REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 52 – ANO 9

JULHO E AGOSTO 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 60

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 351
b) Agravos Internos 369
c) Apelações 372
d) Apelações/Remessas Necessárias 506
e) Embargos de Declaração 521
f) Remessas Necessárias 528

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 535
b) Apelações 568
c) *Habeas Corpus* 648
d) Mandados de Segurança 665
e) Recursos em Sentido Estrito 673
f) Revisões Criminais 680

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 684
b) Agravos Internos 763
c) Arguições de Inconstitucionalidade 773
d) Conflitos de Competência 776
e) Embargos de Declaração 795
f) *Habeas Corpus* 801
g) Mandados de Segurança 810

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 833
a) Conflitos de Competência 838
b) Conflitos de Jurisdição 855
c) Exceções de Suspeição 863
d) *Habeas Corpus* 869
e) Incidentes de Suspeição 873

5- Câmara Especial de Presidentes 880

6- Conselho Superior da Magistratura 913

7- Noticiário 929

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. 52, jul./ago. 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
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Manuel MATHEUS FONTES
AROLDO Mendes VIOTTI

José JACOB VALENTE
JAMES Alberto SIANO
ROBERTO Caruso Costábile SOLIMENE
LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
ELCIO TRUJILLO
GUILHERME Gonçalves STRENGER
FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Luís FERNANDO NISHI
DÉCIO de Moura NOTARANGELI
José JARBAS de Aguiar GOMES
MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE
TASSO DUARTE DE MELO

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**
Desembargador SULAIMAN MIGUEL NETO**
Desembargadora DANIELA MARIA CILENTO MORSELLO**
Desembargadora ANA LUIZA VILLA NOVA*
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN**

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**
Desembargador VITOR FREDERICO KÜMPEL**

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 JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES**
Desembargador ADEMIR MODESTO**
Desembargador WILSON LISBOA RIBEIRO**

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 VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**
Desembargador BENEDITO ANTONIO OKUNO**
Desemabrgador MARCIO ANTONIO BOSCARO**

10ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ELCIO TRUJILLO***
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargador JAIR DE SOUZA**
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 José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA Maria GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Dsembargador HEITOR LUIZ FERREIRA DO AMPARO
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO**
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**
Dsembargador EMILIO MIGLIANO NETO**

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 LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO**

14ª Câmara de Direito Privado (salas 612/616 — 4ª feira — 9:00 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 JOÃO BATISTA Amorim de VILHENA Nunes***
Desembargador LAERTE MARRONE de Castro Sampaio
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA
Desembargador EMILIO MIGLIANO NETO**

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**
Desembargador JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA**

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 — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

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**

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 CLÁUDIO Antonio MARQUES da Silva
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 612 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA***
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPES GIL Cimino
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 LUÍS ROBERTO REUTER TORRO
Desembargador ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO***
Desembargador RICARDO Cunha CHIMENTI
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargador CELINA DIETRICH E TRIGUEIROS TEIXEIRA PINTO**

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

Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
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 — 10:00 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 Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargador TERCIO PIRES
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

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**
Desembargadora CELINA DIETRICH E TRIGUEIROS TEIXEIRA PINTO**

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

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 Luiz Augusto GOMES VARJÃO
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI***
Desembargadora LÍGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**
Desembargadora CELINA DIETRICH E TRIGUEIROS TEIXEIRA PINTO**
Desembargador MARIO DACCACHE**

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 601/602)

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

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 NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
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
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargadora TANIA MARA AHUALLI**

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

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

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

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

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

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

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI***
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador 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 — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA***
Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO**
Desembargador MARCO AURÉLIO PELEGRINI DE OLIVEIRA**

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

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

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

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

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO***
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Dsembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 604 — 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
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 FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ**

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

5ª Câmara de Direito Criminal (salas 407/425 — 5ª feira — 10:00 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 — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA***
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho
Desembargador ALEXANDRE Carvalho e Silva de ALMEIDA***
Desembargador RENATO GENZANI FILHO
Desembargador EDISON TETSUZO NAMBA**

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

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

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

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

Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA
Desembargador MARCELO Coutinho GORDO
Desembargador MARCELO SEMER***
Desembargador XISTO AUBARELLI RANGEL NETO**
Desembargador LUIS GERALDO SANT'ANA LANFREDI**
Desembargador JOSÉ ERNESTO DE SOUZA BITTENCOURT RODRIGUES**

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 LUÍS AUGUSTO FREIRE TEOTÔNIO**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203 OU 609)

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

Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
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 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
Afonso Celso da Silva
Iasin Issa Ahmed
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Heloísa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz
João Batista de Mello Paula Lima
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
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
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
Maria Silvia Gomes Sterman
Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Emilio Migliano Neto
Celina Dietrich e Trigueiros Teixeira Pinto
José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues
Vitor Frederico Kümpel
Márcio Kammer de Lima
Hugo Leandro Maranzano
Deborah Ciocci

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077217-22.2022.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que são agravantes MARIA ZORAIDE VENTURA CABRAL, NAARA VENTURA CABRAL e NATAN VENTURA CABRAL, é agravado O JUÍZO.

