a assistente social da Proteção Social Básica, representantes do Tribunal de Justiça, incluindo-se alguns profissionais das áreas técnicas de psicologia e assistência social dos Foros Regionais, nas quais se pactuou um plano de reordenamento no sentido de que cada Vara da Infância e Juventude indicasse os casos a serem reordenados, para que, então, fosse agendada uma reunião com as técnicas do Judiciário, os técnicos do CREAS e dos serviços de acolhimento envolvidos para o fim de discutir os casos individualmente.

Ademais, noticiou-se à fl. 1004 que a região de SAS Jaçanã/Tremembé

Acesso ao Sumário

realizou audiência pública para a implantação de dois novos serviços em 2016, de sorte a atender a demanda da Vara de Infância de Santana.

Ao longo da instrução, foram realizadas audiências com presença dos envolvidos, nas quais foram informadas algumas mudanças na gestão dos planos de reordenamento.

Ao que consta, houve algum avanço no tocante ao reordenamento dos acolhimentos na região Norte (fls.1086/1087).

Também a Municipalidade ré noticiou aprimoramento do Serviço de Acolhimento Institucional – SAICA Porta de Entrada, que passará a ter metodologia e trabalho social readequados conforme as especificidades da infância e adolescência, indicando a possível implementação entre o 2º Semestre de 2018 e o 1º Semestre de 2019 três unidades do Projeto de Acolhimento Inicial e Temporário para crianças e adolescentes nas jurisdições das Varas de Infância Central, de Santana e de Santo Amaro (fls. 1127/1130).

Constou informação de que a Coordenadoria de Proteção Especial, paralelamente à SMADS, tem adotado medidas ampliadas, com proposta de abertura de casas lares com previsão para implantação de cinco convênios (10 casas) para o primeiro trimestre de 2016, além da implantação de família acolhedora, viabilizando o reordenamento dos serviços na cidade. E, para tanto, foram implantados serviços em Santo Amaro, Itaim Paulista, Freguesia do Ó, São Mateus e Santana (fls. 1093/1107).

Nessa esteira, extrai-se dos documentos acostados pela Municipalidade (SMADS), em julho de 2020 (fls. 1359/1360): informação sobre a existência de editais em andamento para abertura de novos SAICAS na Zona Norte (fl. 1361) e ainda, que, na ocasião, havia 38 crianças e adolescentes com processos em trâmite perante a VIJ de Santana e acolhidos em SAICAS fora de sua jurisdição, e 19 abrigados em SAICAS sob a jurisdição de Santana, pertencentes a outras VIJs (fls. 1362/1363), a demonstrar que, em face do volume dos pedidos de abrigo por mês neste Foro Regional, reconheceu-se a efetiva necessidade do aumento das vagas de acolhimento, para promover maior observância do critério da territorialidade, de sorte a manter a criança ou o adolescente em seu território de origem, promovendo maiores chances de reinserção familiar e em prestígio à manutenção dos vínculos comunitários.

Por fim, conforme ofício da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social datado de 09 de novembro de 2020, noticiou-se que não havia previsão orçamentária para abertura de novo SAICA Acolhimento Inicial na Zona Norte, que atende os territórios da SAS Santana, SAS Casa Verde, SAS Jaçanã Tremembé e SAS Vila Maria/Vila Guilherme. Indicou a Municipalidade que, visando à melhoria da gerência de vagas, estava em andamento processo licitatório para instalação de central de vagas, com vistas a eliminar a necessi-

Acesso ao Sumário

dade de novas unidades de acolhimento inicial. Ademais, indicou ter promovido esforços para o reordenamento de crianças e adolescentes ligados à Vara de Infância de Santana que estariam em outros territórios (fl. 1386/1387).

Diante deste panorama, não se pode afirmar que a administração pública municipal se omitiu ou atuou em desrespeito à lei, o que ocorreria se verificados abrigamentos fora do Município de São Paulo, ainda que se pondere acerca da efetiva necessidade de implementação de medidas para o aumento de vagas na região Norte da Capital.

Espera-se que diante da judicialização do tema, tenha o ente público se mobilizado para reorganizar a gestão e promover majoração das vagas junto às instituições de acolhimento na Capital, para que se prestigie a manutenção das crianças e dos adolescentes o mais próximo possível da residência ou locais de origem.

Em arremate, quando à pretensão de compelir o Município a exercer fiscalização dos serviços não conveniados na região do Foro Regional de Santana, após detida análise dos autos, não restou demonstrado que houvesse omissão do ente federativo municipal no tocante a tal dever, de sorte que prevalece a solução dada pela r. sentença de Primeiro Grau.

Com isto, **nego provimento aos recursos oficial e voluntário, com as observações acima.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0045745-71.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS CENTRAL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 24ª VARA CÍVEL CENTRAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 24ª Vara Cível do Foro Central da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.627)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DI-

Acesso ao Sumário

REITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de fevereiro de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de reintegração de posse distribuída para a 24ª Vara Cível do Foro Central da Capital. Remessa para a 2ª Vara de Registros Públicos da Capital, ante a alegada conexão com a ação de usucapião do mesmo imóvel que lá tramita. Impossibilidade. Inexistência de conexão. Pedidos e causa de pedir distintos. Ausência de risco de prolação de decisões conflitantes. Demanda cuja matéria não está elencada no rol do artigo 38 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, que estabelece a competência das Varas de Registros Públicos. Competência do Juiz suscitado da 24ª Vara Cível do Foro Central da Capital.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 24ª VARA CÍVEL**, ambos do **FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL**, nos autos da ação de reintegração de posse nº 1131030-06.2021.8.26.0100, proposta por Cupecê Negócios e Participações Societárias S/A contra José Ivanildo e Maria Ednir Alves.

Argumentou a suscitante que o suscitado declinou da competência sob a alegação de que há conexão com a ação de usucapião nº 1078913-14.2016.8.26.0100, em trâmite perante o juízo suscitante. Sustentou, no entanto, que a Vara de Registros Públicos não é competente para julgamento de ações possessórias, conforme dispõe o artigo 38 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, de modo que não há que se falar em conexão.

Processado o presente conflito de competência, foi designado o MM. Juiz de Direito suscitado da 24ª Vara Cível do Foro Central da comarca da Capital para apreciar as medidas urgentes.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão à Juíza suscitante.

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada por Cupecê Negócios e Participações Societárias S/A contra José Ivanildo e Maria Ednir Alves, cuja competência foi declinada pelo juízo suscitado da 24ª Vara Cível do Foro Central da Capital, ante alegada conexão desta com a ação de usucapião em trâmite no juízo suscitante.

No caso, embora as ações versem sobre o mesmo imóvel, as demandas têm pedidos e causa de pedir distintos.

Com efeito, na ação possessória o que se busca é assegurar o exercício da posse do imóvel, do qual a parte autora alega que foi despojada em decorrência de esbulho praticado. Já na ação de usucapião, o que se busca é a aquisição da propriedade do bem, com base na posse exercida por determinado lapso temporal.

Dada a diferença entre os elementos das ações, não há, no presente caso, conexão que recomende a reunião dos processos para julgamento conjunto, nos termos do art. 55 do Código de Processo Civil.

Desse modo, as demandas podem tramitar em juízos distintos sem que o andamento de uma interfira no julgamento da outra e sem que haja risco de serem proferidas decisões conflitantes.

Ademais, as Varas de Registros Públicos são absolutamente incompetentes para conhecer e julgar ação possessória, de competência da Vara Cível, em razão da matéria.

Com efeito, as matérias de competência das Varas de Registros Públicos estão previstas no artigo 38 do Código Judiciário do Estado de São Paulo:

"Artigo 38 – Aos Juízes das Varas dos Registros Públicos, ressalvada a Jurisdição das Varas Distritais, compete:

I – processar e julgar os feitos contenciosos ou administrativos, principais, acessórios e seus incidentes relativos aos registros Públicos, inclusive os de loteamento de imóveis, bem de família, casamento nuncupativo e usucapião;

II – dirimir as dúvidas dos oficiais de registro e tabeliães, quanto aos atos de seu ofício e as suscitadas em execução de sentença proferida em outro juízo, sem ofender a coisa julgada;

III – decidir as reclamações formuladas e ordenar a prática ou cancelamento de qualquer ato de serventuário sujeito à sua disciplina e inspeção, salvo matéria da competência específica do outro juízo;

IV – processar e julgar as suspeições opostas aos serventuários dos car-

Acesso ao Sumário

tórios que lhes estão subordinados;

V – processar a matrícula de jornais, revistas e outros periódicos e das oficinas impressoras;

VI – decidir os incidentes nas habilitações de casamento."

Desse modo, correta a distribuição originária ao Juiz de Direito suscitado da 24ª Vara Cível do Foro Central da Capital, competente para processar e julgar a ação de reintegração de posse.

Nesse sentido, confiram-se precedentes dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PLEITO RECONVENCIONAL DE USUCAPIÃO. RECONVENÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. Demanda originariamente distribuída ao Juízo da 43ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital. Determinação de redistribuição dos autos à Vara de Registros Públicos da mesma Comarca após pedido reconvencional de usucapião formulado em contestação. Descabimento. Incompetência absoluta do Juízo da Vara de Registros Públicos para apreciar o pedido principal de rescisão contratual c.c. reintegração de posse. Matéria não elencada no rol do artigo 38 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 43ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0024616-10.2021.8.26.0000; Câmara Especial – Rel(a). Des(a). Daniela Cilento Morsello – j. em 19/08/2021).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de reintegração de posse – Ação distribuída originalmente ao juízo Cível comum – Remessa do feito à Vara de Registros Públicos prevento pela precedência da distribuição de ação de usucapião dita conexa – Descabimento – Conexão não configurada – Causas de pedir e pedidos distintos – Ausência de risco de decisões conflitantes – Causa que não se enquadra em quaisquer das hipóteses elencadas no art. 55 do CPC – Demanda, ademais, que não versa sobre matéria atribuída à Vara especializada de registros públicos, segundo o que prevê o artigo 38 da Lei de Organização Judiciária – Ausente questão atinente a erro de registro a ser corrigido administrativamente nos moldes definidos no art. 110 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) – Incompetência absoluta do suscitante que também obsta a reunião das ações – Possível prejudicialidade entre as demandas que deve ser resolvida com a suspensão da ação, nos termos do art. 313, V, "a", do CPC – Precedentes – Matéria relacionada ao juízo cível nos termos do art. 34, I, do CJ – Conflito acolhido – Competente o suscitado (2ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros)". (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0037442-05.2020.8.26.0000 – Rel. Des. Renato Genzani Filho – j. em

Acesso ao Sumário

13/11/2020 – V.U.).

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 24ª Vara Cível do Foro Central da Capital.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0045257-19.2021.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE CARAPICUÍBA, interessados VIDROLOGIA COMÉRCIO DE VIDROS EIRELI – EPP e TOTAL CAR MECÂNICA LTDA., é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE BARUERI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do conflito negativo de competência e determinaram o retorno dos autos ao Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CARAPICUÍBA). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.953)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de fevereiro de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Câmara Especial – Conflito negativo de competência suscitado em face de decisão que acolhe preliminar de incompetência territorial em decisão não recorrida pela parte interessada – MM. Juízo de Direito suscitante que não pode rediscutir, via conflito negativo de competência, a matéria tratada na aludida decisão – Direito que cabe à parte, pela via recursal prevista na legislação processual civil – Observância dos arts. 1.009, do CPC, e Tema nº 988, do C. STJ – Ausência de recurso que importa em aceitação e conformismo – Conflito negativo de competência

Acesso ao Sumário

não conhecido.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CARAPICUÍBA** em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BARUERI**, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c.c. Indenização por Danos Materiais e Morais ajuizada por Vidrologia Comércio de Vidros Eireli – EPP contra Total Car Mecânica Ltda. (Proc. nº 1016005-75.2020.8.26.0068).

Divergem os MM. Juízos de Direito sobre a competência para o processamento e julgamento da aludida ação, especialmente em relação à prevalência (ou não) das regras de fixação de competência previstas do Código de Defesa do Consumidor ou daquela do artigo 53, III, "a", do Código de Processo Civil.

Foi designado o Juízo suscitado **(MM. JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BARUERI)** para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 7/8).

É o relatório.

Este conflito negativo de competência foi suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Carapicuíba, após receber, por redistribuição, a de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vidrologia Comércio de Vidros Eireli – EPP contra Total Car Mecânica Ltda., que foi determinada pelo MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Barueri, ao acolher, por decisão não recorrida, preliminar de incompetência territorial arguida pela aludida parte requerida em contestação (Proc. nº 1016005-75.2020.8.26.0068).

A ausência de recurso em face de decisão que acolhe preliminar de incompetência territorial somente pode ser impugnada pela parte interessada, pela via recursal prevista na legislação processual civil, mais especificamente, por meio da arguição pela parte interessada de preliminar de apelação, nos termos previstos no artigo 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil ou, ainda, pela interposição de agravo de instrumento, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que mitigou a taxatividade do rol insculpido no artigo 1.015 do Diploma Processual, no julgar o Tema nº 988.

Acesso ao Sumário

Isso significa que, não interposto recurso cabível verifica-se a aquiescência e conformismo da parte interessada, sendo defeso ao MM. Juízo de Direito que recebe, por redistribuição, a respectiva ação rediscutir a matéria através de conflito de competência. Ressalte-se que embargos de declaração não são via adequada a discutir a matéria.

Assim, ante a estabilização da competência no Juízo Suscitante, incabível

a arguição de incompetência por meio deste conflito, e forçoso seu não conhecimento, com prosseguimento do feito junto ao juízo para o qual foram os autos remetidos em razão do acolhimento da preliminar arguida em sede de contestação, qual seja, o Juízo Suscitante.

Em casos análogos, já se pronunciou esta C. Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS SUCESSÓRIOS. CONTESTAÇÃO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ACOLHIDA. DECISÃO JUDICIAL NÃO DESAFIADA PELO MANEJO DO RECURSO CABÍVEL. DESCABIMENTO DA DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO ORIGINÁRIO. Demanda inicialmente distribuída perante o Juízo da Vara da Família e Sucessões da Comarca de Itu. Contestação apresentada com arguição de preliminar de incompetência do juízo. Decisão judicial que acolheu a preliminar e determinou a remessa dos autos ao foro do último domicílio do autor da herança. Controvérsia dirimida por decisão judicial e que somente pode ser reapreciada pelo manejo do recurso cabível. Inteligência do artigo 1.009, § 1º, do CPC e Tema 988 do STJ. Ausência de insurgência pela parte interessada. Rediscussão da matéria que é inadmissível em sede de conflito de competência. Conflito não conhecido, com observação. (TJSP; Conflito de competência cível 0033920-67.2020.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Sorocaba – 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/09/2020; Data de Registro: 30/09/2020)

Conflito Negativo de Competência – Ação Acidentária – Remessa do feito ao Juízo da 1ª Vara Cível do Foro de Santa Cruz do Rio Pardo, ora suscitante, após acolhimento de preliminar de incompetência relativa arguida pela ré, em sede de contestação – Possibilidade de rediscussão da matéria como preliminar de apelação – Exegese dos artigos 1.009, § 1º e 1.015, do Código Processual Civil – Agravo de instrumento, no mais, interposto pelo interessado – Conflito não conhecido. (TJSP; Conflito de competência cível 0030497-02.2020.8.26.0000; Relator: Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santa Cruz do Rio Pardo – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/09/2020; Data de Registro: 17/09/2020)

Conflito negativo de competência. Ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com pedidos de repetição de indébito e de indenização por danos morais. Demanda distribuída perante o Juizado Especial Cível. Preliminar de incompetência arguida em contestação. Requerimento acolhido pelo Juízo suscitado, que determina a remessa ao juízo à justiça comum. Declinação da competência, de ofício, pelo Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Martinópolis. Impossibilidade. Decisão que pode ser revista apenas por meio de recurso próprio. Autor da ação que não interpôs agravo de instrumento contra decisão que reconheceu a incom-

Acesso ao Sumário

petência do Juizado Especial. Competência relativa que obsta a recusa de ofício. Súmula nº 33/STJ. Precedentes desta C. Câmara Especial. Hipótese de não conhecimento do incidente que implica na competência do suscitante (1ª Vara Judicial de Martinópolis). Conflito de competência não conhecido, com determinação. (TJSP; Conflito de competência cível 0047594-49.2019.8.26.0000; Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Martinópolis – 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 17/12/2019; Data de Registro: 17/12/2019)

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória – Relação de consumo – Ação ajuizada perante o foro do domicílio da autora/consumidora – Acolhimento, todavia, de alegação de incompetência suscitada em preliminar de contestação, apontando a convenção entre as partes de foro de eleição – Possibilidade – Foro eleito contratualmente que não se mostra abusivo – Remessa determinada ao suscitante – Ausência de recurso interposto pela autora para impugnar a decisão – Hipótese de impossibilidade de suscitação de conflito de competência – Decisão que apenas pode ser reapreciada por iniciativa das partes, em sede de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC ou mesmo por meio de agravo de instrumento, conforme entendimento do c. STJ, que ao julgar o tema 988, mitigou a taxatividade do rol exposto no art. 1.015 da referida Lei processual – Precedentes – Faculdade conferida ao consumidor em optar por um dos juízos concorrentes, a denotar a natureza relativa da competência por prerrogativa do consumidor – Óbice à rediscussão da questão em incidentes da espécie – Incidência do teor das súmulas 33 do e. STJ e 77 do c. TJSP – Conflito não conhecido. (*TJSP; Conflito de competência cível 0023913-50.2019.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Olímpia – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2019; Data de Registro: 28/06/2019)

Ante o exposto, ***não conheço*** do conflito negativo de competência e ***determino*** o retorno dos autos ao Juízo suscitante (**MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CARAPICUÍBA**).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0004748-12.2022.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SANTOS, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do

Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, conheceram do conflito negativo para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da 3ª Vara da Fazenda Pública de Santos. Vencido o 2º Juiz que declara voto.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.689)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 17 de fevereiro de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Cumprimento individual de sentença coletiva. Distribuição livre. Remessa para a 3ª Vara da Fazenda Pública de Santos, onde foi prolatada a sentença coletiva. Possibilidade. Não incidência, no caso, do decidido no tema 480 do C. STJ. Inteligência do art. 516, II, do CPC. Competência da Juíza suscitante da 3ª Vara da Fazenda Pública de Santos.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA**, ambas da **COMARCA DE SANTOS**, nos autos do cumprimento individual de sentença (autos nº 1000698-83.2022.8.26.0562) proferida em ação coletiva proposta por sindicato dos funcionários da polícia civil, ajuizada por José Roberto Pereira Barreto Júnior em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Argumentou a suscitante que a execução individual de decisão proferida em ação coletiva se submete à livre distribuição, inexistindo prevenção do juízo prolator da sentença. Salientou que é livre a opção do exequente entre o foro de processamento da ação coletiva e o foro de seu domicílio, pois as ações coletivas possuem regramento especial, que não se submete à sistemática da regra geral de prevenção prevista no artigo 516 do Código de Processo Civil, por interpretação do artigo 98, § 2º, I, da Lei nº 8078/1990, que admite o foro da liquidação da sentença coletiva ou da ação condenatória individual, como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.098.242/GO.