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 37.020)**

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, 20 de junho de 2022.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: INVENTÁRIO – VALOR DA CAUSA – RECOLHIMENTO DE CUSTAS COM BASE NO VALOR TOTAL DO MONTE – ADMISSIBILIDADE – EXCLUSÃO DA MEAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE BEM INDEFERIDA – POSIÇÃO DO V. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI PAULISTA Nº 11.608/03, ART. 4º § 7º – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, postulando o Recorrente por modificação de R. despacho de fls., que em feito de Inventário, determinou a retificação do valor da causa, considerando o valor total e atualizado dos bens que integram o monte mor, incluindo a meação do cônjuge supérstite. Sustenta o Agravante que a meação não se trata de herança, não detendo a meeira proveito econômico com a partilha, não podendo ser incluído o montante como base para

Acesso ao Sumário

o valor da causa e incidência da taxa judiciária.

Recurso com processamento bastante; sem resposta.

Esse o breve relato.

Com efeito, a insurgência não merece acatamento; o Artigo 4º, Parágrafo 7º, da Lei Estadual nº 11.608/03, que dispõe sobre a Taxa Judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense, prevê:

(...) § 7º – Nos inventários, arrolamentos e nas causas de separação judicial e de divórcio, e outras, em que haja partilha de bens ou direitos, a taxa judiciária será recolhida antes da adjudicação ou da homologação da partilha, observado o disposto no § 2º do Artigo 1.031 1, do Código de Processo Civil, de acordo com a seguinte tabela, considerado o valor total dos bens que integram o monte mor, inclusive a meação do cônjuge supérstite, nos inventários e arrolamentos (...).

Logo, a base de cálculo para recolhimento da taxa judiciária nas ações de Inventário e Arrolamentos de bens, deve mesmo corresponder ao valor total dos que integram o monte-mor, incluindo a meação do cônjuge sobrevivente.

Ver ainda que essa questão foi recentemente analisada pelo C. Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade da norma:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 11.608/2003, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE DISPÕE A RESPEITO DA TAXA JUDICIÁRIA INCIDENTE SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE NATUREZA FORENSE.*** *COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ARTS. 24, I E IV;*
>
> 98, § 2º; E 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **INOCORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL**. MAJORAÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À NORMA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JURISDIÇÃO E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. RAZOABILIDADE DO PERCENTUAL. SERVIÇOS PRESTADOS POR TERCEIRO JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO. DESNECESSIDADE DE LEI PARA FIXAR O VALOR DA REMUNERAÇÃO. **AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.** AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.
>
> (...)
>
> **VI - Antes de autorizar o cálculo da taxa judiciária pela incidência de percentual sobre o valor do monte-mor, o art. 4º, § 7º, da Lei questionada, criou tabela progressiva fixando valores certos, correspondentes ao montante total dos bens, baseado em unidade de referência estadual, de modo que o valor da causa corresponda à expressão econômica do pedido.**

Acesso ao Sumário

VII Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 3154, Relator (a): DIAS TOFFOLI, Relator (a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 04-02-2021 PUBLIC 05-02-2021 destaques daqui).

Por fim, embora a meação da viúva não seja objeto de partilha, há interesse do cônjuge supérstite no Inventário dos bens deixados por seu marido, antes que seja determinada a sua parte ideal. Além disso, os herdeiros só poderão usufruir de seus direitos depois da ultimação do feito.

Bem se vê, pois, que a sédula decisão de Primeiro Grau bem decidiu a perlenga, e fica prestigiada.

NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2242734-16.2021.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que são agravantes ANA MARIA MARTELOTTE SIMÕES DE CARVALHO, HÉLIO TOLEDO DE CAMPOS MELLO JÚNIOR e DÁRCIO DE JESUS, é agravado D. C. LUCAS, LUCAS & LUCAS TURISMO LTDA. – VENCESTUR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria negaram provimento ao recurso, declara voto o 3º juiz. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.495)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO COSTA (Presidente sem voto), JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES e ADEMIR MODESTO DE SOUZA.

São Paulo, 14 de junho de 2022.

LUÍS MÁRIO GALBETTI, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença – Penhora de ativos financeiros – Possibilidade, pois o fato de ser assalariado ou aposentado não torna os devedores isentos de pagar as dívidas – Regra dos incisos IV e X, do artigo 833 do Código de Processo Civil que vem sendo mitigada pela jurisprudência – Recuperação judicial do co-executado que não impede o prosseguimento da ação contra os demais devedores solidários – Decisão

Acesso ao Sumário

mantida – Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelos executados contra decisão que rejeitou a impugnação e manteve a penhora de ativos financeiros, em ação indenizatória, ora em fase de cumprimento de sentença.

Alegam os agravantes que o crédito já foi habilitado nos autos da 2ª recuperação judicial da devedora solidária empresa Três Editorial Ltda, no valor de R$ 53.838,28. Posteriormente a agravada se voltou contra os agravantes pleiteando o valor excessivo de R$ 386.550,29, quando o correto seria R$ 245.154,30. Foram bloqueadas as quantias de R$ 748,73 de Dárcio, R$ 799,39 de Hélio e R$ 700,81 de Ana Maria. Em razão da habilitação, a execução contra os demais devedores deve ser esvaziada, sob pena de excesso e enriquecimento ilícito da parte contrária. Dizem que os valores são provenientes dos rendimentos de aposentadoria de Hélio e Ana e de pequenos trabalhos realizados por Dárcio, além de serem irrisórios. Todos passam por dificuldades financeiras e não possuem condições de arcar com a condenação. O magistrado não observou a explicação, nem a planilha de fls. 533 elaborada nos termos dos índices do Tribunal de Justiça, conforme determinado na sentença. Deve ser reconhecida a impenhorabilidade dos valores à luz do artigo 833, incisos IV e X do Código de Processo Civil. Pleiteiam o desbloqueio e devolução dos valores, a aplicação dos artigos 264 e 275 do Código Civil e a extinção da execução (Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto). Caso mantida a cobrança buscam o desbloqueio de valores e o reconhecimento do excesso de execução.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Recurso respondido.

É o relatório.

2. A ação já se arrasta há 16 anos não tendo os executados demonstrado boa vontade em pagar a dívida.

Alegações genéricas a respeito do excesso de execução não podem ser acolhidas, valendo registrar que houve a inclusão da multa por descumprimento voluntário do pagamento, mais consectários, que elevaram o valor da dívida.

Em que pese a vedação do inciso IV e X, do artigo 833 do Código de Processo Civil no sentido de que são impenhoráveis os vencimentos, a jurisprudência tem abrandado a aplicação deste instituto, em caso de existência de dívidas,

Acesso ao Sumário

como ocorre nos presentes autos.

A propósito:

> Tutela provisória de urgência – Ação de obrigação de fazer c.c. revisão contratual e danos morais – Descontos das parcelas dos empréstimos limitados a 30% dos proventos de aposentadoria do agravado – Admissibilidade da limitação – Princípio da dignidade humana – Preservado o caráter alimentar da remuneração auferida – Aplicação do art. 2º, § 2º, I, da Lei Federal 10.820/2003, alterada pela Lei Federal 13.172/2015 – Precedentes do STJ e do TJSP Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2201870-72.2017.8.26.0000; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito

Por fim, tratando-se de responsabilidade solidária dos réus/agravantes (jornalistas) e a empresa Editora Três Ltda, é possível o prosseguimento da execução, ainda que a empresa jornalística sofra recuperação judicial, pois não se pode obstar a legítima cobrança da dívida.

Em caso análogo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº. 1.333.349 SP, julgado em 26/11/2014, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

> "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. INTERPREETAÇÃO 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 11.101/2005. 2. Recurso especial não provido."

No mesmo sentido a Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça: *"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."*

3. Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 02.428)

Acesso ao Sumário

Adotado o relatório do Exmo. Sr. Des. relator sorteado, peço licença para divergir da douta maioria, a fim de negar a penhora de ativos financeiros dos devedores, em razão de terem origem em benefícios previdenciários por eles percebidos.

Com efeito, a legislação vigente prevê as hipóteses legais de exceção à regra da impenhorabilidade de salários e afins, bem como de reservas até o valor de 40 salários-mínimos.

No caso dos autos, o crédito exequendo não possui natureza alimentar, pois oriundo de indenização por danos morais.

Não havendo fundamento outro que não a inadimplência do devedor como forma de sustentar a possibilidade de adoção da medida excepcional, inviável a aplicação da exceção legal autorizadora da penhora pretendida, pois a ausência de bens passíveis de constrição, por si só, não autoriza a penhora de percentual de verba de natureza salarial do devedor, se ausente uma das hipóteses excepcionais capaz de mitigar a regra de impenhorabilidade. Nesse sentido é a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPENHORABILIDADE E EXCEÇÕES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A regra geral da impenhorabilidade dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal poderá ser excepcionada, nos termos do art. 833, IV, c/c o § 2° do CPC/ 2015, quando se voltar: I) para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida; e II) para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a 50 salários mínimos mensais, ressalvando-se eventuais particularidades do caso concreto. Em qualquer circunstância, deverá ser preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.
>
> 2. O acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável nesta via especial ante o óbice da Súmula 7 do STJ.
>
> 3. Agravo interno não provido. [1]

No mesmo sentido tem decidido este Egrégio Tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença, tirado de ação de indenização por danos morais, ajuizada pela agravada em face

1 AgInt no REsp n. 1.955.340/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 1/6/2022.

Acesso ao Sumário

do agravante – Decisão que deferiu a penhora de 10 % dos vencimentos líquidos do agravante – Insurgência do executado – Cabimento – Dívida que não tem natureza alimentar, além da comprovação, pelo recorrente, de que já possui outras constrições em seu salário, para pagamento de pensão alimentícia – Impenhorabilidade prevista no art. 833, IV, do CPC, para hipóteses como a presente – Decisão reformada – AGRAVO PROVIDO. [2]

Ação de indenização por danos morais. Fase de cumprimento de sentença. Pretensão de penhora dos vencimentos do executado e de imóvel não registrado no CRI. Desacolhimento. Impenhorabilidade salarial, à luz do artigo 833, IV, do NCPC. Exceção prevista no § 2º inaplicável ao caso. Precedentes. Juízo a quo que não deliberou sobre o pedido de penhora do imóvel. Análise da questão que implicaria em supressão de instância. Decisão mantida. Recurso desprovido. [3]

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de Indenização por Danos Morais – Fase de Cumprimento de Sentença – Decisão que indeferiu o pedido de penhora de 10% (dez por cento) do salário da executada – Inconformismo do exequente, alegando que, restando comprovado o esgotamento de todos os meios para a satisfação do crédito "sub judice", deve ser deferida a penhora de 10% (dez por cento) da remuneração executada – Descabimento – Caso em que, conforme o disposto no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil, os vencimentos são impenhoráveis, exceto quando se tratar de execução crédito alimentar, exceção prevista no parágrafo 2º, do mesmo disposivo, o que não é o caso dos autos – Recurso desprovido. [4]

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Interposição contra decisão que deferiu penhora sobre 15% vencimentos dos vencimentos líquidos do executado. Admissibilidade de penhora em relação ao crédito decorrente de pensão alimentícia. Exceção prevista no artigo 833, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015. Impenhorabilidade do bem quanto para pagamento de indenização por danos morais. Decisão parcialmente reformada. [5]

Assim sendo, pedindo licença à douta maioria, voto pelo provimento do agravo.