Acesso ao Sumário

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambas as Juízas se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão à Juíza suscitada.

José Roberto Pereira Barreto ajuizou ação de cumprimento individual da sentença proferida na ação coletiva movida pelo sindicato dos funcionários da polícia civil. O cumprimento de sentença foi livremente distribuído para a 2ª Vara da Fazenda Pública de Santos, cuja Juíza declinou da competência e determinou a remessa para a 3ª Vara da Fazenda Pública local, ao argumento que a execução deve ocorrer junto ao juízo em que se formou o título executivo. Recebida a demanda, a Magistrada da 3ª Vara da Fazenda Pública de Santos suscitou o presente conflito.

Necessário esclarecer que há distinção entre o caso em apreço e a questão julgada no tema 480 do C. Superior Tribunal de Justiça.

O tema 480 do E. Superior Tribunal de Justiça preceitua que:

"A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)."

Como se vê, o tema 480 tem por escopo proteger o beneficiário que reside em foro do em que a ação coletiva tramitou. Visa, sobretudo, a facilitar o acesso à Justiça, evitando que o credor tenha de mover ação fora do seu domicílio.

No caso em exame, contudo, o credor tem domicílio no foro em que tramitou a ação coletiva. Por isso, não se aplica o tema 480 do E. STJ, mas a regra contida no artigo 516, II, do Código de Processo Civil:

"Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

(...)

II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;"

Trata-se de competência funcional, na linha do precedente dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Cumprimento individual de sentença coletiva – Distribuição do feito ao Juizado Especial Cível – Redistribuição livre ao Juízo da 2ª Vara Cível, o qual declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos ao Juízo da 3ª Vara Cível da mesma

Acesso ao Sumário

Comarca, prolator da sentença na ação coletiva – Possibilidade – Competência Funcional – Prevenção do Juízo Suscitante – Inteligência do artigo 516, II, do Código de Processo Civil – Precedentes – Conflito procedente para reconhecer a competência do juízo suscitante" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0028735-48.2020.8.26.0000 – Rel. Des. **Guilherme G. Strenger** – j. em 15.09.2020 – V.U.).

Portanto, em obediência à sistemática processual vigente, o autor deve executar a sentença no juízo que prolatou a sentença coletiva.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da 3ª Vara da Fazenda Pública de Santos.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 33.410)

Vistos.

Ouso divergir da sábia maioria.

Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA**, ambas da **COMARCA DE SANTOS**, nos autos do cumprimento individual de sentença (autos nº 1000698-83.2022.8.26.0562) proferida em ação coletiva proposta por sindicato dos funcionários da polícia civil, ajuizada por José Roberto Pereira Barreto Júnior em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Por maioria de votos, esta Colenda Câmara Especial conheceu do conflito negativo para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da 3ª Vara da Fazenda Pública de Santos, vencido este 2º Juiz, que declarará.

Malgrado o entendimento externado pelo ínclito Desembargador Relator, Beretta da Silveira, hei por bem divergir do mesmo.

Inicialmente, vale asseverar que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, 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).

Todavia, há reflexos do aproveitamento da extensão dos efeitos da coisa julgada pelos substituídos (*erga omnes*) decorrente da sistemática própria do

Acesso ao Sumário

microssistema da tutela coletiva pátria[1] – projeção *in utilibus* da coisa julgada[2-3] – em relação a competência do Juízo processante.

Em outras palavras: embora inegável a possibilidade de cumprimento de sentença individual em aproveitamento dos efeitos da coisa jugada formada na ação coletiva pelo interessado, far-se-á necessário estabelecer o Juízo competente para o processamento.

Nesse desiderato, tenho que o Juízo em que foi julgada a fase de conhecimento da ação coletiva não atrai sua competência para o processamento das ulteriores liquidações e execução individuais, tanto que é permitido o processamento, na forma de execução individual, em foro distinto da ação coletiva, consoante ressaltado anteriormente (Tema 480 – STJ) cuja *ratio decidendi* é análoga às hipóteses em que Juízos estejam localizados na mesma Comarca, a saber:

"RECURSO ESPECIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA NO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE EXAMINOU O MÉRITO DA AÇÃO COLETIVA. TELEOLOGIA DOS ARTS. 98, § 2º, II E 101, I, DO CDC. ***1. A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do CPC, pois inexiste interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial****. 2. A analogia com o art. 101, I, do CDC e a integração desta regra com a contida no art. 98, § 2º, I, do mesmo diploma legal garantem ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execu-*

1 Apesar de o art. 104 do CDC fazer remissão aos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 e aos incisos II e III do art. 103 do mesmo código, na verdade, em razão do aludido microssistema atinente a tutela coletiva, quer ele se referir a todos os incisos dos dois dispositivos legais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), tendo em vista que em qualquer das hipóteses pode o indivíduo se beneficiar da sentença coletiva, promovendo na liquidação e/ou execução da sentença, seja porque o direito material discutido em juízo é na essência individual (direito individual homogêneo), seja em razão do transporte *in utilibus* da coisa julgada (direitos essencialmente coletivos). Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover, *Código do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 941-942; Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 190-193; Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, *Código do consumidor comentado*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 487-492.

2 O denominado transporte *in utilibus* da coisa julgada encontra-se previsto no artigo 103, § 3º, do CDC que dispõe *"§ 3º – Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 97 a 100."*

3 A seu respeito, explica Ada Pellegrini Grinover que a sentença pode ser aproveitada pelos indivíduos lesados que poderão liquidá-la (provando dano, nexo de causalidade entre o dano sofrido e a responsabilidade fixada na sentença coletiva e montante) e depois executá-la. Assim, pode-se transportar a coisa julgada formada no processo coletivo para obtenção de benefício individual, mesmo sem ter sido formulado pedido de natureza individual homogênea." (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Ob. Cit., pp. 934-935).

ção individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva no foro de seu domicílio. 3. Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.098.242/GO 3ª T. rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI j. 21/10/2010 DJe 28/10/2010). (grifei)

Aliás, em prol da melhor eficiência da prestação jurisdicional, a harmonização do gerenciamento de casos (*case managament*)[4] e da microgestão processual de cada demanda individualmente apresentada (execução ou liquidação), inegavelmente, leva a crer que a melhor hermenêutica se direciona no sentido de que elas não tramitem, obrigatoriamente, perante o Juízo em que se processou originariamente a ação coletiva, salvo em hipóteses excecionais não presentes no caso.

Sobretudo porque em termos de direção formal do processo[5], por maior esforço e esmero dispensados pelo juízo em que tramitou a fase de conhecimento da ação coletiva, a manutenção de sua competência para a tramitação de todas as execuções e liquidações individuais, é suscetível de inviabilizar a eficiência da prestação jurisdicional célere e qualitativa em favor dos pretensos beneficiários individuais diante dos inúmeros feitos análogos porventura já existentes e/ou futuramente ajuizados, cuja abundância é vocacionada a tornar dificultosa a atividade judicante e cartorária, respectivamente, do Juízo e da unidade.

Por consectário lógico, é possível que a vinculação das execuções e liquidações individuais ao Juízo em que se processou a fase de conhecimento da ação coletiva cause profundo prejuízo a celeridade processual, o que, justamente, se pretende impedir com a livre distribuição destas demandas pelos substituídos, razão pela qual a referida medida é eficiente e imperativa, além do que ausente qualquer prejuízo às partes, até porque ontologicamente essa é a lógica preconizada pelo STJ quando do julgamento do Tema 480 que, por seu turno, igualmente se aplica aos Juízos da mesma Comarca em que se processou a demanda coletiva, observando-se, evidentemente, a competência *ratione materiae*.

Em sentido idêntico, já decidiu esta Colenda Câmara Especial, a saber:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Execução individual de sentença proferida nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em defesa de alunos/consumidores de instituição de ensino. Tutela coletiva. Propositura de execução individual, distribuída livremente à 1ª Vara Cível de Jacareí. Remessa dos autos à 3ª Vara Cível da Comarca, onde tramitou

4 Segundo Paulo Eduardo Alves da Silva: "o 'gerenciamento de processos' pode ser compreendido como planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo." ("Gerenciamento de Processos Judiciais". São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23).

5 *Formelle Prozessleitung* que visam a imprimir o devido ritmo a marcha processual ou mesmo zelar pela regularidade dos atos em todo o seu percurso. (Cappelletti, Mauro. (1974). *Aspectos sociales y politicos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la europa occidental y oriental*. *In*: Cappelletti, Mauro. Proceso, ideologias, sociedade. Buenos Aires: EJEA, 1974, pp. 47-48).

a ação civil pública. Descabimento. Ausência de prevenção. Precedentes do c. STJ e do e. TJSP. Sentença que lastreia a execução individual em conflito e tutela um número não definido de pessoas, que podem promover a execução no foro de seus domicílios, inclusive, a fim de facilitar a fruição do direito assegurado. Conflito procedente, para declarar competente o Juízo Suscitado da 2ª Vara Cível da Comarca de Jacareí. (TJSP; Conflito de competência cível 0051821-53.2017.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jacareí – 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/02/2018; Data de Registro: 21/02/2018).

A propósito, destaco os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ***COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. PREVENÇÃO DO JUÍZO DA AÇÃO COLETIVA. INEXISTÊNCIA****. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II.* ***A Primeira Seção desta Corte, no Conflito de Competência 131.123/DF, decidiu que o ajuizamento de execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra dos arts. 475-A e 575, II, do CPC, tendo como foro de competência o domicílio do exequente, nos moldes dos arts. 98, § 2º, I, e 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, inexistindo a prevenção identificada na instância originária (REsp 1.501.670/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª TURMA, DJe 30.06.2015).*** *III. A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV. Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. V. Agravo Interno improvido." (AgInt no AgInt no REsp 1433762/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 17/03/2021). (grifei)*

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO COLETIVA. 1. DECISÃO DA CORTE DE ORIGEM EXARADA SOB PRISMA DIVERSO DO ALEGADO NO AGRAVO INTERNO. 2. EXECUÇÃO FUNDADA EM SENTENÇA COLETIVA AJUIZADA NO DOMICÍLIO DO EXEQUENTE. POSSIBILIDADE. SÚMULA

Acesso ao Sumário

83 DO STJ. 3. AINDA QUE ASSIM NÃO FOSSE, AS RAZÕES DO AGRAVO INTERNO CONFLITAM COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE SE LIMITAR A EFICÁCIA DE DECISÕES PROFERIDAS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS COLETIVAS AO TERRITÓRIO DA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JUDICANTE. PRECEDENTES. 4. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem decidiu a controvérsia unicamente sob o prisma da possibilidade da execução individual ser proposta no domicílio do consumidor, independentemente de a sentença ter sido prolatada em outra comarca. Nessa senda, observa-se que não houve manifestação do Tribunal local sobre a legitimidade dos exequentes (ora recorridos) em relação ao título executivo judicial. Ou seja, a Corte originária não emitiu juízo de valor se os exequentes possuem legitimidade ativa para ingressar com a execução da sentença coletiva. ***2. "O STJ perfilha entendimento no sentido de que inexiste prevenção do juízo onde tramitou a ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais decorrentes do referido título judicial"*** *(AgRg no AgRg no REsp 1.432.389/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/5/2014, DJe 19/5/2014). 3. Ainda que fosse possível superar o óbice do conhecimento da questão apontada nas razões do agravo interno, o inconformismo conflita com a jurisprudência desta Corte Superior, qual seja: é indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante. Precedentes: EREsp 1.134.957/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 24/10/2016, DJe 30/11/2016; e REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011. 4. Agravo improvido." (AgInt no AgInt no REsp 1500011/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 08/05/2017). (grifei)*

Com isto, pelo meu voto, **julgo procedente o conflito para declarar a competência do Juízo da 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SANTOS (Suscitado).**

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº

Acesso ao Sumário

0036435-41.2021.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE TUPÃ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JÚRI E EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do Juiz de Direito suscitado da Vara do Júri/Execuções Criminais de Santos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.502)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 17 de janeiro de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Sentença penal transitada em julgado que condenou o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade cumulada com pena de multa. Remessa do feito para a comarca onde o executado encontra-se preso. Impossibilidade. A execução da multa penal, que se trata de procedimento autônomo, deve se dar no foro onde tramitou o processo de conhecimento a fim de evitar que o feito tramite por diversos juízos à medida em que **o executado seja transferido de estabelecimentos prisionais. Respeito aos princípios da celeridade e economia processual. Competência do juízo suscitado da Vara do Júri/Execuções Criminais de Santos.**

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DE TUPÃ** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JÚRI/EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SANTOS**, nos autos da ação de execução de pena de multa criminal nº 1007650-15.2021.8.26.0562 proposta pelo Ministério Público, decorrente da ação penal nº 1503605-91.2018.8.26.0536 que tramitou na 5ª Vara Criminal

de Santos, na qual foi proferida sentença já transitada em julgado, que condenou Ari Cesar de Souza pela prática do crime de roubo (artigo 157, *caput*, do Código Penal) a 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Sustentou que o Juiz suscitado declinou da competência, tendo em vista que o réu cumpre pena privativa de liberdade na Comarca de Tupã. Alegou, no entanto, que a competência é do juízo suscitado. Isso porque, conforme julgados desta C. Câmara Especial, a competência para ação de execução de pena de multa decorrente de condenação criminal será da Vara da Execução Criminal onde tramitou o processo de conhecimento, e não do local onde encontra-se o executado cumprindo pena privativa de liberdade.

Processado o conflito de jurisdição, foi designado o MM. Juiz de Direito suscitado da Vara do Júri/Execuções Criminais da Comarca de Santos para apreciar as medidas urgentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência do Juiz suscitado.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de execução de multa penal imposta a Ari Cesar de Souza pela prática do crime previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal, proposta pelo Ministério Público na Vara do Júri/Execuções Criminais de Santos, após o trânsito em julgado da condenação do executado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

O Juiz da Vara do Júri/Execuções Criminais de Santos encaminhou os autos para a Comarca de Tupã, em razão do local de prisão do executado (Centro de Detenção Provisória Pacaembu II). Recebido o feito, o Juiz da Vara de Execuções Criminais de Tupã suscitou o presente conflito.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150, em 13 de dezembro de 2018, conferiu interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal, nos seguintes termos: *"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018"* (STF – Tribunal Pleno – Ação Direta de Incons-

Acesso ao Sumário

titucionalidade nº 3150 – Rel. Min. **Marco Aurélio** – j. em 13.12.2018).

Por sua vez, a Lei nº 13.964/19, denominada de "pacote anticrime", alterou a redação do art. 51 do Código Penal e assim dispôs: *"Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição."*

E, seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da aplicação da pena de dias-multa:

"Art. 480 – Na hipótese de multa cumulativamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, sem prejuízo da expedição da guia de recolhimento definitiva ou das peças necessárias para complementar a guia de recolhimento provisória, na forma do artigo 468 destas Normas de Serviço, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento da multa no prazo de 10 dias.

§ 1º – No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço.

§ 2º – Recolhida a multa penal o juiz da vara onde tramitou o processo anotará o pagamento, comunicando o cumprimento ao Juízo das Execuções Criminais competente para a execução da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos.

Art. 480-A – Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento da multa cumulativamente aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo determinará a expedição de certidão da sentença.

§ 1º – Expedida a certidão, o ofício de justiça, abrirá vista ao MP e, após, lançará a movimentação 'Cód. 62050 – Autos no Prazo – Execução da Multa Penal', a qual atribuirá ao processo a situação 'suspenso', e encaminhará o processo com tramitação digital, automaticamente para a fila 'Ag. Execução – Pena de Multa.

§ 2º – Havendo comunicação do ajuizamento da ação de execução da multa penal, o juízo de conhecimento procederá a anotação no histórico de partes inserindo o evento 'Cód. 17 – Início da Execução da Pena de Multa', indicando no complemento o número do processo de execução e lançará a movimentação '61619 – Definitivo – Processo Findo com Condenação' remetendo o processo ao arquivo. A extinção da pena de multa incumbirá ao Juízo do processo da Execução da Multa.

Acesso ao Sumário

§ *3º* – Não havendo comunicação do ajuizamento da ação para *execução da multa penal, e decorrido o lapso prescricional, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, remetendo os autos ao arquivo."*

O Provimento nº 04/2020 encontra-se em consonância com o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal, pois respeita a competência das Varas das Execuções Criminais para a demanda executiva das multas impostas, ressaltando a titularidade do Ministério Público para tal mister.

E, no caso, o Ministério Público, após ser expedida certidão pelo Juízo do conhecimento (fls. 03/04 – origem), procedeu à execução da sentença penal transitada em julgado.