ADEMIR MODESTO DE SOUZA, 3º Juiz

2 TJSP; Agravo de Instrumento 2088650-57.2021.8.26.0000; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 8 ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/06/2021; Data de Registro: 07/06/2021

3 TJSP; Agravo de Instrumento 2051025-86.2021.8.26.0000; Relator (a): Costa Netto; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 17 ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2022; Data de Registro: 31/01/2022

4 TJSP; Agravo de Instrumento 2161131-86.2019.8.26.0000; Relator (a): José Aparício Coelho Prado Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/02/2021; Data de Registro: 04/02/2021

5 TJSP; Agravo de Instrumento 2148309-65.2019.8.26.0000; Relator (a): Mario A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa – 4 ª V. CÍVEL; Data do Julgamento: 24/07/ 2019 ; Data de Registro: 24/07/2019

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2019109-97.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DAYCOVAL S/A e são agravados CINEMATOGRÁFICA LIMEIRA LTDA, EMPRESA SÃO LUIZ DE CINEMAS LTDA EPP, CINE ELI AMAZONAS CINEMAS LTDA, CINE ELI BAHIA CINEMAS LTDA, ELI SERGIPE CINEMAS LTDA, ELI PARQUE DE DIVERSÕES LTDA, ELI PARQUE DE DIVERSÕES LTDA, ELI PARQUE DE DIVERSÕES LTDA, EMPRESA SÃO LUIZ DE CINEMAS LTDA EPP, CINE ELI PARAÍBA CINEMAS LTDA, EMPRESA SAO LUIZ DE CINEMAS LTDA EPP, EMPRESA DE CINEMAS SÃO LUIZ LTDA. (CENTERPLEX), EMPRESA SÃO LUIZ DE CINEMAS LTDA EPP, EMELI PARTICIPAÇÕES EIRELI, NOMALI COMÉRCIO IMPORTAÇÃO LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA, MARANGUAPE CINEMAS LTDA, MAELIMAR PARTICIPAÇÕES LTDA, LAMASU PARTICIPAÇÕES LTDA, EMPRESA CINE SÃO LUIZ LTDA – EPP, EMPRESA CENTERPLEX DE CINEMAS LTDA, EMPRESA CENTERPLEX DE CINEMA LTDA (CENTERPLEX – SHOPPING PÁTIO MACEIÓ), EMPRESA DE CINEMAS FORTALEZA LTDA, EMPRESA DE CINEMAS FORTALEZA LTDA, EMPRESA DE CINEMAS FORTALEZA LTDA, EMPRESA DE CINEMAS FORTALEZA LTDA, EMPRESA DE CINEMAS FORTALEZA LTDA, CINE ELI PARAÍBA CINEMAS LTDA, CINEMATOGRÁFICA LIMEIRA LTDA (CENTERPLEX – CINE GUARAREMA), CINEMATOGRÁFICA NORDESTE LTDA, CINEMATOGRÁFICA NORDESTE LTDA, CINE ELI SP CINEMAS LTDA e CINE ELI PARAÍBA CINEMAS LTDA, EMPRESA CENTERPLEX DE CINEMAS LTDA e CINEMATOGRÁFICA LIMEIRA LTDA ("CENTERPLEX – DIADEMA").

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 35.541)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 1º de julho de 2022.

GRAVA BRAZIL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento – Recuperação Judicial – Decisão que, ao deferir o processamento da recuperação judicial das agravadas (Grupo Centerplex

Cinemas), determinou a suspensão, por 180 (cento e oitenta) dias, das execuções contra as recuperandas, "inclusive < daquelas > dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial" – Inconformismo do credor quirografário – Não acolhimento – Julgamento "extra petita" não configurado – Equivocada interpretação proposta pelo agravante – A razão de suspender, também, as execuções "dos credores particulares do sócio solidário", com origem em crédito sujeito ao concurso (segunda parte do inc. II, do art. 6º, da Lei n. 11.101/2005), é porque, em caso de falência, esse tipo de sócio, de responsabilidade ilimitada, também estará falido, nos moldes do art. 81, da lei de regência – Isso não quer dizer que, necessariamente, todo coobrigado (devedor solidário) será, também, sócio solidário, de responsabilidade ilimitada, portanto – Necessária distinção entre sócio solidário (caso do referido inc. II, do art. 6º, da lei de regência) e devedor solidário, que, nos termos do § 1º, do art. 49, do mesmo diploma legal, poderá, a rigor, ser demandado, independente da recuperação judicial da devedora principal – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

1 – Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em recuperação judicial de Cinematográfica Limeira Ltda. e Outras (Grupo Centerplex Cinemas), determinou a suspensão "pelo prazo de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial as execuções contra a recuperanda, inclusive daqueles dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial (...) ressalvadas as disposições dos §§ 1º, 2º, 7º-A e 7º-B do artigo 6º e §§ 3º e 4º do artigo 49 e inciso III do artigo 52 da LRF." (fls. 38/51).

Inconformado, o credor Banco Daycoval S.A. recorre a sustentar, em suma, que "a decisão incorreu em julgamento extra petita, já que decidiu questão diversa da que foi trazida à sua apreciação, nos termos do art. 492 do CPC".

Argumenta que "as garantias reais ou fidejussórias deverão ser preservadas nos termos do contrato, segundo prevê os artigos 50, §1º, e 59, ambos da Lei 11.101/05, circunstância que, conforme entendimento pacificado pela doutrina e jurisprudência pátria, possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções afora-

Acesso ao Sumário

das em desfavor de fiadores, avalistas, garantidores ou coobrigados em geral, sem qualquer suspensão".

Alega que "os credores do devedor principal em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso" sendo que "nem o pedido de recuperação judicial, tampouco a homologação do plano, suspendem ou extinguem a execução em face dos Coobrigados por se tratar de obrigação autônoma".

Requer, assim, a concessão do efeito suspensivo para que "sejam sustados os efeitos da decisão agravada em seu item 6, permitindo que o Agravante possa tomar as providências cabíveis em face dos coobrigados" e, ao final, o provimento do recurso para que possa ser permitida "a execução em face da avalista, sem qualquer interferência do Juízo Recuperacional".

O recurso foi processado sem o efeito pretendido (fls. 212/214). A contraminuta foi juntada a fls. 219/224. Manifestação da Administrador Judicial a fls. 226/231, opinando pelo desprovimento.

A r. decisão agravada e a prova da intimação encontram-se a fls. 38/51 e 52/59. O preparo foi recolhido (fls. 209/210).

Ouvido, o Ministério Público posicionou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 236/238).

É o relatório do necessário.

2 – Sem razão, o reclamo.

Aliás, fosse visto com maior rigor, sequer merecia conhecido, pois, como se verá adiante, o agravante equivoca-se ao interpretar o comando contido na r. decisão recorrida.

Afasta-se, desde logo, a preliminar de nulidade, por julgamento "extra petita".

É que, tal como afirmam, em coro, devedoras e Administradora Judicial, registrou-se, na inicial, pedido expresso de "suspensão de todas as ações ou execuções contra as empresas do GRUPO CENTERPLEX CINEMAS, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme artigo 6°, e artigo 52, inciso III, da Lei de Recuperação de Empresas" (item "f", fls. 117, da origem, grifo não original).

Mesmo que assim não fosse, a suspensão das execuções, "inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário", é decorrência legal do deferimento do processamento da recuperação judicial, previsto expressamente no art. 6º, inc. II, da Lei n. 11.101/2005.

No mérito, o que se extrai, das razões recursais, é, tal como percebido na recepção do recurso, "errônea interpretação do artigo supracitado" (fls. 214).

Assim dispõe o art. 6º, inc. II, da lei especial:

"Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da

Acesso ao Sumário

recuperação judicial implica:

(...)

II – suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;" (grifo não original)

É importante extrair, de tal comando, primeiro, que não há ordem genérica de suspensão de todas as execuções movidas contra o **sócio** solidário, mas, exatamente, daquelas movidas por "credores particulares do sócio solidário", com origem, exatamente, em crédito sujeito ao concurso.

Fazem-se parênteses, aqui, para observar que tal regra não adveio da última reforma, promovida pela Lei n. 14.112/2020, encontrando-se inserida, antes do seu advento, na parte final do art. 6º, que tinha a seguinte redação:

"Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário" (grifo não original)

E a razão de ser de tal regra é, simplesmente, porque, em caso de falência, o sócio solidário, ou seja, de responsabilidade ilimitada – caso, p.e., dos integrantes de sociedade em nome coletivo (art. 1.039, do CC) e dos comanditados (art. 1.045, do CC) –, será considerado, também, falido, nos termos do art. 81, da lei de regência.

Isso não quer dizer, todavia, que, necessariamente, todo coobrigado (**devedor** solidário) será sócio de responsabilidade ilimitada (**sócio** solidário).

Aliás, no caso dos autos, todas as sociedades integrantes do polo ativo estão organizadas sob a forma de sociedades limitadas, vigorando, pois, a limitação de responsabilidade dos sócios, segundo o valor das quotas, nos exatos termos dos arts. 1.052 e ss., do CC.

A errônea interpretação reside, portanto, na confusão entre **sócio** solidário, de que trata o inc. II, do art. 6º, da lei especial, e **devedor** solidário, que, de fato, nos termos do § 1º, do art. 49, do mesmo diploma legal, poderá, em tese – desde que não previsto de modo diverso no plano de recuperação e o respectivo credor tenha aquiescido à proposta –, ser demandado, independente da recuperação judicial da devedora principal, ou, melhor dizendo, da sociedade que integra.

Se, na maioria dos casos, o **devedor** solidário/coobrigado é sócio da devedora principal, em regime de recuperação judicial, não é apropriado dizer que sempre será **sócio** solidário, pois tal condição depende, como dito, da organização societária.