Ocorre que, tendo a ação penal tramitado na 5ª Vara Criminal de Santos (processo nº 1503605-91.2018.8.26.0536), a execução deverá se dar na Comarca onde tramitou o processo de conhecimento.

Tratando-se a execução da multa penal de procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva de liberdade e ou restritiva de direitos, e a fim de se evitar que o feito tramite por diversos juízos caso o executado seja transferido de estabelecimento prisional ou obtenha progressão de regime penal, é razoável que a demanda seja processada no juízo do foro originário da ação penal. Tal raciocínio harmoniza-se com os princípios da celeridade e economia processual, pois evita o trânsito do processo por diversas varas de execuções por onde o executado passar.

Nesse sentido, precedente dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Execução forçada de pena de multa decorrente de condenação criminal – Execução proposta perante a Vara de Assis que determinou o envio dos autos à Comarca em que o condenado cumpre sua pena corporal – Redistribuição ordenada para o juízo onde atualmente está o réu recolhido – Impossibilidade – Novo regramento implementado em razão das mudanças procedimentais introduzidas pelo julgamento da ADI nº 3150 e redação do art. 51 do CP, dada pela Lei nº 13.964/19, que aponta ter o legislador objetivado atribuir a juízos diversos a competência para a execução da pena privativa de liberdade e da execução da sanção pecuniária – Interpretação sistemática e original dos arts. 480, § 2º e 480-A, § 2º, das NSCGJ – Parecer nº 59/2020-J da CGJ que expressamente afirma a inviabilidade de se atribuir ao juízo do cumprimento da pena corporal a competência para a execução da multa penal – Autonomia da execução da sanção pecuniária, nos termos do art. 164, caput, da LEP que pode evitar a remessa do processo à vários juízos, segundo a transferência do preso para outros estabelecimentos penitenciários ou à progressão de regime – *Situação que prestigia os princípios da celeridade e economia processuais – Pena privativa de liberdade, ademais, de atribuição dos DEECRIMs, cuja incompetência para a execução da pena*

Acesso ao Sumário

de multa é legalmente afirmada – Inteligência do art. 8º, caput, da Resolução nº 616/2013 – Reconhecimento da atribuição do juízo das execuções penais do local da condenação para a execução da pena de multa – Conflito acolhido para atribuir a competência a juiz não envolvido no incidente – Competente o juízo do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Judicial da Comarca de Itapecerica da serra)". (TJSP – Câmara Especial – Conflito de jurisdição nº 0021823-35.2020.8.26.0000 – Rel. Des. **Renato Genzani Filho** – j. em 03.11.2020).

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do Juiz de Direito suscitado da Vara do Júri/Execuções Criminais de Santos.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 3006662-31.2020.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante São Paulo Previdência – SPPREV e agravados Renata Marques 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.346)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO MAIR ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de janeiro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. Decisões monocráticas que negaram seguimento a recurso especial e extraordinário.

– A aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494 com a redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos – TEMA 905 – Resp. n. 1.495.146/MG.

– A impossibilidade jurídica da utilização do Índice de Remuneração da Caderneta de Poupança (TR) como critério de correção monetária nas condenações judiciais da Fazenda Pública (art. 1º-F da Lei 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09) é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no leading case TEMA 810 – RE n. 870.947/SE.

Acesso ao Sumário

– Afastamento da coisa julgada. Possibilidade. Ação rescisória desnecessária ante a configuração de fato novo na declaração recente do STF afastando a TR como critério de atualização.

Nega-se provimento aos recursos.

VOTO

Trata-se de agravos com fundamento no artigo 1.021 e artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil (fls. 109/114 e 01/07) contra decisões que negaram seguimento (CPC, art. 1.030, I, b) a recurso especial e extraordinário por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pelas Cortes Superiores nos autos do Resp. n. 1.495.146/MG e do RE n. 870.947/SE.

Alegou a agravante, em síntese, que o título judicial deve prevalecer, com aplicação de correção monetária pela Lei 11.960, pela TR. Afirmou, ainda, que a preservação da coisa julgada está prevista no próprio item 4, do tema 905/STJ e que o Superior Tribunal de Justiça assim determinou no REsp 1861550/DF.

Asseverou, por fim, que a decisão da turma julgadora violou os artigos 502, 503, 505, 507, 508 e 509, § 4º, 535, §§ 5º, 7º e 8º, do CPC/2015 e artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, pois a desconstituição do título só poderia ser feita por ação rescisória, conforme Tema 733/STF. Requereu, por fim, o sobrestamento do feito pelo Tema 1170/STF.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

Inicialmente, ressalte-se que o Tema 1170/STF diz respeito à aplicabilidade dos juros previstos na Lei 11.960/2009, tal como definido no julgamento do RE 870.947 (Tema 810 da repercussão geral), na execução de título judicial que tenha fixado expressamente índice diverso. Todavia, no Recurso Extraordinário da Agravante foi requerido apenas que a correção monetária seja aplicada conforme a Lei 11.960.

Consigne-se, ainda, que o julgado no REsp 1861550/DF não possui efeito vinculante que imponha a alteração do entendimento exarado na decisão agravada.

Acesso ao Sumário

No mérito, consigne-se que os presentes recursos se insurgem somente contra a não observância da coisa julgada e serão analisados no limite em que apresentados.

Com efeito, em cumprimento ao artigo 1.030, incisos I, b, do Código de Processo Civil, proferiram-se as decisões agravadas de seguinte teor, *verbis*:

> O julgamento do mérito do REsp nº 1.492.221/PR, Tema nº 905, STJ, DJe 30.10.2019, fixou seguinte tese:

(...)

4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto."

O julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, STF, DJe 27.11.2017, com embargos de declaração rejeitados e sem modulação dos efeitos da decisão anteriormente proferida, fixou a seguinte tese:

"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

A matéria aqui tratada referente à coisa julgada, em relação a Juros Moratórios e Correção Monetária, é idêntica àquela examinada pela Corte Superior na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do REsp. n. 1.495.146/MG, tema 905:

4. Preservação da coisa julgada.

Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, **cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto**. (grifo nosso)

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. n. 1.495.146/MG, Tema 905, no item 4, que determinou que a legalidade/constitucionalidade de eventual coisa julgada, que tenha aplicado índices diversos, deve ser aferida no caso concreto.

Acesso ao Sumário

É dizer, no caso dos autos, o v. acórdão pronunciou-se expressamente entendendo ser devido o afastamento da coisa julgada, para juros e correção monetária, de forma a adequar-se ao tema 905.

O mesmo vale dizer quanto ao julgamento do RE 870.947, tema 810, no qual restou estabelecido a eficácia e aplicabilidade retroativa da declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.960, de 30/06/2009, no que concerne à correção monetária, ou seja, determinou-se a aplicação do tema, para todos os processos em trâmite, inclusive aqueles já transitados em julgado.

A alegada violação ao decidido pelo C STF no Tema 733 em sede de repercussão geral, quanto à obrigatoriedade de ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada, deve ser afastada com a assertiva do fato novo, que repousa na declaração recente do STF de afastamento da TR como critério de atualização monetária, bem como na preservação do princípio da hierarquia institucional com respeito às decisões dos tribunais superiores, art. 927, I, IV e V, CPC.

É cediço na doutrina que:

> "Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução" (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. São Paulo: América, 2002, p. 126).
>
> Cândido Rangel Dinamarco assevera que "a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização das incertezas". (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada. Coisa julgada inconstitucional. Carlos Valder do Nascimento (Coord.). São Paulo: América Jurídica, 2002, p. 39).

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que os artigos 525, § 12 e 535, § 5º, do CPC/15 preconizam a impugnação da sentença inconstitucional, que tem por escopo desfazer a eficácia da coisa julgada retroativamente, afastando o efeito executivo da sentença. O CPC/2015 considera inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

A propósito, veja-se trechos do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstram a subsunção da matéria em análise aos temas indicados pelo E.

STF/STJ, *verbis*:

> Assim, consoante o título exequendo, o índice de correção estabelecido foi a TR.
>
> Ocorre, porém, que, com a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº Federal 11.960/09, o índice aplicável passou a ser o IPCA-E, o que não fere a coisa julgada, uma vez ser inexequível o título ou inexigível a obrigação reconhecida em título executivo fundado em lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, a teor do disposto no art. 535, § 5º do CPC.
>
> Por outro lado, as normas que regem os critérios de atualização monetária são matérias de ordem pública, possuem natureza eminentemente processual e, assim, devem obrigatoriamente ser aplicadas aos processos em curso, à luz do princípio "tempus regit actum".
>
> Mister consignar que os juros de mora e a correção monetária não decorrem da sentença condenatória em si mesma, mas da demora no cumprimento da obrigação, como fato gerador para reparar o credor pelo atraso e recompor a perda do poder aquisitivo da moeda. É fato gerador, outrossim, que se protrai no tempo, produzindo seus efeitos também após a prolação da sentença, enquanto não satisfeita a obrigação.
>
> Registre-se que esta relatora há tempos já vem observando a inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, declarada pelo STF, no julgamento das ADINs 4357 e 4425 e a orientação fixada pelo STJ, com os efeitos do art. 543-C, do CPC, no sentido de que "a correção monetária [...] deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período" (g.n., REsp 1.270.439/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 26/6/2013, DJe 2/8/2013), o que restou confirmado pelo Tribunal Pleno do STF no sentido da inconstitucionalidade da TR como índice de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade, uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. (fls. 43/44).
>
> (...)
>
> Mister consignar, ainda, o voto do Min. Ricardo Lewandowski acompanhando integralmente o do Ministro Relator, sobretudo para a fixação do IPCA-E como índice de correção monetária a todas as condenações impostas à Fazenda Pública.
>
> Assim, escorreito o cálculo dos agravados com aplicação do IPCA-E. (fl. 46).

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em perfeita consonância com os paradigmas julgados pelas Cortes Superiores.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo dos recursos,

Acesso ao Sumário

deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1003913-61.2015.8.26.0320/50003, da Comarca de Limeira, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados VILMA BARCO MOI (JUSTIÇA GRATUITA), SANTA ISILDA MOI FOGAÇA, IVANI MARY MOI SPADOTIM, CLAUDEMIR MOI e ROSANGELA MOI CANDIAN.

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 48.571)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA), LUIS SOARES DE MELLO NETO (VICE-PRESIDENTE) e MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2022.

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). Prazo prescricional quinquenal. Cumprimento de sentença requerido antes de transcorrido o lustro (tema 515). Juros de

Acesso ao Sumário

mora. Termo inicial. Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Juros remuneratórios a título de correção monetária plena do débito. Incidência (tema 887). Termo final 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 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, 1.273.643/PR, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP, 1.392.245/DF e 1.410.839/SC, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) ofensa ao art. 16 da Lei 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 RE nº 573.232/SC, diante da ausência de outorga de autorização pelo poupador à associação de consumidores; (c) incompetência do foro do domicílio do poupador para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (d) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC, conforme entendimento firmado pelo E. STF no RE nº 612.043; (e) ocorrência da prescrição da pretensão; (f) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (g) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios no cálculo do débito; e (h) subsidiariamente, necessidade de se estabelecer a data do encerramento da poupança como o termo final de incidência dos juros remuneratórios, ou, então, a data da citação ocorrida nos autos da ação civil pública.

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.

Acesso ao Sumário

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 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).

No Recurso Especial repetitivo nº 1.273.643/PR, a E. Corte Superior assinalou que o prazo prescricional para o ajuizamento do cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública é quinquenal (tema 515).

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).

Acesso ao Sumário

E, no que diz respeito aos expurgos inflacionários, o E. STJ, 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. 497/505.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 253/265), 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) ausência dos efeitos da prescrição; (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.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

O recurso não pode ser conhecido no tocante ao termo final dos juros remuneratórios, por não ter havido, no V. Acórdão proferido a fls. 253/265, análise desta questão.

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 1006664-74.2019.8.26.0451/50001, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada L.B.O. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.543)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de fevereiro de 2022.

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. RECURSO COM JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO SOB O REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Questão já decidida pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos – Tese firmada: "A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência." e "Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018." (Recurso Especial 1.657.156/RJ – Tema nº 106).

2. Agravo interno desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de São Paulo contra a decisão proferida por esta Vice-Presidência que negou seguimento ao recurso especial, em virtude de o entendimento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106), julgado sob o regime dos recursos repetitivos.

Não houve resposta ao recurso (fls. 15/16).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regi-

Acesso ao Sumário

mento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso especial, com fundamento no artigo 1.030, I, "b", 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:*
>
> *b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;*

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 419/420, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

A Defesa do agravante aludiu (fls. 297/310) que:

> *[...] Verifica-se, pela leitura do v. Acórdão, que a Turma Julgadora do Tribunal de Origem optou por ignorar o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça com o julgamento da ação nominada Tema 106 de recursos repetitivos que se encontra nos autos do Recurso Especial 1.657.156. A Colenda Turma Julgadora expressamente reconheceu pela incidência do Tema 106 do STJ, mas entendeu que a mera autorização de importação da substância supre a ausência de registro na ANVISA. Além disso, o referido acórdão também viola os artigos 19-M, 19-Q, 19-T, todos da Lei n. 8.080/1991, que versam a despeito de fornecimento de medicamentos pelo SUS, e também estabelecem a impossibilidade de fornecimento de medicamentos sem o devido registro na ANVISA."*

Já os v. acórdãos de fls. 245/252 e fls. 285/290 concluíram que:

> *[...] no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106 do STJ), quais sejam, (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento tão somente, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, devem ser observados nas utilizações autorizadas. Com efeito,*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

os documentos acostados aos autos (fls. 22/25) comprovam que a menor apresenta quadro compatível com "Síndrome de Doose e epilepsia de difícil controle associada com retardo mental, necessitando do medicamento "canabidiol 1 Pure 3000mg/30ml", para o controle das crises de epilepsia. O relatório médico de fls. 22 atestara que a paciente já fez uso de politerapia antiepiléptica, através dos medicamentos ácido valpróico, primidona e clobazam, sem melhor clínica. Após a introdução do produto pretendido, e já disponibilizado ao autor pelo réu, conforme fls. 112/115, a menor "apresentou maior controle das crises epilépticas (antes apresentava aproximadamente 10 crises diárias e hoje 1x a cada 20 dias), melhora comportamental e do seu desenvolvimento em todas as áreas (melhorou a fala, atenção, coordenação global, está mais flexível, sem agressividade, se alimentando e dormindo melhor). Em função disso, solicito manter o uso de canabidiol" (fls. 230). A hipossuficiência financeira do núcleo familiar é incontroversa, não sendo infirmada tal condição. Por seu turno, a ausência de registro do medicamento no órgão regulador deve ser relevada, e não afasta o direito à sua obtenção. Embora o medicamento à base de canabidiol ainda não possua registro na ANVISA, a recente Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 335, publicada no DOU nº 18, na data de 27.01.2020, definiu critérios e procedimentos para importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, mediante indicação de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. E, tendo a criança autorização particular para importação excepcional de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinoides (fls. 26/27), na quantidade de 122 (cento e vinte e dois) frascos/ano, não se há falar na inexistência de autorização. Revelando-se, portanto, possível o fornecimento do item, vez que devidamente preenchidas as condições necessárias constantes da tese vinculante. Salienta-se que a produção e comercialização do "canabidiol" fora liberada no Brasil; não se fazendo necessária a autorização da agência reguladora para seu uso.

(...) Isto posto, dá-se parcial provimento à remessa necessária, reduzindo a multa para R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) por dia de descumprimento; nega-se provimento ao recurso de apelação. Ficando mantidos os demais termos da prestigiosa sentença."

[...] Veja-se que produto à base de "canabidiol" deixara de ser proibido, tendo a ANVISA aprovado autorização sanitária para fabricação e a importação, bem como estabelecido requisitos para comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de cannabis para fins medicinais, conforme Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 327, de 9 de dezembro de 2019. Por sua vez, a RDC nº

Acesso ao Sumário

335, publicada no DOU nº 18, na data de 27.01.2020, definira critérios e procedimentos para importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, mediante indicação de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Somada a isso, a necessidade do produto restara devidamente comprovada nos autos, não tendo a parte autora condições de custeio do item; pressupondo-se sua hipossuficiência econômica. Portanto, mostram-se preenchidas as condições necessárias constantes da tese vinculante fixada no Tema 106 do STJ, consistente na "Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS".

(...) Isto posto, conhecem-se dos embargos, negando-lhes provimento à mingua de omissão ou qualquer eiva, a respeito de ponto da causa, indispensável a seu desate.".

Desse modo, a identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o recurso especial nº 1.657.156/RJ sob o regime dos recursos repetitivos (Tema nº 106), o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que se tratando de concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige-se a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento, bem como que os requisitos ali previstos teriam incidência somente para as ações ajuizadas a partir daquela data (publicação da decisão ocorrida em 04/05/2018), sendo que, em relação às ações propostas anteriormente àquela data, dever-se-ia aplicar o entendimento sedimentado na jurisprudência do STJ que exigia a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

Nesse contexto, o v. Acórdão recorrido está de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, pois, a ação foi ajuizada após a publicação do v. Acórdão que definiu o Tema Repetitivo nº 106, devendo, desse modo, ser atendidos todos os requisitos ali constantes, e o v. Acórdão ora recorrido apontou, de forma explícita, que todos os requisitos foram atendidos para a obtenção do medicamento solicitado para o tratamento prescrito à paciente.

Por fim, vale salientar que consta expressamente do voto dos embargos de declaração do recurso especial repetitivo nº 1.657.156/RJ, que modulou os efeitos para aplicação do Tema nº 106, que é possível a utilização de medica-

Acesso ao Sumário

mentos não registrados na ANVISA, desde que haja autorização, nos seguintes termos: *"(...) ainda que não conste no registro na ANVISA, na hipótese de haver autorização, ainda que precária, para determinado uso, é resguardado o direito do usuário do Sistema Único de Saúde de também ter acesso a utilização do medicamento no uso autorizado não presente no registro"*.