Com exatidão, assevera, Marcelo Barbosa Sacramone, a respeito do tema,

Acesso ao Sumário

que, "[considerado] também como falido < o sócio ilimitadamente responsável >, seus credores particulares devem se sujeitar à Massa Falida subjetiva, de modo que não poderão prosseguir com as execuções individuais, mas deverão ser habilitados no procedimento falimentar para serem satisfeitos pelo Juízo Universal". [1]

A doutrina de Manoel Justino Bezerra Filho não se desvia dessa trilha e assim exorta: "Não se perca de vista – o que tem levado a conclusões errôneas em leitura mais apressada – que a expressão *"credores particulares do sócio solidário"*, refere-se ao sócio de responsabilidade ilimitada e que, portanto responde em solidariedade com a sociedade empresária falida; além das ações e execuções ajuizadas a partir de obrigação de natureza empresarial, ficam suspensas também aquelas ajuizadas pelos credores particulares deste tipo de sócio, excetuando-se apenas a execução de dívida de alimentos, que goza de privilégios e cuja inadimplência pode acarretar a prisão do devedor." [2]

Vê-se, portanto, que a irresignação recursal volta-se contra partícula da r. decisão que, nos exatos termos da lei ("ipsis litteris"), deferiu o processamento da recuperação judicial das agravadas.

Por tais fundamentos, correta a r. decisão de que se recorre, é o caso de desprovimento do recurso.

3 – Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2146942- 98.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FUNDAÇÃO SÃO PAULO, é agravada ISABEL CRISTINA PAOLESCHI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.908)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA ROCHA (Presidente), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN E MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 14 de julho de 2022.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

1 Cf. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 3. ed., São Paulo, SaraivaJur, 2022, p. 95.

2 Cf. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo, 15ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 94.

Ementa: Ação de cobrança de mensalidades escolares – Fase de cumprimento de sentença – Pretensão de penhora de 20% do salário da executada – Inadmissibilidade, em razão do disposto no artigo 833, IV, do Código de Processo Civil e da constatação de que o salário da executada não é elevado, descartando-se a penhora de qualquer valor – Agravo não provido.

VOTO

Autora de ação de cobrança de mensalidades escolares, em fase de cumprimento de sentença, a agravante rebela-se contra decisão que indeferiu pedido de penhora de 20% dos rendimentos mensais da executada (fl. 27).

Sustenta que: a) a executada é funcionária do SENAI e auferiu renda de mais de R$60.000,00, em 2021, valor muito superior à média nacional; b) com a citada renda, ela é capaz de garantir a sua subsistência e cumprir obrigações assumidas com terceiros; c) deve ser determinada a penhora de 20% dos proventos líquidos da executada, para o abatimento da dívida de que trata o processo; d) o novo Código de Processo Civil não diz que salários são "absolutamente impenhoráveis", como o Código antigo, mas, apenas, "impenhoráveis"; e) a constrição de pequena porcentagem do salário da executada não afronta o artigo 805 do Código de Processo Civil e não acarretará prejuízo; e f) se admite a flexibilização da regra do artigo 833, IV, do Código de Processo Civil, em situações como a descrita nestes autos, para viabilizar a satisfação do direito de crédito do exequente. Pede, assim, a reforma da decisão.

Recurso tempestivo e preparado.

Sem resposta, por não haver prejuízo.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de mensalidades escolares vencidas no período de abril a junho de 2010, relativas ao curso superior de ciências econômicas, em fase de cumprimento de sentença.

Sentença proferida em 29.03.2017 (fls. 180/181 dos autos principais) julgou procedente o pedido formulado pela agravante, para condenar a agravada ao pagamento de R$7.870,59, corrigidos e acrescidos de juros e multa moratória calculados desde cada vencimento, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação.

A fase de cumprimento de sentença teve início em junho de 2017, quando a agravante requereu a intimação da agravada para o pagamento de R$13.810,35 (fls. 1/2 dos respectivos autos).

Em março de 2018, foram penhorados cerca de R$8.850,00 que estavam depositados em conta corrente da executada.

Acesso ao Sumário

A penhora foi integralmente levantada após o julgamento, por esta Câmara, do Agravo de Instrumento nº 2141080-88. 2018.8.26.0000, no dia 10.10.2018, por ter incidido sobre verba salarial e valor de empréstimo consignado obtido pela executada para o pagamento de tratamento odontológico urgente (fls. 190/200 dos autos principais).

Pedido de penhora de 10% dos rendimentos líquidos da executada chegou a ser deferido, em agosto de 2019 (fls. 227/228 dos autos do cumprimento de sentença), mas, pouco depois, a decisão foi reconsiderada (fls. 280/282, idem).

Agora, a exequente pediu a penhora de 20% dos rendimentos líquidos mensais da executada, o que foi indeferido, pela decisão agravada, sob o argumento de que a constrição poderia colocar em risco a subsistência dela e de sua família, considerando-se que o salário por ela recebido não é elevado, os "tempos atuais de pandemia" e o "aumento generalizado do preço dos insumos básicos" (fl. 27).

Analisando a questão, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "a impenhorabilidade de salários pode ser excepcionada quando for preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família" (Corte Especial, EREsp 1.582.475/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018) e, na mesma linha, que, "Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação de crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família" (Corte Especial, EREsp 1.518.169/DF, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. em 03/10/2018, DJe de 27/02/2019).

Mais recentemente, o mesmo Tribunal decidiu que "a regra geral da impenhorabilidade dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal poderá ser excepcionada, nos termos do art. 833, IV, c/c o § 2° do CPC/2015, quando se voltar: I) para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida; e II) para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a 50 salários mínimos mensais, ressalvando-se eventuais particularidades do caso concreto. Em qualquer circunstância, deverá ser preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família." (4ª Turma, AgInt no REsp 1866087/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 26/10/2021, DJe 03/11/2021).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido: AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.933.117/SC, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 2/6/2022; AgInt no REsp nº 1.883.207/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 13/6/2022, DJe de 21/6/2022; AgInt no REsp nº 1.914.296/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/6/2022, DJe de 28/6/2022; e AgInt no REsp nº 1.910.669/SE, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/6/2022, DJe de 29/6/2022.