Destarte, apesar das ponderações apresentadas pela Defesa às fls. 297/310, pela detida análise dos autos, ratifico a decisão proferida no recurso especial intentado – cuja matéria objeto de tema de recurso repetitivo tem inteira aplicabilidade conforme expressa disposição legal –, observando-se, ainda, que não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, *nego* provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 9000529-58.1998.8.26.0090/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e agravado(a) (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 7 de fevereiro de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso especial.

– A questão referente à sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80), bem como os obstáculos ao curso do prazo prescricional da pres-

crição prevista no art. 40, da LEF, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos – Resp. n. 1.340.553/RS – TEMAS 566 a 571/STJ.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 195/197) contra decisão que negou seguimento (CPC, art. 1.030, I, "b") ao recurso especial por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Corte Superior nos autos do Resp. n. 1.340.553/RS.

Alegou (...) agravante, em síntese, que o tema teria sido aplicado sem observação às circunstâncias fáticas do presente caso, não se operando a prescrição intercorrente.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, parcela da decisão agravada fez-se em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, cujo fragmento apresenta o seguinte teor:

> Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do REsp nº 1.340.553/RS, DJe 12.09.2018, no qual foram adotados os seguintes temas:
>
> "Tema 566: O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 – LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução.
>
> Temas 567/569: Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável.
>
> Tema 568: A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens.
>
> Temas 570/571: A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que so-

Acesso ao Sumário

freu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial – 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Nada a modificar na decisão hostilizada, haja vista que a matéria referente à sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei da Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) bem como quais os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40, da LEF, é idêntica à examinada pela Corte Superior na sistemática no Resp. n. 1.340.553/RS, sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em fixadas as seguintes teses, *verbis*:

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 – LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução."

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 – LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de

Acesso ao Sumário

acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial – 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

Ressalto que após a citação pessoal da parte executada ocorrida em 30 de agosto de 2002 (fl. 5), requereu o representante da Municipalidade Antônio Caio A Cesar Netto a 'suspensão do feito nos termos do art. 40 da Lei n. 6.830/80' fl. 7, com nova manifestação somente em outubro de 2009 porque instada a fazê-lo em razão da interposição da objeção de executividade, permanecido paralisado por período superior a cinco anos.

Anote-se que fora das hipóteses previstas em lei, não está o juízo obrigado a intimar o representante da Fazenda, sobretudo para dar andamento ao processo. É o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, cuja transcrição segue:

"EMENTA. PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – ARQUIVAMENTO – ART. 40 DA LEF – DESNECESSIDADE EM INTIMAR A EXEQUENTE DO SILÊNCIO DA RECEITA FEDERAL ANTE A REQUISIÇÃO DE OFÍCIOS FEITA PELO JUÍZO – IMPULSO OFICIAL – INÉRCIA DO EXEQUENTE – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CARACTERIZADA. A movimentação da máquina judiciária pode restar paralisada por ausência de providências cabíveis ao autor, uma vez que o princípio do impulso oficial não é absoluto. Diante da inexistência da obrigação legal em intimar a autarquia para dar prosseguimento ao feito, cabia a ela, pois, zelar pelo andamento regular do feito, com a prática de atos processuais pertinentes dentro do quinquênio estabelecido em lei. Recurso especial provido." (REsp. 502732-PR 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 29.03.2004, pág. 195).

Ressalto que, embora tenha o representante da Fazenda a prerrogativa de ser intimado pessoalmente (art. 25, da Lei nº 6.830/80), não está a Administração isente de acompanhar as ações que propõe, ou seja, de dar impulso ao processo, isente de risco da prescrição sendo sua responsabilidade acompanhar e impulsionar o andamento do feito, o que

Acesso ao Sumário

não fez adequadamente.

Ao argumento exaustivamente lançado relativamente ao posicionamento / entendimento errático sobre o alcance do disposto no art. 40, da LEF, pertinente trazer a conclusão esposada no REsp n. 1.340.553/RS da relatoria do eminente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, publicada no DJe de 16.10.2018 a respeito do tema.

"Ementa RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. Arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). Processual Civil. Tributário. Sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: 'Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente'. 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: '(...) o juiz suspenderá [...]'). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo foram do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex leg. (...)."

O entendimento exposto no aresto supra, pacifica posicionamento desta C. 15ª Câmara de Direito Público sobre o assunto.

Vê-se, assim, que por não promover o regular andamento do feito, responsabilidade da exequente, a municipalidade deu causa à ocorrência da prescrição, uma vez que, mesmo tendo ajuizado a ação dentro do prazo legal, permitiu por sua única culpa que os autos permanecessem

paralisados por período muito superior a cinco anos. (fls. 151/153).

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 à agravante a multa prevista no artigo 1.021, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência de recurso contra a decisão que inadmitiu em parte o recurso especial, cuja competência para apreciação é da Corte Superior (fls. 187/193).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0954844-89.2012.8.26.0506/50001, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DO LOTEAMENTO RESIDENCIAL RECANTO DO RIO PARDO, é agravado PAULO SÉRGIO BERTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos Agravos Internos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.559)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA), LUIS SOARES DE MELLO NETO (VICE-PRESIDENTE) e MAGALHÃES COELHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. Cobrança de taxa de manutenção de não associado ou daqueles que a ela não anuíram. Pretensão relativa ao período posterior ao pedido de desfiliação do agravado. Inadmissibilidade (tema 882). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendi-

Acesso ao Sumário

mento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. Recurso desprovido.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. Cobrança de taxas de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não -associado. Pretensão relativa ao período posterior ao pedido de desfiliação do agravado. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Agravo de Instrumento nº 745.831/SP, convertido no Recurso Extraordinário nº 695.911/SP (tema 492). Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravos Internos interpostos por Associação de Moradores do Loteamento Residencial Recanto do Rio Pardo contra decisões que, em ação de cobrança, negaram seguimento a Recurso Especial, pois o V. Acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.280.871/SP e 1.439.163/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos, e a Recurso Extraordinário, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 745.831/SP, convertido no Recurso Extraordinário nº 695.911/SP.

Nas razões dos Agravos Internos, alega que os referidos temas repetitivos não se aplicam ao caso, pois não se discute a simples cobrança de taxa associativa, mas o rateio de despesas de serviços prestados ou postos à disposição dos proprietários dos imóveis. Aduz a proibição ao enriquecimento. Afirma, ainda, que a obrigação dos proprietários de contribuir com os gastos da associação tem fundamento no respeito à função social da propriedade e ao princípio constitucional da solidariedade e de uma sociedade justa.

Acesso ao Sumário

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 e no E. Supremo Tribunal Federal

sob a sistemática da repercussão geral, 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, 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, a Rcl nº 28.187/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 18.12.2017, e a Rcl nº 28.223/SP, Rel. Min. Luis Fux, DJe de 3.5.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais nºs 1.280.871/SP e 1.439.163/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram. Confira-se a fls. 195/196.

E, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 695.911/SP, sob a sistemática da repercussão geral, manifestou-se definitivamente no sentido de que *"é inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis"*. Confira-se a fls. 197/198.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 137/142) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela inexigibilidade das cobranças de taxas pela agravante, relativas ao período posterior ao pedido de desfiliação feito pelo agravado.

Destaca-se trecho do V. Acórdão: *"In casu, a prova nos autos indica que o apelado pleiteou a sua exclusão dos quadros associativos em 27.02.12, com reiteração do pleito em 30.04 do mesmo ano (fls. 96/97). Deve prevalecer, portanto, o direito constitucional de liberdade associativa, até mesmo porque, nos termos do art. 5º, XX da CF, 'ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado'. Nesse diapasão, na medida em que as cobranças promovidas nesta demanda referem-se às quotas vencidas a partir de março de 2012, afiguram-se juridicamente inexigíveis os valores controvertidos, razão pela qual a pretensão exordial é fadada ao fracasso. Inclusive, insta salientar que eventual cláusula estatutária que proíba o associado de deixar a associação é flagrantemente inconstitucional (...)"* (fls. 140).

Ressalte-se que no tocante à possibilidade de desfiliação da associação de

Acesso ao Sumário

moradores, a C. Segunda Seção do E. Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento no sentido de que *"(...) não há vedação alguma para o associado se desfiliar da associação, de sorte que as taxas de manutenção são devidas apenas até a data de desligamento dos recorridos, considerando sua expressa manifestação de vontade de se desvincularem do quadro de associados, bem como a inevitável preponderância da garantia fundamental à liberdade de associação em relação ao princípio da vedação ao enriquecimento ilícito"* (AgInt nos EDcl no REsp nº 1.812.571/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 16.3.2020), atraindo a aplicação do tema repetitivo em discussão.

No mesmo sentido: AgInt no REsp nº 1.863.367/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 26.10.2020; AgInt nos EDcl no REsp nº 1.832.444/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 27.11.2019; AgInt no REsp nº 1.794.541/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 14.6.2019; e AgInt no REsp nº 1.794.541/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 14.6.2019.

Registro, ainda, que a E. Suprema Corte devolveu à Presidência da Seção de Direito Privado deste Tribunal seguidos processos que tratam da possibilidade de desfiliação da associação de moradores para serem submetidos à sistemática da repercussão geral, sob o tema supracitado. Confiram-se: RE nº 1.274.431/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 9.9.2020; RE nº 1.278.135/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 10.8.2020; e ARE nº 1.268.468/SP, Rel. Min. Presidente, DJe 10.6.2020.

As decisões agravadas, nestes termos, apenas aplicaram a sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a" e "b", do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos Agravos Internos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1004495-32.2018.8.26.0619/50001, da Comarca de Taquaritinga, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada A.B.F. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.618)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente),

BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 16 de fevereiro de 2022.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO NA OBSERVÂNCIA DOS TEMAS 500 E 793 DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1030, INCISO I, "a", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de São Paulo, com fundamento no artigo 1.030, § 2º e artigo 1.021, ambos do Código de Processo Civil, em face da r. decisão desta Vice-Presidência de fls. 403/405, que negou seguimento ao recurso extraordinário de fls. 368/382, tirado do v. acórdão de fls. 318/331.

Não houve resposta ao recurso (fls. 14).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno.

In casu, negou-se seguimento a recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil, que preceitua:

"Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

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;"

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Desse modo, verificada a existência, em recurso extraordinário, de temas que já foram 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. 403/405, ora atacada.

Senão, vejamos.

Julgado sob o Regime de Repercussão Geral o RE nº 657.718/MG, Tema nº 500, o Colendo Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que: *"1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União."*

Nesse contexto, verifica-se que o v. acórdão recorrido está de acordo com a aludida orientação firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, pois, apontou, de forma explícita, que, ainda que não registrado na ANVISA, está presente a excepcionalidade que autoriza a obtenção do medicamento solicitado para o tratamento prescrito à paciente (fls. 318/331 dos autos principais).

Outrossim, apreciados os embargos de declaração opostos em face do v. acórdão proferido sob o Regime de Repercussão Geral no RE nº 855.178/SE, Tema nº 793, o Colendo Supremo Tribunal Federal definiu que os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, competindo à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, à vista dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização.

Acesso ao Sumário

E, igualmente, apura-se que o v. acórdão recorrido está em conformidade com o referido tema (TEMA 793), porque confirmou a responsabilidade solidária dos entes federativos para prestar atendimento na área da saúde.

A propósito, cabe sublinhar que a ação foi proposta tão somente contra o Estado de São Paulo, não havendo, diante do teor do Tema 793, que se falar em ilegitimidade passiva, chamamento ao processo ou denunciação à lide, bem como direcionar o cumprimento da obrigação a outro ente federativo, nada impedindo, ademais, ao recorrente buscar eventual ressarcimento pelos demais

meios legais.

Assim, inviável o acolhimento da pretensão do agravante de reforma da decisão desta Vice-Presidência, que negou seguimento ao recurso extraordinário de fls. 368/382, ante a presença de hipótese de fato prevista no artigo 1.030, I, a, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000470-29.2021.8.26.0341, da Comarca de Maracaí, em que é apelante CONCESSIONÁRIA AUTO RAPOSO TAVARES S.A. (CART), é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE MARACAÍ.

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 38.545)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de fevereiro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação de imóvel rural – Aquisição originária da propriedade – Rodovia em área rural – Descrição georreferenciada do imóvel desapropriado e sua certificação pelo INCRA – Cadastro Ambiental Rural - CAR – Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR – Exigências mantidas, em observância aos princípios da legalidade e da especialidade objetiva – Dúvida procedente – Apelação a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Concessionária Auto Raposo Tavares S.A.** contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de

Maracaí, mantendo a recusa ao registro de carta de adjudicação extraída dos autos de ação de desapropriação (fls. 102/107).

Aduz a apelante, em síntese, que a desapropriação, como forma originária de aquisição da propriedade, dispensa, para o registro do título, o georreferenciamento e a sua certificação pelo INCRA, observado ainda que sequer escoado o prazo previsto no art. 10, VII, do Decreto nº 4.449/2002. Ademais, a área desapropriada, destinada ao prolongamento de uma rodovia, não tem mais características de um imóvel rural, de modo que não há que se falar em sua inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR e apresentação do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR. Afastadas as exigências, o título deve ingressar no fólio real (fls. 117/128).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 153/157).

É o relatório.

A apelante, concessionária de serviço público, por sentença proferida em ação judicial, obteve a desapropriação, por utilidade pública, de parte do imóvel objeto da matrícula nº 1.369 do Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Maracaí.

Contudo, a carta de adjudicação expedida nos autos da ação de desapropriação (nº 1000139-52.2018.8.26.0341, da Vara Única da Comarca de Maracaí), apresentada a registro pela apelante, foi negativamente qualificada pelo Oficial que apresentou as seguintes exigências (fls. 49/59):

> ***"(1) Portanto, para a identificação do imóvel rural objeto da desapropriação, para efeitos do escorreito cumprimento do princípio da especialidade objetiva que norteia o Registro de Imóveis, as coordenadas dos vértices definidores dos seus limites devem estar georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e deve haver a certificação pelo Incra de que não se sobrepõem a nenhum outro constante do seu cadastro georreferenciado e que foram observadas as regras técnicas que expediu para a sua feitura.***
>
> ***(2) De todo exposto, no caso concreto, o imóvel rural desmembrado desapropriado com o fim de ampliação do leito carroçável de rodovia deve, obrigatoriamente, ser inscrito no CAR.***
>
> ***(3) Portanto, no caso em tela, deve ser apresentado o Certificado de Cadastro de Imóveis Rurais do imóvel rural objeto da desapropriação.***
>
> ***Por fim, as exigências elencadas anteriormente nos itens '1', '2' e '3' condizem apenas ao imóvel rural desmembrado e desapropriado e não sobre a área rural remanescente."***

Desde logo, importa lembrar que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registral, ainda que limitada aos requisitos formais do títu-

Acesso ao Sumário

lo e sua adequação aos princípios registrais, conforme disposto no item 117, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Está pacificado, inclusive, que a qualificação negativa não caracteriza desobediência ou descumprimento de decisão judicial (Apelação Cível nº 413-6/7; Apelação Cível nº 0003968-52.2014.8.26.0453; Apelação Cível nº 0005176-34.2019.8.26.0344; e Apelação Cível nº 1001015-36.2019.8.26.0223).

Fixada esta premissa, indiscutível que a aquisição da propriedade imobiliária por meio da desapropriação judicial encerra forma originária.

No entanto, a despeito de referido caráter originário, a partir da redação dos arts. 176, § 3º e 225, § 3º, da Lei nº 6.015/73 infere-se que, na hipótese em que há destaque de parcela de imóvel rural, observados, por certo, os prazos constantes do art. 10 do Decreto nº 4.449/2002, existe a necessidade de regular apresentação da planta e do memorial descritivo georreferenciado, contendo as coordenadas georreferenciadas, notadamente pela repercussão no imóvel objeto da desapropriação parcial no aspecto da especialidade objetiva.

> *"Art. 176, § 3º – **Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais**, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais." (g.n.)*
>
> *"Art. 225 § 3º – Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais."*

Na expressão consagrada de Afrânio de Carvalho:

> *"(...) o requisito registral da especialidade do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto heterogêneo em rela-*

Acesso ao Sumário

ção a qualquer outro".[1]

E a necessidade de sua certificação pelo INCRA consta do art. 9º do Decreto nº 4.449/2002:

"Art. 9º – A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 225 da Lei nº 6015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.

§ 1º – *Caberá ao INCRA certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio."*

Não se olvida dos prazos de carência estabelecidos no mencionado art. 10 de referido Decreto, que, no caso em testilha, ocorreria em vinte e dois anos.

"Art.10 – A identificação da área do imóvel rural, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 176 da Lei nº 6015, de 1973, será exigida nos casos de desmembramento, parcelamento, remembramento e em qualquer situação de transferência de imóvel rural, na forma do art. 9º, somente após transcorridos os seguintes prazos:

VII – vinte e dois anos, para os imóveis com área inferior a vinte e cinco hectares."

Mas ainda que não expirado o prazo de carência, de rigor a apresentação da planta e do memorial descritivo georreferenciado e da certificação expedida pelo INCRA de que não há sobreposição com outro imóvel rural, tudo a fim de se evitar o ingresso de identificação incompleta no fólio real.