Como se vê, o Superior Tribunal de Justiça só tem flexibilizado a regra do artigo 833, IV, do Código de Processo Civil, para admitir a penhora de salário, quando se trata de execução de verba alimentar, ou quando o valor recebido pelo executado supera cinquenta salários-mínimos, o que não é o caso dos autos, preservando-se, sempre, quantia capaz de lhe garantir a subsistência digna e a de sua família.

Neste caso, foi demonstrado que a executada trabalha como "analista de qualidade de vida", no SENAI, não é casada, tem um filho menor (fls. 462/469) e auferiu rendimentos líquidos mensais de R$3.374,63, em média, no período de outubro de 2021 a março de 2022, considerado, inclusive, o recebimento de adicional de férias, em janeiro de 2022 (fls. 505/506 e 536/547), importância que não é elevada e está muito distante da soma de 50 salários-mínimos.

A verdade é que a remuneração da executada, razoavelmente, não é capaz de suprir as necessidades dela e de sua família com sobra, ainda mais diante *do "aumento generalizado do preço dos insumos básicos"* em São Paulo, largamente divulgado pela imprensa e mencionado na decisão agravada (fl. 27).

Nesse cenário, o deferimento de penhora sobre o salário, qualquer que fosse o seu percentual, poderia prejudicar a subsistência da executada e de sua família, o que não se admite e conduz ao não provimento do recurso.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2096529-81.2022.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante JOSÉ ANDRÉ ANDRIA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado MARCOS CAVALCANTE DE MELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.372).**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 28 de julho de 2022.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação possessória e indenizatória. Deferimento da liminar. Insurgência. Ação movida por locatário em relação ao sublocatário. Ausência de interesse processual no pleito possessório. Sublocatário que não ostenta legitimidade para a ação de despejo, bastando ser notificado, estando sujeito à desocupação do imóvel nos autos daquela ação. Posse anterior do autor que não existiu. Processo extinto. Agravo prejudicado.

VOTO

Versam estes autos sobre agravo de instrumento interposto contra r. decisões proferidas nos autos da ação possessória e indenizatória movida por **MARCOS CAVALCANTE DE MELO**, em relação a **JOSÉ ANDRÉ ANDRIA**, que deferiu a liminar possessória.

Inconformado, o réu requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, o afastamento da liminar.

O agravo é tempestivo.

Concedi a assistência judiciária ao agravante.

Foi apresentada contraminuta.

É o relatório.

O agravado era locatário de imóvel sublocado ao ora agravante.

Nos autos da ação de despejo movida em relação ao locatário, foi proferida sentença que o condenou no pagamento dos alugueis até a desocupação, mesmo diante de sua alegação de que desistiu da locação antes do seu início, cedendo-a ao sublocatário agravante.

Na referida sentença, constou, ainda, que caberia ao locador mover ação possessória em relação ao sublocatário, tendo o locatário, também, interesse em mover ação visando à desocupação.

Tal sentença foi atacada por apelação ainda não distribuída.

No apelo, o agravado, novamente, alegou não ser o locatário e que, se condenado, a responsabilidade deveria ser limitada.

Moveu ele, agravado, então, esta ação possessória, em que foi concedida

Acesso ao Sumário

a liminar para a desocupação do imóvel.

O agravo foi inicialmente distribuído para a C. 11ª Câmara de Direito que dele não conheceu, apesar de, anteriormente, ter julgado o agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu a assistência judiciária ao agravado.

O processo deve ser extinto sem julgamento do mérito.

A extinção da locação implica de pleno direito a extinção da sublocação, conforme predica o art. 15 da Lei de Locação.

Por isso, o sublocatário legítimo não precisa ser réu na ação de despejo, bastando sua notificação para que, querendo, intervenha como assistente (art. 59, § 2º, da mesma lei).

A ordem de despejo é executável em relação a qualquer ocupante do imóvel, de modo que o ocupante clandestino ou sublocatário ilegítimo fica sujeito à desocupação.

Assim, um locatário de má-fé não terá êxito em eventual tentativa de impedir o despejo com a sublocação ou cessão do imóvel a terceiro sem a concordância do locador.

Menciono, a propósito, precedentes deste E. Tribunal:

> Locação de imóveis – Ação de despejo por falta de pagamento Demanda de locadora em face de locatários Fase de cumprimento de sentença Decisão que entendeu necessário o ajuizamento de ação de despejo em face dos sublocatários ante a ausência de cientificação destes na fase de conhecimento Reforma Necessidade Ação de despejo julgada procedente Sentença confirmada por V. Acórdão proferido por esta C. 30ª Câmara de Direito Privado – Relação de direito material entre locador e sublocatário – Inexistência – Contrato acessório que segue o principal Uma vez rescindida a locação, de rigor seja também declarada desfeita a sublocação, assegurado, porém, o direito de indenização do sublocatário em face do sublocador Inteligência do art. 15 da Lei de nº 8.245/91. Recurso da exequente provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 0250362-08.2012.8.26.0000; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/07/2013; Data de Registro: 18/07/2013).
>
> DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADO COM COBRANÇA Ação ajuizada pela locadora em face da locatária e do fiador – Determinação de emenda da inicial para inclusão do sublocatário no polo passivo Descabimento, diante da ausência de relação jurídica entre locador e sublocatário Necessidade, apenas, de cientificação do sublocatário do ajuizamento da ação, nos termos do artigo 59, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 8.245/91 – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2044809-22.2015.8.26.0000; Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2015; Data de Registro: 01/04/2015).