Nestes moldes foi o parecer de lavra do então Juiz Auxiliar da Corregedoria Dr. José Antônio de Paula Santos Neto, nos autos do processo nº. 24066/2005, aprovado pelo, à época, Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Mário Antonio Cardinale:

"Foi questionado, outrossim, se 'aqueles que optarem pelo georreferenciamento já, deverão atender de imediato a certificação de que trata o § 1º do artigo 9º do Decreto 4.449/02, ou poderão fazê-lo dentro do prazo que *for entendido como aplicável'. Obviamente, a providência deverá ser imediata. A obtenção do certificado de não sobreposição emitido pelo INCRA é parte integrante e relevante do sistema de individualização imobiliária disciplinado no dito decreto. Logo, não é de se admitir o ingres-*

1 Registro de Imóveis, pág. 206.

so, no fólio real, de identificação truncada; incompleta. Nem parceladamente, a prestações. Configura a certificação verdadeiro requisito a ser observado. Aliás, sua exigência é um dos aspectos essenciais do mapeamento cadastral que se almeja erigir. Destarte, a bem da própria higidez do Registro Imobiliário, deverá ser desqualificado o ingresso da nova descrição quando o memorial não vier devidamente certificado. Do contrário, ferir-se-ia a lógica da estrutura concebida e se correria o risco, até, de permitir a vulneração da tábua por modificação aventureira das características da área rural, uma vez que sem a chancela de segurança do órgão oficial responsável. Além disso, a certificação diferida para o futuro poderia nunca chegar, criando-se perplexidade acerca do destino a ser dado àquela descrição precipitadamente abrigada."

Não colhe, ademais, a alegação da apelante no sentido de que o imóvel em questão perdeu o *status* de rural.

Com efeito, nos termos do art. 53 da Lei nº 6.766/79, a alteração de uso do solo rural para fins urbanos depende de aprovação do Município, bem como de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

E não há demonstração de manifestação do INCRA e tampouco comprovação de aprovação por parte do Município da mudança de destinação do imóvel desapropriado.

Neste sentido já se manifestou, também, este C. Conselho Superior da Magistratura:

"Registro de Imóveis. Dúvida julgada procedente. Escritura de venda e compra. Descrição sucinta do imóvel constante da matrícula e reproduzida no título que, porém, dadas as circunstâncias do caso concreto, não chega a ofender o princípio da especialidade objetiva. Alegada destinação urbana de imóvel originalmente rural. Necessária apresentação de certidão de descadastramento pelo INCRA. Recurso não provido"[2]

De outra parte, mesmo que dispensada a reserva legal (art. 12, § 8º, da Lei nº 12.651/12), em virtude da área desapropriada encerrar imóvel rural para fins de registro imobiliário, compete exigir o Cadastro Ambiental Rural – CAR, nos termos do art. 29 da Lei nº 12.651/12:

"Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – *SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao*

2 Apelação nº 790-6/6, Relator Desembargador. Ruy Camilo, julgado em 27/5/2008.

desmatamento.

(...)

§ 3º – A inscrição no CAR é obrigatória e por prazo indeterminado para todas as propriedades e posses rurais."

Assim tem decidido este C. Conselho Superior da Magistratura:

"Registro de Imóveis – Desapropriação Parcial de Área Rural – Aquisição originária da propriedade– Rodovia em área rural – Modificação geodésica do imóvel – Cabimento do registro no CAR, nos termos do Código Florestal e das NSCGJ – Recurso não provido".

E o Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) – documento emitido pelo INCRA nas hipóteses de desmembramento, arrendamento, hipoteca, venda ou promessa de venda de imóveis rurais – deve ser exigido com fundamento no art. 22 da Lei nº 4.947/1996 e, especialmente, por força do estabelecido no art. 9º do Decreto nº 4.449/2002.

Frise-se que a natureza originária da aquisição pela desapropriação não descaracteriza a submissão dessa situação jurídica à hipótese de desmembramento de imóvel rural, porquanto a área desapropriada foi destacada de imóvel rural com área maior, daí a necessidade do cumprimento das exigências.

A propósito, decisão recente deste C. Conselho Superior da Magistratura:

"REGISTRO DE IMÓVEIS. DESAPROPRIAÇÃO PARCIAL DE ÁREA RURAL. Carta de Adjudicação. Qualificação registral. Aquisição originária da propriedade. Rodovia em área rural. Cabimento do georreferenciamento, em cumprimento à Lei de Registros Públicos (artigos 176, § 1º, 3 "a", 176, §§ 3º e 5º e 225, § 3º) e ao Princípio da Especialidade Objetiva. Cabimento do registro no CAR. Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR). Recurso não provido, com observação."[3]

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002840-80.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante F.F.C.H., é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento para julgar a

3 Apelação n.º 1001639-44.2018.8.26.0539, Desembargador Relator e Corregedor Geral da Justiça Geraldo Francisco Pinheiro Franco, jugado em 25 de junho de 2019.

Acesso ao Sumário

dúvida improcedente, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.541)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de fevereiro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura pública de venda e compra – Mulher que adquiriu a parte ideal do imóvel pertencente ao seu marido – Bem anteriormente havido em condomínio pelos cônjuges, casados sob o regime da separação obrigatória de bens – Não incidência, no caso concreto, da presunção de comunhão decorrente da Súmula n.º 377 do E. Supremo Tribunal Federal – Possibilidade de venda e compra entre cônjuges quanto aos bens particulares (art. 499 do Código Civil) – Recurso provido para julgar improcedente a dúvida e autorizar o registro do título.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *F.F.C.H.* contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campinas, que manteve a recusa ao registro da escritura de venda e compra celebrada por M.M.H. (vendedor) e F.F.C.H. (compradora), marido e mulher, de parte ideal (50%) do bem imóvel matriculado sob n.º (...) da referida serventia extrajudicial (fls. 82/85).

Alega a recorrente, em síntese, que adquiriu juntamente com seu marido de forma onerosa o bem imóvel, de modo que não há qualquer impedimento à venda concretizada (a venda da parte ideal pertencente ao marido à mulher), porquanto, diversamente do sustentado pelo Registrador, a aquisição imobiliária se deu em regime de condomínio, não de mancomunhão. O casal sempre teve a intenção de adotar o regime da separação total de bens, tanto que, para corrigir o equívoco cometido à época da celebração do casamento quanto ao regime de

bens imposto – o da separação obrigatória de bens – promoveu ação judicial para alterá-lo, passando então a relação matrimonial a ser regida pelo regime da separação de bens convencional. Comprovado que o bem imóvel não pode ser tido como um bem comum do casal, o óbice deve ser afastado, procedendo-se ao registro da escritura de venda e compra (fls. 96/114).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 148/150).

É o relatório.

Apresentado o título por várias vezes – escritura de venda e compra celebrada por M.M.H. (vendedor) e F.F.C.H. (compradora), marido e mulher, de parte ideal (50%) do bem imóvel matriculado sob n.º (...), adquirido onerosamente pelos cônjuges quando o casamento ainda era regido pelo regime da separação obrigatória de bens – na última oportunidade, novamente recebendo qualificação negativa, o Registrador consignou as seguintes razões (nota de devolução n.º (...) acostada a fls. 34/35):

> *"O imóvel alvo da matrícula (...) foi adquirido a título oneroso (venda e compra) por M.M.H. e F.F.C.H., casados pelo regime da separação obrigatória de bens, na vigência da Lei n. 6515/77. Pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, 'no regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento', sendo que o imóvel em tela é bem comum de M. e F.*
>
> *A escritura ora apresentada materializa a transmissão da parte ideal de 50% do imóvel ora objetivado de M. para F. Foi anexada à escritura cópia autenticada da certidão de casamento, indicando que houve alteração do regime de bens do casal (alteração de separação obrigatória para separação convencional).*
>
> *A transmissão da parte ideal de 50% do imóvel induz que este imóvel deixou de ser bem comum do casal e passou a figurar como bem particular dos contraentes; entretanto, não foi comprovado documentalmente se o Juízo que decretou a alteração do regime de bens decidiu a respeito deste ponto.*
>
> *Nesse sentido, para que seja possível a qualificação positiva do presente título, comprovar documentalmente".*

Inconformada com a exigência, a apresentante pugnou pela suscitação da dúvida (fls. 57/60).

E razão deve ser dada à apelante.

Analisada a certidão da matrícula imobiliária n.º (...), acostada a fls. 19/24, importa transcrever o seguinte registro:

"R.15/13.860: – VENDA E COMPRA – Por escritura pública lavrada em

26 de junho de 2012, no 7º Tabelião de Notas da Comarca de Campinas/SP, Livro (...), Fls. (...), os proprietários do R.10: S.A.F.A.B.S.S., (...), RG nº (...), CPF nº (...), e seu marido F.P.S., (...), RG nº (...), CPF nº (...), brasileiros, casados sob o regime da comunhão parcial de bens, na vigência da Lei 6.515/77, residentes e domiciliados na cidade de (...), na (...), nº (...), VENDERAM o imóvel desta matrícula a M.M.H., brasileiro, (...), portador do RG nº (...), CPF nº (...), e sua mulher F.F.C.H., brasileira, (...), portadora do RG nº (...), CPF nº (...), casados sob o regime de separação obrigatória de bens, na vigência da Lei nº 6.515/77, nos termos do artigo 1641, inciso II, do Código Civil, residentes e domiciliados nessa cidade, na (...), nº (...),(...), pelo valor de R$ 65.541,73".

A partir do registro imobiliário transcrito, verifica-se, de forma clara, que M.M.H. e F.F.C.H., casados sob o regime da separação obrigatória de bens, decidiram, juntos, comprar o referido imóvel.

Logo, há condomínio entre o casal que adquiriu o bem imóvel, constando seus nomes como adquirentes, presumindo-se que a cada um pertence a fração de 50% do imóvel adquirido.

E aplicadas as disposições do instituto do condomínio, cada um dos cônjuges pode alienar ou gravar seus direitos, observando a preferência do outro, ou requerer a extinção por ação de divisão ou alienação judicial (art. 1.314 do Código Civil).

A venda concretizada – marido vendeu à mulher a sua parte ideal correspondente a 50% do imóvel – só reafirma a condição de coproprietários dos cônjuges.

Reconhecido então que o bem foi adquirido em condomínio, a despeito do regime de casamento vigente a tal tempo – separação obrigatória de bens – e da Súmula n.º 377 do E. Supremo Tribunal Federal (*"No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento"*) cuja presunção não é absoluta e cede à situação analisada, quanto a este bem, não há comunhão e, por conseguinte, a parte ideal adquirida por cada um dos cônjuges enquadra-se como um bem particular.

Como bem particular, não há impedimento legal à compra e venda entre cônjuges (art. 499 do Código Civil).

O art. 499 do Código Civil dispõe:

"Art. 499. É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação aos bens excluídos da comunhão".

A venda de bens particulares entre os cônjuges é permitida, na medida em que sobre estes o consorte não tem direitos meatórios, o que, como visto, é justamente a hipótese em testilha, de modo que o óbice registrário deve ser afastado.

Por todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para julgar

improcedente a dúvida e autorizar o registro da escritura de venda e compra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1082800-30.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NECIVALDO RODRIGUES DE SOUZA, é apelado 16º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de fevereiro de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Adjudicação compulsória – Ação movida pelo cessionário de direitos contra o proprietário do imóvel **– Registro da transmissão da propriedade negado – Exigências mantidas pela imperiosa observação do princípio da continuidade – Incertezas apontadas que, em tese, podiam ter sido supridas por atividade do interessado, o que impede que se relevem –** Dúvida julgada procedente **– Apelação não provida.**

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Necivaldo Rodrigues de Souza** contra a r. sentença (fls. 144/147) proferida pela MMª. Juíza Corregedora Permanente do 16º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, que manteve as exigências formuladas pelo registrador (fls. 13/14), o qual recusou o registro da carta de adjudicação oriunda dos autos da ação de adjudicação

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

compulsória que tramitou perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França (Proc. nº 1001608-71.2018.8.26.0006), ajuizada em face de Guerino Mezanotti, que figura como adquirente do imóvel transcrito sob nº 83.394 junto à referida serventia extrajudicial (fls. 11/12).

Conforme a nota de exigência e a r. sentença proferida, remanescem as seguintes exigências:

> *"1. Fazer prova da qualificação completa do requerido GUERINO MEZANOTTI, isto de conformidade com o disposto no item nº 61, do Capítulo XX das Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, e do artigo 176, inciso III, item 2, alínea 'a', da Lei Federal nº 6.015/73, ou seja, a qualificação da parte quando se tratar de pessoa física, referirá sua nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio, nº do RG e do CPF, ou, a falta destes, sua filiação e, sendo casado, o nome do cônjuge (nº do RG/CPF, nacionalidade, profissão), e o regime de bens no casamento, bem como se este se realizou antes ou depois da Lei nº 6.515/77. Havendo pacto antenupcial, deverá ser mencionado o número de seu registro no Registro de Imóveis competente.*
>
> *2. Apresentar certidão de casamento ATUALIZADA de GUERINO MEZANOTTI.*
>
> *3. Apresentar CPF, do titular de domínio GUERINO MEZANOTTI, bem como de sua mulher.*
>
> *4. Verifica-se que a mulher de GUERINO MEZANOTTI, não figurou no polo passivo da ação, e nem foi citada, necessário regularizar em atendimento ao princípio da continuidade (artigos 195 e 237 da Lei de Registros Públicos 6.015/77), vide decisão anexo".*

Em suas razões (fls. 158/172), argumenta o recorrente, em síntese, que as exigências não devem prosperar e que a r. sentença nega vigência ao artigo 201, da Lei nº 6.015/73, porque foi requerida diligência na Polícia Federal para levantamento da qualificação completa do estrangeiro, *Guerino Mezanotti* e de sua esposa, e, quanto a isso, não houve qualquer menção na decisão, apesar dos embargos de declaração opostos, assim como porque a desconsiderou a carta de adjudicação extraída dos autos da ação de adjudicação compulsória ajuizada em face de Guerino Mezanotti (Proc. nº 1001608-71.2018.8.26.006), que tramitou perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França, nesta Comarca, *"gerando em consequência incidente de resolução de demandas repetitivas, por insegurança jurídica, a teor do* ***art. 976, inciso II, do Código de Processo Civil****, que tem por objetivo proteger a isonomia e a insegurança jurídica, baseado no princípio expresso no* ***art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna****"* (sic).

Pede, então, que sejam afastadas as exigências do Oficial de Registro e, subsidiariamente, indica a possibilidade de encaminhamento de ofício à Polícia

Federal, com o objetivo de levantar a qualificação completa do estrangeiro *Guerino Mezanotti* e de sua esposa, a fim de ser cumprida a exigência apresentada pelo Oficial.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 197/200).

É o relatório.

Necivaldo Rodrigues de Souza apresentou a registro a carta de sentença tirada dos autos da ação de adjudicação compulsória que moveu em face de Guerino Mezanotti (Proc. nº 1001608-71.2018.8.26.0006 da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França), relativa ao imóvel transcrito sob nº 83.394 no 16º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo (fls. 11/12).

Analisados o requerimento e os documentos apresentados, exigências foram feitas e, após os trâmites de praxe e a prolação da r. sentença, remanesceram as exigências pela apresentação da qualificação completa de Guerino Mezanotti e sua mulher, eis que consta como casado no fólio real, devendo ser informado o regime de bens do casamento e se ele ocorreu antes ou depois da Lei nº 6.515/77, juntando-se certidão de casamento atualizada e o CPF de Guerino e de sua esposa.

Primeiramente, sabe-se que a origem judicial do título não impede a sua qualificação nem implica desobediência, de modo que o título judicial consistente na carta de adjudicação submete-se, como se submeteria o negócio jurídico de compra e venda do imóvel, à qualificação pelo Oficial de Registro de Imóveis.

Nesse sentido, convém destacar o seguinte trecho extraído de caso análogo:

> *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 da Justiça e, no mais, é lição corrente deste Conselho Superior da Magistratura (mencione-se, por brevidade, o decidido na Apelação Cível n.º 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) (Apelação Cível 1018352-48.2021.8.26.0100, Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Corregedor Geral Desembargador Ricardo Anafe, data do julgamento: 14/12/2021 – grifo não no original).*

Então, a postulação do recorrente para que o Oficial de Registro proceda ao registro da carta de adjudicação do imóvel sem qualquer questionamento não merece acolhimento.

De outra parte, a r. sentença prolatada não macula a segurança jurídica e nem é o caso de ser invocado o disposto no artigo 976, do CPC, na espécie.

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por escopo *"a tutela isonômica dos direitos individuais homogêneos e seu advento traduz o reconhecimento do legislador de que a chamada 'litigiosidade de massa' atingiu patamares insuportáveis em razão da insuficiência do modelo até então adotado, centrado basicamente na dicotomia tutela individual X tutela coletiva"* (Bruno Dantas, Breves Comentários ao Código de Processo Civil, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, 3ª edição, Revista dos Tribunais, pág. 2423, em comentário ao art. 976 do CPC).

O IRDR é cabível quando há repetição de processos de mesma controvérsia sobre questão unicamente de direito, e desde que isso acarrete risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Não há, no presente caso, direitos individuais homogêneos em análise, nem a existência de "litigiosidade de massa" contendo a mesma controvérsia capaz de gerar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica que justifique a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O que existe é única e tão somente duas postulações exaradas por uma só pessoa: a pretensão de adjudicar o imóvel adquirido, que foi deduzida na ação de adjudicação compulsória já sentenciada; e a pretensão de registrar a carta de adjudicação no fólio real.

Não há, portanto, que se confundir a situação vertente com a litigiosidade de massa, não ocorrendo qualquer ofensa à segurança jurídica nem razão para a invocação do art. 976 do CPC.

Relativamente às exigências, elas se sustentam.

Da transcrição do imóvel, cuja certidão está a fls. 44, consta que o adquirente do imóvel, Guerino Mezanotti foi qualificado como ***casado***, e isso também foi informado na petição inicial da ação de adjudicação compulsória (fls. 21).

Diante da incerteza quanto à propriedade plena do bem por parte de Guerino Mezanotti, já que sua esposa poderia ser condômina, o Oficial de Registro não pôde verificar o efetivo respeito ao princípio da continuidade registral.

Por força do princípio do trato consecutivo (ou da continuidade), como regra geral só se admite a inscrição (registro *stricto sensu* ou averbação – Lei nº 6.015/73, artigo 167, I e II) *"daqueles actos de disposição em que o disponente coincide com o titular do direito segundo o registo"* (Carlos Ferreira de Almeida, apud Ricardo Dip, *Registros sobre Registros*, n.º 208).

É o que diz a Lei nº 6.015/1973:

"Art. 195 – Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade

Acesso ao Sumário

do registro.

Art. 237 – Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro".

Nas palavras de Afrânio de Carvalho (*Registro de Imóveis*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 304): *"O princípio de continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões que derivam umas da outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente".*

E como já mencionado, no presente caso o imóvel está transcrito em nome de pessoa que se qualificou como casada, havendo dúvida, portanto, sobre a propriedade plena do bem por parte do Sr. Guerino, a ponto de efetivamente poder dispor do imóvel.

Ressalte-se que a exigência de respeito à continuidade, como requisito para o registro do título de transmissão do domínio, decorre de reiterada jurisprudência deste C. Conselho Superior da Magistratura e, portanto, não caracteriza inovação e não viola a segurança jurídica decorrente da coisa julgada, invocada pela apelante:

"REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida julgada procedente. Carta de sentença extraída de ação de adjudicação compulsória. Ação originariamente movida contra sucessores do proprietário e promitente vendedor do imóvel, já falecido. Necessidade de prévio registro da partilha que, em inventário ou arrolamento de bens, atribuiu o imóvel aos réus da ação de adjudicação compulsória. Princípio da continuidade. Recurso não provido" (CSM, Apelação Cível nº 1.104-6/4, Comarca de São Caetano do Sul, Relator Desembargador Ruy Camilo, j. 16/06/2009).

Por oportuno, constata-se que a ação de adjudicação foi promovida apenas em face de Guerino Mezanotti, deixando de se incluir sua esposa no polo passivo, justificando, então, a exigência do Oficial de Registro de Imóveis.

Nesse sentido, destaca-se:

"Registro de Imóvel – Dúvida – *Carta de sentença extraída dos autos de ação de adjudicação compulsória – Exame formal e restrito aos aspectos extrínsecos do título – Citação de apenas alguns dos titulares do domínio do imóvel e divergência entre a área descrita no compromisso de compra e venda e a área descrita na matrícula – Ofensa aos princípios da continuidade e da especialidade objetiva – Recurso não provido"* (Apelação Cível nº 0003976-17.2012.8.26.0415 – Comarca de Palmital, Relator Desembargador ELLIOT ACKEL).

"Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente, impedindo-se o

Acesso ao Sumário

registro de carta de adjudicação – *Parte das exigências cumpridas no curso do procedimento – Ausência de inclusão de Espólio no polo passivo de ação de adjudicação compulsória – Quebra do princípio da continuidade – Sentença de ação de adjudicação compulsória que não está imune ao exame dos requisitos para seu registro – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido"* (Apelação nº 3007590-50.2013.8.26.0477, Comarca: Praia Grande, Rel: Corr. Geral: Desembargador MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS).

No mais, a r. sentença considerou que o apelante não empreendeu os esforços necessários para obter a qualificação completa do titular do domínio do imóvel e da esposa dele, já que nenhuma pesquisa à Receita Federal foi realizada, muito embora isso fosse possível porque há informação de seu registro geral de estrangeiro no contrato de venda do imóvel a fls. 35.

Sem que o interessado tenha se desincumbido de todas as providências a seu alcance para obter as informações solicitadas pelo Oficial de Registro, as exigências devem prevalecer.

Por fim, é descabida a realização de diligências pelo Oficial de Registro ou pela Juíza Corregedora Permanente, tal como postulado pelo requerente ao pretender a expedição de ofício à Polícia Federal para obter os dados do proprietário e de sua esposa, eis que as diligências passíveis de realização, na ação de dúvida, são as que visam a meros esclarecimentos sobre os documentos apresentados por ocasião do protocolo, mas não para completá-los ou complementá-los, muito menos para inserir dados e fazer vir instrumentos que deveriam ter sido trazidos no momento da prenotação, e que já deviam ter sido providenciados no processo judicial de adjudicação compulsória. Esse é o sentido que deve ser dado ao art. 201 da Lei nº 6.015/1973, de sorte que a sentença não nega vigência ao quanto lá disposto.

Note-se, ainda, que não é caso de ser dada a dúvida por *prejudicada*, pois o fato de haver sido indicado, na r. sentença, providências faltantes a cargo do postulante (às quais, de resto, ele próprio acenou), serve apenas para mostrar que não se está, aqui, diante de impossibilidade absoluta (*impossibilitas praestandi*) que permitisse o afastamento dos óbices levantados pelo Oficial.

Conclui-se, então, que o postulante não se desincumbiu das diligências a seu cargo para atender o quanto solicitado pelo Oficial de Registro.

Persistem, portanto, as exigências apresentadas pelo Oficial de Registro de Imóveis, devendo ser mantida a sentença proferida pela MMª Juíza Corregedora Permanente.

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

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

LUÍS SOARES DE MELLO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de abertura da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopes Gil Cimino (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Boa tarde a todos. É uma honra estar presidindo essa sessão de posse dos eminentes Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino. Algumas palavras antes da posse propriamente dita.

Magistrados de carreira passam por inúmeros momentos de importância. A posse, o vitaliciamento, a primeira comarca como titular, a promoção à última entrância e, agora, ao cargo máximo da Magistratura bandeirante. É motivo de júbilo e comemoração. Daí a importância ímpar desta solenidade, que é realizada de longe, mas que nos permite nos aproximarmos um dos outros com o coração.

É uma honra poder estar na Presidência desta Sessão de Posse Solene, no impedimento ocasional do Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco.

É um evento que encerra em si mesmo alegrias e extrema felicidade. É evento que todos os presentes só têm a comemorar vitórias alegres, para nós dirigentes, e, mais ainda, para os próprios empossados, que chegam e passam a ocupar oficialmente o cargo de Desembargador. Conquistaram, efetivamente, o maior degrau da gloriosa Magistratura paulista. Continuarão com a mesma dedicação e denodo que praticaram durante toda a sua história em nossa colenda Corte.

Nós, Magistrados, enxergamos nesses momentos todas as nossas longas trajetórias para chegar até aqui. Olhamos para trás e imaginamos essa corrida toda até chegar por aqui. É tempo que marca uma nova fase, como se fosse o renascimento, com novas emoções e desafios.

Hoje, tomam posse os desembargadores – pela ordem de antiguidade – Ricardo Cunha Chimenti, natural de São Paulo, bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, turma de 87. Iniciou na Magistratura na 10ª Circunscrição Judiciária, em Limeira. Atualmente é Juiz de Direito Substituto em segundo grau e chega ao cargo de Desembargador após a aposentadoria do Desembargador Décio Leme de Campos Júnior. Seu pai é Francisco Chimenti, esposa Maria Isabel Coelho Chimenti, e a filha, Maria Carolina.

A doutora Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino, cujo marido está aqui,

Acesso ao Sumário

Desembargador Rogério Murillo Pereira Cimino, é natural de Santos, bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Direito de Santos, turma de 88. O início na Magistratura se deu na 1ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Santos, em 24/8/90. Juíza, também, de Direito Substituta de Segundo Grau, promovida por merecimento, na vaga do eminente Desembargador Carlos Augusto Lorenzetti Bueno. A senhora sua mãe Eladia Lopez Gil, marido já o disse, Desembargador Rogério Cimino, que há pouco tempo foi também promovido ao último degrau da carreira, e os filhos, Rafael e Murilo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo está sempre se renovando. Os valores novos vêm preencher as lacunas existentes. Essa renovação não é apenas uma exigência natural, mas absolutamente necessária e muito desejada, que representa a mensagem dos novos tempos, da vida em contínua transformação. O rejuvenescimento imprescindível à renovação do Direito.

Eu saúdo novamente os Desembargadores, eminentes Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopes Cimino e devolvo, então, a palavra ao Cerimonial para o Compromisso de Posse, cumprimentando um a um, em nome do eminente Desembargador Corregedor-geral da Justiça e Presidente eleito desse Tribunal de Justiça, Desembargador Ricardo Mair Anafe.

RICARDO CUNHA CHIMENTI (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse como Desembargador do Tribunal de Justiça e de Maria de Lourdes Lopes Gil Cimino (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Acesso ao Sumário

Eu quero, em primeiro lugar, agradecer a Deus por esse momento especial da minha vida pessoal e profissional. O agradecimento à minha família fica aqui dirigido aos seus extremos: ao meu pai, que tem 88 anos e é um orgulho para mim, trabalha até hoje e está nos assistindo pelo YouTube; e à minha filha, Maria Carolina – acho que as pessoas que mais acabamos por sacrificar nosso contato são realmente os nossos filhos, mas ela sempre compreendeu que era uma dedicação ao trabalho, que servia a nós. Minha mãe, já falecida, certamente está nos assistindo ao lado de Deus. Pessoa que sempre me incentivou muito na vida e na carreira.

Eu agradeço muito ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que, desde 1990, me acolhe com lisura, com generosidade, com justiça. Eu aqui sempre aprendi. Aprendo com Magistrados e Servidores. Com todos aprendi o quanto

é valiosa uma vida acompanhada de um trabalho que a gente ama, de pessoas que amamos.

O Tribunal de Justiça São Paulo me propiciou conhecer amigos do Fonaje – que sei que estão presentes pelo YouTube –, o Fórum Nacional de Juizados. Graças ao Tribunal e ao Fonaje tenho amigos em todos os Estados da Federação, amigos presenciais, não só amigos de redes sociais. Tive a oportunidade de conhecer a Desembargadora Marisa, na época, Juíza do Juizado Federal, e de poder ajudar a instalar, com muita emoção, um juizado que passou a atender na Justiça Federal. Agradeço muito aqui sua presença.

Agradeço aos colegas da 18ª Câmara de Direito Público, foi a primeira e única Câmara em que eu atuei, além das Câmaras Extraordinárias. Quero reiterar, sou muito feliz por ser membro do Tribunal de Justiça de São Paulo. Graças ao período em que estive no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) tive a oportunidade de conhecer todos os tribunais do país, das 27 unidades da federação, inclusive de outras esferas da justiça. Conheci gente muito esforçada, de muito trabalho, mas, sem qualquer demérito, esse conhecimento fez com que eu ficasse ainda mais orgulhoso de ser magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Talvez por ver o dia a dia, a dedicação dos nossos colegas e todo o ideal seguido aqui, seja por aqueles que eu tive oportunidade de conviver de perto, seja por aqueles que conheci o trabalho por meio de suas sentenças, de seus acórdãos. Então, tudo que tenho a dizer aqui, reiterando o agradecimento a Deus e a minha família, é um muito obrigado por este momento, por essa oportunidade.

Um forte abraço a todos. Obrigado.

MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse como Desembargadora do Tribunal de Justiça e de Ricardo Cunha Chimenti (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

A todos que estão assistindo a este momento tão comovente para mim, tão emocionante, muito obrigada por compartilharem desse momento da minha vida, da nossa vida. Ricardo, parabéns a você também.

Foi com muito trabalho e muito esforço, uma dedicação ímpar, que eu ingressei na Magistratura, há quase 32 anos. Eu agradeço a Deus todos os dias por essa bênção e por ele ter me dado um pai – que infelizmente não está mais

conosco – maravilhoso, que se dedicou muito a mim e a minha mãe e trabalhava muito. Meu pai morreu trabalhando, e ele me ensinou que sem trabalho não somos nada, temos que ser independentes em todos os sentidos e trabalhar, trabalhar. Da minha mãe, hoje presente, uma guerreira, eu herdei a força, a energia para fazer o melhor. Agradeço também o meu marido, que sempre esteve ao meu lado, e os meus filhos Rafael e Murilo Francisco, já criados, graças a Deus. Eu tenho um orgulho deles, porque nunca reclamaram, mas eles também sabem que eu sempre fui uma mãe alerta e vigilante. Eles estão me assistindo com certeza, nunca faltei a uma reunião e nunca justifiquei nenhuma falta em decorrência de filhos porque isso é uma opção minha. Eu respiro Magistratura, eu amo a Magistratura.

Eu agradeço a presença dos meus colegas de faculdade, de todas as minhas amigas e meus amigos, de todos os Juízes com os quais eu trabalhei na primeira instância, que muito me ensinaram, os funcionários de todas as comarcas pelas quais eu passei: Santos, pouco tempo, São Vicente, Guararapes – a minha saudosa Guararapes –, Ubatuba e, enfim, São Paulo.

Em São Paulo, eu fiquei pouco tempo na Vara Criminal, depois fui para o Foro Regional de Pinheiros e, seguidamente, fui para a Lapa (a Lapa é um fórum do meu coração, eu tenho certeza de que as minhas amigas e meus amigos estão presentes à reunião, me assistindo). Fiquei, em duas oportunidades, muito enferma, mas sempre tive apoio. Não posso deixar de consignar o meu registro, *in memorian*, ao meu Professor Desembargador Luís Álvares Cruz, que muito me incentivou na carreira, a todos os meus Professores da Faculdade Católica de Santos, hoje Unisantos, e ao Desembargador, também falecido, Jorge Menezes Gomes. São tantos os agradecimentos. Agradeço a Deus por tê-los aqui e quem me conhece sabe que eu não sou uma pessoa de muitas palavras. Gostaria de ter o dom da oratória, mas não tenho. Disseram-me assim: "Fale com o coração". Então eu estou falando com o coração.

Eu agradeço muito aos colegas que me receberam em Segundo Grau. Para mim o Tribunal era uma coisa, assim, fora do comum. Guardo profundo respeito pelo Tribunal, gostaria que esse respeito fosse, diariamente, mais resgatado ainda. Tenho muito carinho também pelos Advogados com os quais trabalhei. Muito sérios, nunca tive desentendimentos. Se, porventura, eu deixei de ser formal nas palavras, por favor, me desculpem. Quero registrar aqui o meu apreço pela minha tropa, ou seja, os meus funcionários. Eles são um estofo, o meu estofo, sem eles nós não conseguiríamos. Muito trabalho, é um trabalho insano. Então eu agradeço nominalmente à Lucilene, ao Rodrigo, à Luiza, ao Gabriel, à Luciana, ao Frederico e aos meus ex-estagiários Kevin, Isabela e Mariana Tasca, hoje já formados, graças a Deus.

Desejo ao novo Conselho Superior da Magistratura, de todo o coração, a melhor sorte do mundo, pois precisam fazer aquilo que todos nós almejamos

Acesso ao Sumário

que seja feito, resgatem a dignidade da Magistratura e de nossos funcionários, vilipendiados por anos, por conta da política de desprestígio e arrocho salarial, como fez o saudoso Desembargador Francis Selwyn Davis. Gostaria de registrar todo o meu apoio e solidariedade ao novo Conselho. Aos não eleitos, parabéns pela luta, pela capacidade, e espero que não percam a vontade de seguirem lutando por um Tribunal forte e independente, porque esse é o nosso Tribunal Bandeirante, o Tribunal de Justiça que tanto me orgulha.

Muito obrigada a todos.

DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopes Gil Cimino (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Eu falo como Presidente da Seção de Direito Privado recebendo dois novos colegas: a Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino e o Ricardo Cunha Chimenti, que chegam depois de todo o trabalho de uma vida na carreira de Magistrados. Uma luta, como disse a Desembargadora Maria de Lourdes, uma luta insana nessa vida, desde o momento do ingresso, da preparação para o ingresso, nessa caminhada longa por várias comarcas do interior, e a chegada a São Paulo e ao Tribunal de Justiça.

Saibam que é uma honra muito grande poder estar nessa cerimônia. Ambos exemplares, Magistrados que marcam a carreira e marcam o Tribunal de Justiça de São Paulo. É tão bom falar da qualidade de cada colega que chega! Vão enfrentar uma vida também difícil, pois o Segundo Grau – e, particularmente, a Seção de Direito Privado – atravessa um momento de muito trabalho, de muitas dificuldades, em virtude dessa pandemia.

Maria de Lourdes e Ricardo, sejam bem-vindos à Seção de Direito Privado. Tenho certeza de que o Presidente eleito, Artur César Beretta da Silveira, tudo fará no sentido de colaborar e de propiciar o que for de melhor para que os senhores recebam tudo aquilo que vão precisar no desenrolar da carreira. Sejam bem-vindos, tenho em Deus que vão fazer muito sucesso, vão continuar fazendo sucesso na carreira. Torço muito e tenho certeza de que isso vai ocorrer.

Meus parabéns. Obrigado.

Acesso ao Sumário

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO (Presidente da Seção de Direito Público)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopes Gil Cimino (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Meus cumprimentos sinceros à Desembargadora Maria de Lourdes Gil Cimino, esperando que seja muito feliz nessa nova etapa da sua carreira. E com certeza o será, pois o Tribunal de Justiça guarda essa característica de tornar felizes as pessoas que aqui trabalham. Ricardo, você se constituiu, verdadeiramente, como um Juiz publicista e, agora, vai fazer uma passagem pela Seção de Direito Privado e tenho certeza de que lá será muito bem recebido. O que eu desejo a você é que, independentemente de onde esteja, seja muito feliz. Seja eu onde estiver, muito provavelmente aqui no meu Gabinete da 7ª Câmara de Direito Público, você terá em mim um amigo.

Um grande abraço, seja feliz. Muito obrigado.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER (Presidente da Seção de Direito Criminal)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopes Gil Cimino (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Senhor Presidente desta Sessão, Desembargador Luis Soares de Mello, hoje é dia que merece ser comemorado porque acabam de tomar posse o Desembargador Ricardo Cunha Chimenti e a Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino, ambos os Magistrados dedicados, probos, comprometidos e que sempre dignificaram o exercício da Magistratura.

Em dias de reconhecidas dificuldades, estas solenidades nos fazem viver sem perder a capacidade de acalentar sonhos e esperanças e buscar sempre um grande motivo para sermos felizes. Tenho certeza de que a felicidade do Ricardo e da Maria de Lourdes é forte neste momento festivo e de realização, porque atingiram o último degrau da carreira, que é um sonho acalentado por todos os que ingressam na Magistratura.

Igualmente a alegria desta Corte se justifica, já que está engrandecida

com a posse dos novos colegas, ambos com trajetória exemplar. Eu apenas queria relembrar que conheço os Desembargadores que estão tomando posse desde o começo da carreira. O Desembargador Ricardo Cunha Chimenti e eu trabalhamos juntos na Corregedoria, lá se vão não sei quantos anos. A Desembargadora Maria de Lourdes, esposa do nosso querido Rogério Murillo Pereira Cimino, conheço há muitos anos e sei que sempre foi, como ela própria disse, uma apaixonada pela Magistratura desde o começo da sua carreira, o que, obviamente, justifica essa sua promoção em tempos em que quem se promove a Desembargador ou Desembargadora precisa comemorar. Chegar a Desembargador hoje, realmente, é a concretização de um sonho, por isso que devem, realmente, aqueles que estão sendo empossados hoje, comemorar muito esta promoção.

Então, finalizando, parabenizo ambos, desejando uma feliz jornada nesta nova etapa da carreira. Muito obrigado.

RICARDO MAIR ANAFE (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso proferido na Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopes Gil Cimino (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

(Cumprimentos aos magistrados, representantes de instituições, amigos e familiares dos empossados).

É uma honra imensa participar dessa cerimônia. Eu conheço o Ricardo já de longa data. Ele é uma referência não só em São Paulo, mas no Brasil, em termos de Juizados Especiais. Então, é sempre uma honra, estou muito contente em vê-lo como Desembargador, muito contente mesmo – espero voltar a vê-lo pessoalmente em breve. A Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino vim conhecê-la quando foi para o 'pinguinato', nome que a gente trata com tanto carinho, o Juiz Substituto em Segundo Grau. Por onde passou foi sempre foi referida como excelente Juíza, não só pela quantidade de trabalho, mas muito pela qualidade do trabalho. Então é uma honra para o Tribunal recebê-la.

Sejam ambos muito bem-vindos e tenham em mente uma coisa: o mesmo compromisso que nós fizemos enquanto Juízes Substitutos o fazemos agora como Desembargadores. É um compromisso que vai muito além da sua letra, é um compromisso de amor, de paixão ao Poder Judiciário, à Magistratura, é uma coisa que não se acaba.

Ontem fizemos uma homenagem ao Augusto Francisco Mota Ferraz de

Acesso ao Sumário

Arruda, que está se aposentando, e ficou muito claro que ele vai se aposentar e continuará amando o Poder Judiciário, vai continuar amando a Magistratura. Nós temos que renovar essa paixão todos os dias e procurar dar sempre o melhor que nós podemos fazer. E é isso que vocês têm feito ao longo de toda a carreira.

Meus parabéns, meus parabéns.

LUÍS SOARES DE MELLO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Encerramento da Cerimônia de Posse dos Desembargadores Ricardo Cunha Chimenti e Maria de Lourdes Lopes Gil Cimino (Solenidade realizada em 16.12.2021, virtualmente pela Plataforma Teams).

Obrigado a todos pelas palavras que trouxeram a nós. Estejam certos, meus queridos Ricardo Cunha Chimenti, agora Desembargador, e Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino, agora Desembargadora, que é uma alegria muito grande recebê-los.

São agora companheiros de jornada nesse último degrau da nossa querida carreira. Vossas Excelências representam mais um motivo de orgulho para todos os Juízes de São Paulo, representam aqueles Magistrados que bem sabem que a investidura em cargo de tamanha elevação é para que, através dele, o bem seja semeado na sociedade, como Vossas Excelências têm feito até o dia de hoje. Desejo muito sucesso, muita felicidade, que já existem nas suas formações e que, certamente, vão continuar nesses novos tempos, nessa nova trajetória.

Quero, por fim, sem querer pecar por omissão eventual, cumprimentar, indistintamente, cada um dos presentes, especialmente os Senhores Desembargadores e Desembargadoras, Juízas e Juízes, Membros do Ministério Público, Senhores Advogados, Senhores Funcionários e familiares que estão aqui assistindo a essa posse. Amigos que estão por aqui. Enfim, todos aqueles, nos seus computadores domésticos ou profissionais, que acabaram por abrilhantar essa cerimônia de posse tão importante.

Muito obrigado pela atenção e pela presença, parabéns efusivos a todos empossados, que continuem, repito, com a felicidade que estão a ostentar até os dias de hoje.

Está encerrada a sessão.

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário

JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR (Diretor da Escola Paulista da Magistratura)

Discurso proferido na Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura eleitos para o Biênio 2022-2023 (Cerimônia realizada no Salão Nobre "Ministro Costa Manso", Palácio da Justiça, em 07.01.2022, com transmissão online).

Boa tarde a todos os presentes. Desembargador Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco e Desembargador Presidente Ricardo Mair Anafe, em nome dos Presidentes eu cumprimento todas as autoridades nominadas. Meus cumprimentos aos integrantes eleitos para compor o Conselho Superior da Magistratura. Meus cumprimentos a todos os presentes e, também, todos aqueles que acompanham pelo sistema de videoconferência.

Agradeço a confiança do Tribunal depositada na proposta de modernização, pluralidade e avanço para a Escola Paulista da Magistratura. Igualmente sou grato pela maneira cordial e gentil como a chapa foi recebida durante a campanha, as manifestações de interesse nos compromissos assumidos e, também, as propostas que recebemos foram todas anotadas, sem exceção.

É uma honra e um privilégio assumir a Direção da Escola porque se trata de atividade ligada à educação, ensino, capacitação e formação. Como todos sabemos, a educação é o melhor caminho, o caminho seguro para transformar a nossa realidade. O desafio é grande, como também grande é a nossa vontade de acertar, dar o nosso melhor dentro das nossas condições possíveis. O nosso compromisso com aquilo que é bem-feito.

A Escola venceu obstáculos impostos pela grave crise sanitária com o comando do nosso Diretor Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez, a quem eu cumprimento e que, rapidamente, promoveu adaptação para as atividades remotas, sem qualquer prejuízo para a qualidade da Escola. Nos últimos dois anos o que se viu e se vê é a clara demonstração da competência do nosso Tribunal. Atuamos como sempre se fez, com resiliência, com transparência e resignação – que é o que nos cabe como agentes públicos. A Escola não parou de pulsar, ao contrário, avançou mais, capacitou mais, cresceu mais. Contou, conta e contará com mais e mais Magistradas e Magistrados.

Como disse em outras ocasiões, temos consciência da dimensão da nossa responsabilidade, porque a Escola alcançou papel de destaque, um padrão de excelência dentro da comunidade jurídica brasileira. Quando se vê o que a Escola significa hoje, com os olhos voltados para a nossa história, não se pode perder de vista o esforço daqueles que construíram aquilo que somos hoje. Vamos trabalhar com ações pedagógicas a partir da comunicação e do diálogo, dentro de

Acesso ao Sumário

um processo de ensinar e aprender, contribuindo para a criação de novas formas de produção de conhecimentos.

Como bem observou o nosso Presidente Desembargador eleito, por ocasião do resultado da eleição: "Encerrado o processo eleitoral, nós Juízas e Juízes sabemos nos unir em torno da nossa valiosa Instituição".

A Escola desempenha papel fundamental para fortalecer os caminhos que asseguram a prevalência da institucionalidade. Nossa Escola é espelho do nosso Tribunal, não poderia deixar de ser. O Tribunal é superavitário de qualidade decisória e isso, seguramente, repercute para a Escola. Vamos enfrentar o desafio das exigências da vida moderna, o Juiz é o ser humano do seu tempo. Atentos a essa realidade, precisamos investir nas ferramentas da modernidade para avançar, construir pontes, contar com a participação de todos, estreitados dentro de um ambiente da pluralidade, porque acreditamos que abrir espaços nos tornará mais unidos e capacitados para melhor compreender a realidade e melhor cumprir nosso papel como poder do Estado e poder servir bem a sociedade.

Muito bem. Durante a campanha, recebi muitos elogios para aos integrantes do Conselho e ao Vice-Diretor da chapa. Ademir de Carvalho Benedito, Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Camila de Jesus Mello Gonçalves, Gilda Cerqueira Alves Barbosa Amaral Diodatti, Mônica de Almeida Magalhães Serrano, Roberto Caruso Costabile e Solimene e Vicente de Abreu Amadei muito obrigado por terem aceitado esse convite. Também me sinto honrado por contar com esse time de primeira, colegas que servem de exemplo para mim e para todos, exemplos de retidão, comprometimento e qualidade de suas decisões. Não posso deixar de falar sobre o nosso Vice-Diretor Gilson Delgado Miranda, meu amigo pessoal, meu parceiro de outras tantas jornadas. É juiz exemplar, sério, responsável, competente em tudo o que faz, uma figura extraordinária, como diz o nosso presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, tem espírito verdadeiramente público e entusiasmo contagiante com as coisas do nosso Tribunal.

Agradeço ao meu gabinete de trabalho pela dedicação irrestrita e apoio permanente e aos amigos que servem de estímulo. Também quero registrar meu agradecimento aos colegas, Professores da Escola na área do Processo Civil, todos eles que permitiram o meu crescimento como Coordenador da área nos cursos ali realizados. Por final, agradeço à minha família e a Deus por nos abençoar. Queria apenas fazer um registro, Senhor Presidente Ricardo Mair Anafe, gosto de sempre lembrar que é importante saber cuidar das pessoas. Tudo o que existe precisa ser cuidado.

Obrigado.

Acesso ao Sumário

FRANCISCO JOSÉ GALVÃO BRUNO (Presidente da Seção de Direito Criminal)

Discurso proferido na Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura eleitos para o Biênio 2022-2023 (Cerimônia realizada no Salão Nobre "Ministro Costa Manso", Palácio da Justiça, em 07.01.2022, com transmissão online).

Senhor Presidente Ricardo Mair Anafe, Senhor Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco. Saúdo a todos em nome deles. Vou ser muito breve, porque acho que não é hora de prolongar, restam muitos a falar. Vou fazer apenas uma série de agradecimentos.

Eu gostaria muito de agradecer aos colegas da Seção que me honraram com seu voto, pela confiança que depositaram, e prometer a todos, indistintamente, que vou fazer o possível para continuar essa série de Presidências da Seção Criminal que é irretocável. Desde que eu tomei posse, na Presidência do Eduardo Pereira Santos, hoje aposentado, grande colega, sempre tivemos ótimos Presidentes. Eu espero continuar nessa linha.

Cumprimento também os integrantes da gestão que se finda, alguns reconduzidos a outros cargos. Gostaria de lembrar que eles pegaram uma situação totalmente atípica, tiveram de enfrentar uma situação totalmente atípica, e venceram com galhardia. Eu já disse ao Geraldo – desculpe-me a informalidade –, já disse a outras pessoas e repito: sob o comando do Geraldo criou- se um Tribunal novo em menos de dois meses. Em dois meses nós tínhamos um Tribunal totalmente renovado, funcionando de uma forma que nunca havia se pensado e que teria enfrentado resistências, como o Geraldo bem lembrou, se se tentasse imprimir tais mudanças em uma época menos conturbada. Daí porque tenho grande admiração por todos e pelo Geraldo. Ela já vem de muito tempo e só aumenta.

Funcionários, essenciais para a nossa função, dos gabinetes, que me acompanham há anos, e da Presidência, que em pouco tempo já se mostraram tão eficientes, cordiais e indispensáveis. Espero, com a ajuda deles, continuar a exercer a função de Presidente com a galhardia que ela vem sendo exercida.

Quero lembrar os amigos. Eu tenho grandes amigos na magistratura. Vários sentados na mesa. Mas, quero lembrar na pessoa de três que não estão mais conosco, três colegas que já não estão mais conosco: o Juiz Rubens Moraes Salles, que foi um grande amigo nosso da Execução, meu Juiz Titular, meu Professor de Direito Penal. Uma grande figura! O recentemente falecido Desembargador Levada [Cláudio Antonio Soares Levada], que foi uma grande figura, também amigo de longa data de todos. E, principalmente, não por nada

Acesso ao Sumário

mais, mas porque ele se foi muito cedo também, nosso irmão Arthur Joly [Arthur Allegretti Joly]. Desculpem-me, fico meio emocionado, porque o Arthur Joly teria um grande orgulho hoje de ver o Fernando [Fernando Antonio Torres Garcia] no cargo de Corregedor e a mim no cargo de Presidente da Seção Criminal. Desculpe-me a emoção, mas é impossível falar nessas três pessoas sem me emocionar.

Queria, por fim, agradecer à família, lembrar a memória dos meus pais, que edificaram a base sobre a qual pude construir tudo o que fiz. E, em especial, agradecer muito à Magda, a meus filhos e a meus netos, que são minha razão de ser.

Muito obrigado por tudo.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente da Seção de Direito Público)

Discurso proferido na Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura eleitos para o Biênio 2022-2023 (Cerimônia realizada no Salão Nobre "Ministro Costa Manso", Palácio da Justiça, em 07.01.2022, com transmissão online).

Boa tarde a todos. Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, Excelentíssimo Senhor Presidente também, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, cuja gestão ora finda. Na pessoa de Vossas Excelências saúdo as demais Autoridades aqui presentes.

Inicialmente, Senhoras e Senhores, saúdo as gestões que ora findam, desde a Colenda Presidência de nossa Corte às Presidências das diversas Seções, às quais, malgrado as grandes dificuldades enfrentadas nesse biênio, com a pandemia da Covid-19, o distanciamento social, a imprescindível prática do home office e tantas outras questões correlatas, vieram a se sair magnificamente bem, mostrando grande capacidade geracional e de adaptação às condições adversas.

Acesso ao Sumário

Assim, Senhoras e Senhores, inicio com uma necessária saudação aqui ao próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, através de tantas décadas, vem provando ser uma das mais sólidas e confiáveis instituições de nosso país, uma referência na prestação jurisdicional, ao qual tenho um imenso orgulho de pertencer. Cumprimento, aqui, os demais eleitos, todos amigos de longa data, com os quais, para a minha honra, virei a compor o Conselho Superior da Magistra-

tura. Ainda cumprimento a todos os dignos colegas que disputaram as eleições do último ano, em atitude altaneira, que assegurou a lisura e a grandeza do pleito concluído. Agradeço ao nobre Presidente Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, meu preclaro amigo, colega de faculdade, bem como ao preclaro Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente eleito, pelo apoio ao meu exercício na Coordenadoria da Depre [Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos] durante os últimos dois anos, e ao meu caro amigo e antecessor na Presidência desta Seção de Direito Público, Desembargador Paulo Magalhães da Costa Coelho, em especial por sua lealdade e por sua paciência para com as minhas muitas dúvidas nesse período de transição.

Agradeço aos meus nobres colegas da Seção de Direito Público, reconhecendo a forma amistosa como fui recebido por todos ao expor a minha intenção de me candidatar à Presidência da Seção. Agradeço àqueles que foram, durante tantos anos, tantas décadas mesmo, meus preceptores, meus mestres na formação do meu caráter, do meu preparo como Magistrado, ou seja, os colegas Magistrados com quem eu trabalhei. E, também, aos Senhores Funcionários, nas duas instâncias, começando pela Comarca de Taubaté, há tantos anos, onde comecei como Juiz Substituto, até as diversas Câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo pelas quais já passei; além, é claro, da já referida Depre, nossa Diretoria de Precatórios.

Foram tantos colegas e amigos, em tantos locais de trabalho, em especial nas Varas da Fazenda Pública, onde passei tanto tempo, e nas Câmaras de Direito Público, que seria injusto citar nomes aleatoriamente. Ressalto, contudo, a minha lembrança e a minha gratidão a todos. Devo aos caros funcionários deste Tribunal por ter recebido deles tantos conhecimentos de prática forense. É importante que nós tenhamos, como Magistrado, sempre a predisposição para aprender, sem a soberba de acreditar que sabemos tudo. Lembro-me, a propósito, do meu Mestre, da Faculdade de Direito da USP [Universidade de São Paulo], o inesquecível Professor Goffredo da Silva Telles, que, já com provecta idade, ao ser entrevistado pela TV, declarou que gostaria "de ser lembrado como um eterno estudante". É como eu penso, também, e espero assim continuar.

Agradeço à minha equipe do gabinete, que me deu um grande apoio na campanha. São todos eles exemplos de dedicação ao serviço público, e de mim recebem aqui um comovido agradecimento. Agradeço a Deus que me deu saúde para enfrentar os muitos desafios vencidos até hoje, iluminando o meu caminho. E à minha família, minha esposa Suzana, meus filhos André e Alexandre, aqui presentes, pelo carinho e apoio que sempre me foi dado. Aos meus irmãos, infelizmente ausentes, e meus saudosos pais, Diva e Wanderley. A família, sem dúvida alguma, é o eixo que nos mantém firmes na roda-viva que é a vida moderna, sem o qual não se pode viver.

Senhoras e Senhores, sinto que pesa sobre nós, eleitos, grande responsa-

Acesso ao Sumário

bilidade em virtude da vitória no pleito. Os desafios a serem enfrentados nesse século 21 são imensos: crises econômicas, institucionais, o inegável recrudescimento da criminalidade, questões complexas de ordem tributária, a terrível pandemia da Covid-19, que tantas vidas já ceifou e que se espraia com reflexo em tantas áreas diferentes; o justo pleito dos credores de diversos entes públicos, que enfrentam o duro embate da execução contra a Fazenda Pública por meio do sistema de precatórios; fornecimento de medicamentos aos hipossuficientes; a questão das ações civis públicas e a mui recente questão da improbidade administrativa, seríssima questão. Tudo isso, e muito mais, está a nossa espera. Sabedor desse vasto número de questões de máxima importância e urgência que serão trazidas a nós, só posso procurar me preparar mais e mais para enfrentá-las, com estudo, atualização, serenidade e espírito público. E, é claro, com a imprescindível colaboração de todos os colegas e amigos desta Corte, pessoas honradas, cientes da prevalência do interesse público. Contando desde já com esse espírito.

Anoto que as portas do meu gabinete estarão sempre abertas aos colegas. Espero que eu seja digno da escolha e da confiança dos meus pares e tenha energia e serenidade necessárias para enfrentar a batalha que nos aguarda. Concluo orando para que eu seja digno dessa confiança e esteja à altura dos desafios a serem enfrentados. Mas é na certeza da grandeza do nosso Poder Judiciário do Estado de São Paulo, com a sua história gloriosa e a sua pujança, que eu acredito poder enfrentar e vencer tais desafios.

Muito obrigado a todos.

ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso proferido na Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura eleitos para o Biênio 2022-2023 (Cerimônia realizada no Salão Nobre "Ministro Costa Manso", Palácio da Justiça, em 07.01.2022, com transmissão online).

Acesso ao Sumário

Muito obrigado, boa tarde a todos. Agradeço a presença de todos que vieram nos prestigiar neste dia. Senhor Presidente, Desembargador Ricardo Mair Anafe, cumprimento Vossa Excelência e me permito, com a autorização de Vossa Excelência, começar pelo Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, cujo mandato terminou agora, cumprimentando Vossa Excelência e todo o Conselho Superior da Magistratura porque, como já foi dito aqui na

tribuna, enfrentaram uma situação totalmente inusitada que a todos pegou de surpresa. Vossa Excelência, Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, e todo o Conselho anterior, salvaram vidas, e isso foi o mais importante. E não só salvaram vidas, como fizeram o Tribunal crescer, produzir mais. O equilíbrio entre a vida e a produção, o Conselho Superior da Magistratura anterior soube, sob o comando de Vossa Excelência, achar o ponto correto. Então meus cumprimentos a Vossa Excelência e a todo o Conselho Superior da Magistratura cujo mandato se encerrou.

Presidente Ricardo Mair Anafe, Presidente eleito que hoje toma posse, integrou o Conselho anterior. Vossa Excelência então trará a sua experiência, a sua competência e, tenho certeza, sob o seu comando, o Tribunal continuará salvando vidas. Se essa pandemia persistir – e ela está difícil de ir embora –, Vossa Excelência também saberá conduzir o Tribunal à frente. Iremos já progredir e, também, preservaremos vidas, que é o mais importante para todos nós.

Senhor Presidente, me permita desejar ao nosso Vice-Presidente, que hoje não pôde comparecer, um pronto restabelecimento e que Sua Excelência esteja conosco muito em breve. E cumprimento todo o Conselho Superior da Magistratura que hoje toma posse: Desembargador Wanderley [Wanderley José Federighi], Desembargador Francisco [Francisco José Galvão Bruno], são os Presidentes de Seção junto comigo. A todo o Conselho desejo sucesso, a todos nós. E tenho certeza de que caminharemos sempre na mesma direção, que é de levar o Tribunal à frente. Cumprimento a nossa Escola Paulista da Magistratura, Desembargador José Maria Câmara Júnior, pela posse também hoje; Desembargador Gilson Delgado Miranda; e, na pessoa do nosso Decano, Desembargador Ademir de Carvalho Benedito, meu querido amigo, cumprimento todos os demais membros do Conselho Consultivo da EPM-EJUS. E também a nossa Presidente da Apamagis [Associação Paulista de Magistrados], Juíza Vanessa Ribeiro Mateus, que tomou posse hoje, bem como todo o Conselho Consultivo que vejo presente também. Tenho certeza de que a condução da Apamagis continuará firme e serena em favor da Magistratura, como já vem sendo feito.

Senhores Desembargadores, permitam-me agora cumprimentar a minha família que está aqui presente. Minha querida esposa Régia, meus filhos Artur César, a Rebeca, a Victória e o genro André, a minha mãe, já com 90 anos, e as irmãs que nos assistem pela internet, família cujo apoio e amor nunca me negaram, sempre estiveram firmes ao meu lado. Sem a família nada tem sentido, de modo que fica aqui expresso em pública praça o meu amor e o meu reconhecimento para a minha família.

Senhor Presidente, permita-me, agora, muito rapidamente também, dirigir-me especificamente às eminentes Desembargadoras e aos Desembargadores do Direito Privado, e às eminentes Juízas e Juízes Substitutos em segundo grau que integram o Direito Privado, que muito me honraram com a eleição. Minha

Acesso ao Sumário

maior função será a de dar paz, tranquilidade e condições de trabalho para os senhores Magistrados desenvolverem as suas funções. E nós não faremos somente o que for possível. Não. Nós vamos fazer o melhor com as condições que temos, enquanto não tivermos melhores condições para fazermos melhor ainda, conforme diz o Professor Cortella. É uma frase que nos mostra que no momento nós temos que fazer o melhor com o que temos, e quando tivermos melhores condições, nós faremos melhor ainda.

Eu penso, Senhores Desembargadores, Senhoras Desembargadoras, eminentes Juízes, que o Direito Privado deve deixar de lado, pelo menos nesse momento, essa discussão infindável, insolúvel, sobre competência. A competência no Privado é bem definida, a jurisprudência é segura, é estável e traz segurança jurídica. Nós não precisamos de mais embates sobre isso. Hoje, os acervos no Direito Privado, Senhor Presidente, estão razoavelmente controlados. Será possível, então, utilizar essa força de tarefa dos eminentes Juízes e Juízas Substitutos em segundo grau na distribuição, para diminuir o encargo diário semanal que nós temos na distribuição. E eles serão, na medida da necessidade, Senhor Presidente, designados um pouco mais no Direito Privado I, onde a distribuição ainda está desfavorável. Sem transformação de competência, sem disputas internas, é possível, com pequenos ajustes, equilibrarmos mais essa distribuição.

Senhor Presidente, o Direito Privado é maior do que todos os outros Tribunais. Vossa Excelência, Desembargador Ricardo Mair Anafe, disse-me outro dia que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro teria hoje 190 Desembargadores. Eu fui dar uma olhada e eles têm 184 em cargos efetivos. De modo que o Direito Privado continua maior do que todos os outros Tribunais de Justiça do Brasil. Então, olhem a grandeza do que é o Direito Privado. O Direito Privado representa mais da metade deste nosso Tribunal de Justiça. Então, me parece justo e de direito que a distribuição entre Substitutos de segundo grau, e nisso tenho certeza de que contarei com o apoio do eminente Desembargador Wanderley José Federighi e do eminente Desembargador Francisco José Galvão Bruno, e já tive a sinalização do nosso Presidente Ricardo Mair Anafe, de que essa distribuição será proporcional e será proporcional à grandeza do Direto Privado, que é grande não só em sua composição de integrantes, como também é grande em sua distribuição. O Direito Privado representa a grande massa processual desse Tribunal de Justiça. Então será possível utilizar essa força de trabalho para tentar melhorar um pouco mais a nossa atuação diária.

Iremos tentar também, e vamos contar com a ajuda novamente do nosso Presidente Ricardo Mair Anafe, conseguir os Sistemas Athos e Sócrates do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal nas admissibilidades dos Recursos Extraordinários, os Recursos Especiais. Isso trará um ganho imenso na execução desses trabalhos. E, para isso, há um problema de informática. Tentaremos solucionar e contaremos com o apoio efetivo do eminente Desem-

Acesso ao Sumário

bargador Presidente. Aliás, isso já se começou na gestão passada, o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco já deu início, e eu tenho impressão de que nós conseguimos avançar nesse aspecto também. Vamos tentar conseguir, por meio de lei, evidentemente, o quinto assistente para os gabinetes, que ainda é pouco se comparado com os outros Estados. Os gabinetes dos Desembargadores e Desembargadoras dos outros Estados são muito mais povoados com força de trabalho do que o nosso, mas o quinto já é um passo também à frente, vamos caminhando que se consegue.

Senhor Presidente, termino aqui, não vou me alongar mais. Agradeço a presença de todos os amigos que vieram nos prestigiar, amizade essa que nos une e que nos fortalece. E me permito cumprimentar, nas pessoas dos eminentes integrantes da 3ª Câmara de Direito Privado, todos os Desembargadores e Desembargadoras do Direito Privado. Eu agradeço aos Juízes Assessores que irão compor a equipe do Direito Privado e, na pessoa deles, cumprimento todos os Magistrados de 1º Grau. Em nome de minha querida esposa Régia, Coordenadora na Escola Judicial dos Servidores, em nome de minha querida filha Rebeca, Assistente Jurídica, ambas, Senhor Presidente, devidamente concursadas de longa data no Tribunal, cumprimento os mais de 40 mil funcionários do Tribunal de Justiça. Como disseram o Desembargador Francisco José Galvão Bruno e o Desembargador Wanderley José Federighi, a força de tarefa do Tribunal de Justiça, os funcionários, são de excelente qualidade, são de altíssima qualidade – a eles, todos, rendo minhas homenagens. Em especial aos meninos e meninas do meu gabinete, que sempre me apoiaram e me dão essas condições de trabalho. Cumprimento, na pessoa do Doutor Luciano Cardoso, Advogado; na pessoa do Doutor Henrique Ávila, também Advogado, ex-Membro do Conselho Nacional de Justiça, e do meu filho Arthur César, em nome dos três, cumprimento toda a classe das Senhoras e Senhores Advogados. E, em nome de meu falecido pai, Procurador de Justiça que foi, cumprimento também todo o Ministério Público Estadual.

Senhor Presidente, muito obrigado.

HÉLIO NOGUEIRA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Administrativa como Desembargador do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 16.12.2021, no Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça, no Palácio da Justiça, 5º andar).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo,

em nome de quem estendo às autoridades presentes, membros do Conselho Superior da Magistratura, a devida anotação de respeito e agradecimento por suas presenças a este ato.

Senhor Presidente, ciente de ser resultado de uma série de fatores que vieram a se somar no tempo para traduzir e explicar quem fui ontem e quem sou hoje, vejo importante, por meus defeitos, virtudes (se as tenho) e idiossincrasias que se revelaram e que se revelam em mim, excluir o que possa ser atributo enxergado negativo para ser lançado aos meus pais, razão do que não há como iniciar essa minha manifestação sem lhes agradecer, Renato Nogueira e Francisca Fogaça Nogueira, por tudo de bom que fizeram e se sacrificaram em esforço para me tornarem uma pessoa de bem.

Do mesmo modo, sendo nascido nos anos 1950, formado em escola pública do primário ao segundo grau, não poderia deixar de fazer o meu agradecimento pela alfabetização e formação que me foi dada pelos valorosos e preparados professoras e professores da Escola Primária Joaquim Francisco de Miranda e Ginásio Estadual Aldo Angelini da cidade de Porangaba, a quem, em nome de todos eles nesta simbologia, cito a minha primeira professora do primeiro grau, a Sra. Ida Angelini.

Senhor Presidente, minha graduação em direito deu-se na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, em 1973.

Para atingir esse feito, tendo até aos 18 anos sido só estudante, não posso subtrair o registro, com a prematura morte de meu Renato, que isso só me foi possível por conta da fraternidade e esforço de minha mãe, irmão e irmãs (José Celso, Lázaro, Domingos, Renato, Maria Ignês, Luiz e Teresinha), que me asseguraram a sobrevivência no plano material com dignidade até ali.

Já a minha jornada universitária foi possível e real a partir de obter emprego no Jornal O Estado de São Paulo, para onde fui levado por pessoa amiga de meu pai, cujo exercício desse emprego por 18 anos, em horário noturno, permitiu-me fazê-lo com conciliação do estágio por concurso na Prefeitura Municipal de São Paulo e, a partir da minha graduação, exercer advocacia autônoma, e, também, trabalhar no Escritório de Advocacia Alexandre Thiollier (pai) e Ministério Público.

Em 1974, quando selecionado para trabalhar com o Dr. Alexandre Thiollier, uma coincidência houve e grata, vez que nesse tempo estava em andamento Concurso de Ingresso à Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo e, na condição de Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção São Paulo, o Dr. Alexandre Thiollier integrava a Banca Examinadora, o que me permitiu, como observador externo, atentar para o rigor com que realizado o Certame para aprovação dos candidatos.

No Ministério do Trabalho, com lotação na Diretoria de Assuntos Sin-

dicais, tive a experiência, ao menos no plano pessoal, eis que sem formação específica acadêmica, mas do exercício continuado do mister de, com demais colegas do setor, atuar como conciliador e mediados nas demandas individuais de trabalhadores e em dissídios coletivos por representação de sindicatos, período em que a Delegacia Regional do Trabalho de São Paulo teve protagonismo elevado na solução e pacificação dos conflitos trabalhistas.

Fora um momento forte na evolução e conquista de direitos para os trabalhadores, cujas atas formais lançadas no Órgão constituem até hoje rico material para estudo e pesquisa dos profissionais do direito com atuação e interesse nessa área.

Senhor Presidente, a esse tempo de trabalho e vida, tive a cogitação de voltar a uma reciclagem para meu aperfeiçoamento, cujas expectativas profissionais só foram possíveis com o estímulo e amplo apoio da minha esposa, Maria das Graças Prestes Frediani Nogueira, onde, as necessidades de prover o lar com ela, nem de todo poderia me permitir falar em abandono das atividades que exercia, mas gradual mudança de rumo, algo próximo de frase atribuída a Chico Xavier, "Quando o modela de vida leva a um esgotamento, é fundamental questionar se vale a pena continuar no mesmo caminho".

Tive êxito em alcançar o ingresso na Magistratura Paulista no Concurso de Ingresso nº 160, após alguns insucessos anteriores, impondo-me agradecer a Banca Examinadora e autoridades que abonaram meu nome, com oportuno elogio aos colegas que também ingressaram em referido concurso, eis que possível notar o grau de excelência da atuação jurisdicional e crescimento que já tiveram na carreira, inclusive, vida acadêmica, onde vários deles pontuam como renomados professores.

De meu lado, e para o melhor exercício da magistratura, em pós-graduação, fiz curso de Especialização em Direito Público na Escola Paulista da Magistratura, e curso Extensivo de Aperfeiçoamento para Magistrados e Promotores de Justiça, na Universidade de São Paulo, nas cadeiras de Responsabilidade Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Senhor Presidente, iniciei minha judicatura na Circunscrição de Jaboticabal, passando pelas Comarcas de Francisco Morato, Dracena, Juiz Auxiliar da Capital por mais de 12 anos, e Juiz Titular de Entrância Especial, depois transformada em Final, por 5 anos e 8 meses na 26ª Vara Criminal da Barra Funda, com entremeio, como voluntário, o exercício da função de Juiz Instrutor e Julgador no Juizado Especial Cível Central, Unidade da Faculdade de Direito Mackenzie. Foram mais de 6 anos, em jornada noturna, e ainda integrei por um período o 3º Colégio Recursal da Capital.

De todo relevante anotar, também, que o desempenho de minha judicatura nesse tempo todo foi favorecido pela estrutura funcional de cada unidade

Acesso ao Sumário

jurisdicional em que atuei, oferecida pela nossa Alta Administração, e em que contei sempre com funcionários eficientes, preparados e dedicados à causa da Justiça, com agradecimento a todos eles de forma indistinta.

Nesse período em que atuei no primeiro grau, digno de registro e gratificante experiência que me foi dada e de ter uma visão da Administração da Justiça por dentro, com suas dificuldades por orçamento limitado, quando convocado que fui para atuar como Juiz Auxiliar da Corregedoria na gestão 2006/2007, eminente Corregedor, o Desembargador Gilberto Passos de Freitas, e 2008/2009, eminente Corregedor, o Desembargador Rui Pereira Camilo.

Senhor Presidente, fui para a 2ª Instância do Tribunal de Justiça de São Paulo, inicialmente, na condição de "Bagrinho", onde atuei de março de 2011 a agosto de 2013, e de então, na condição de removido como Juiz Substituto de 2º Grau até os dias de hoje.

Passei por várias Câmaras para cumprir acervo e ou como integrante de sua composição, inclusive, em duas Câmaras Extraordinárias.

Rica a experiência, em ambiente de camaradagem, respeito, como aprendizado e aproveitamento do conhecimento dos Desembargadores com quem tive oportunidade de atuar nos julgamentos havidos e de que participei.

Não poderia encerrar esse ciclo profissional exercido na 2ª Instância sem agradecer a minha equipe de trabalho, escreventes e assistentes jurídicos, todos valorosos, preparados e dedicados, Amanda, Luana, Wilson, Jurema, Lívia e Renata, que me permitiram dar conta dos processos recebidos, com presteza e em tempo razoável de julgamento.

Senhor Presidente, minha história no Tribunal de Justiça completou em data recente 31 anos, tempo a que se soma, de outras atividades formais, públicas e privadas passadas, mais 22 anos, num total de 52 anos completos de trabalho.

É nessa condição que me apresento perante Vossa Excelência, com subida honra, para a posse no elevado cargo de Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Corte destacada pelos relevantes serviços prestados à causa da Justiça, em renovação do compromisso de posse lá trás firmado.

Nada é completo na vida, sem perda do respeito aos desígnios de DEUS. Infelizmente, não está mais presente minha querida esposa Maria das Graças Prestes Frediani Nogueira, a quem devo o meu crescimento pessoal, profissional e em ambiente familiar para as coisas da vida, participação ativa em todos os planos, constantes por mais de 41 anos, e que me deu meus queridos e amados filhos, Flávia Cristina, Luiz Fernando e Luiz Gustavo, que hoje são força e fundamento para meu apoio e de me impor querer levar adiante a minha missão, em especial já hoje com a presença de meus netos Hector, Victor, Enrico e Pedro, genro Jorge Júnior e nora Andreia.

Acesso ao Sumário

Esse âmbito familiar, que não é o restrito à célula acima, faz-me lembrar de forma saudosa, meu sogro, Rubens Prestes Frediani e, sogra, Natalina Marócolo Prestes, além do cunhado José Rubens, e cunhadas Maria de Lourdes e Maria do Carmo, cuja convivência harmônica, amiga e leal cultivada com eles através do tempo não poderia deixar de registrar.

Senhor Presidente, agradeço o tempo que me foi concedido.

Acesso ao Sumário