Acesso ao Sumário

Locação. Despejo. Cumprimento de sentença. Imóvel ocupado por terceiro, estranho à relação jurídica processual em que foi decretado o despejo da locatária. Ocupação ilegítima do imóvel. Ausência de obstáculo ao cumprimento da ordem de despejo. Alcance de quaisquer ocupantes do imóvel locado. Precedentes. Terceiro que se assemelha à condição de sublocatário ilegítimo. Notificação prévia. Irrelevância. Decisão reformada. Recurso provido. (0082427-06.2013.8.26.0000. Agravo de Instrumento / Locação de Imóvel. Relator(a): Hamid Bdine. Comarca: Pindamonhangaba. Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 09/10/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação de despejo por falta de pagamento, cumulada com cobrança de aluguéis, em fase de cumprimento de sentença Indeferida a expedição de mandado de despejo coercitivo Imóvel ocupado por terceira pessoa, estranha à lide, notificada quando da diligência infrutífera de citação do réu no local e, posteriormente, em cumprimento de mandado de notificação para desocupação voluntária do imóvel Ocupação irregular Cabimento do despejo coercitivo Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2059093-06.2013.8.26.0000; Relator (a): Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/02/2014; Data de Registro: 14/02/2014).

Desse modo, neste caso, a extinção da locação extinguiu, também, a sublocação, não tendo o agravado, locatário, interesse na desocupação do imóvel pelo agravante, pois a locadora poderá pleiteá-la nos autos da ação de despejo, o que ora se consigna sem prejuízo da análise da questão na apelação interposta pelo agravado naquele processo.

Se ele tivesse interesse da rescisão da sublocação, se ainda existente, e na desocupação do imóvel pelo agravante, a ação tampouco seria a possessória, mas, sim, a de despejo, adequada para a rescisão da sublocação.

Na ação de despejo movida em relação ao agravado, ele alegou que nem chegou a ser locatário, em razão da consentida cessão da sublocação, questões que serão examinadas na mencionada apelação.

Extingo, pois, o processo sem julgamento do mérito, por inadequação da via eleita, e condeno o autor no pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa que, em fevereiro de 2022, era de R$ 21.600,00, base de cálculo que será corrigida monetariamente de tal data, incidindo, sobre os honorários, juros de 1% ao mês do trânsito em julgado.

Julgo prejudicado o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2128521-60.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MIGUEL INÁCIO DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados WALTER CORREIA e MARCELO AUGUSTO CORREIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª 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 49.276)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente sem voto), FELIPE FERREIRA e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Direito de vizinhança – Ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença **– Sucessão processual – Questão anteriormente suscitada e analisada em acórdão pretérito da lavra desta C. Câmara – Agravo de instrumento não conhecido.**

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação indenizatória relativa a direito de vizinhança, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu pedido de substituição processual, posteriormente complementada em sede de embargos de declaração, revogando a ordem de penhora.

Sustenta o agravante, em síntese, que a empresa executada encontra-se extinta desde 16/05/2002, consoante distrato social arquivado na Junta Comercial de São Paulo. Assevera que a extinção da pessoa jurídica equipara-se à morte da pessoa natural, portanto, aplicável por analogia o art. 110 do CPC. Busca, por isso, a reforma da decisão de primeiro grau para que Marcelo Augusto Correia e Walter Correia sejam incluídos no polo passivo da execução.

Deferido o efeito suspensivo, o recurso foi regular e tempestivamente interposto e sem recolhimento de preparo em virtude da gratuidade processual anteriormente deferida.

Os agravados apresentaram contraminuta com preliminar de preclusão (fls. 29/32). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1) Observe-se preliminarmente que o cumprimento de sentença tramita na origem em autos digitais, razão pela qual será mencionada a numeração em primeiro grau (processo nº 0341664-71.1996.8.26.0100).

2) Em que pese a irresignação do agravante, o agravo não merece ser conhecido.

É necessário fazer uma breve retrospectiva dos fatos para melhor compreensão da controvérsia.

A sentença julgou procedente a ação indenizatória em 27/04/2001, com a condenação da ré em danos materiais e morais, além das verbas de sucumbência (fls. 573/583).

Acórdão pretérito da lavra da 3ª Câmara de Direito Privado, em sede de apelação (nº 262.249-4/2-00), da relatoria da Des. Carina Margarido, manteve a procedência da ação (fls. 636/642), sendo complementada pelo acolhimento dos embargos declaratórios (fls. 656/658). Inadmitidos recursos especial e extraordinário, o acórdão transitou em julgado em 24/03/2010 (fl. 901).

Após iniciado o cumprimento de sentença (fls. 908/912) e sem obter êxito na satisfação do título judicial, o autor pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica, noticiando posteriormente a dissolução voluntária da empresa, ocorrida em 16/05/2002, pugnando assim pela inclusão dos antigos sócios no polo passivo para responderem pelo débito exequendo (fl. 931/932).

Sucede que a matéria já foi anteriormente analisada por esta 26ª Câmara de Direito Privado, em sede de agravo de instrumento (nº 2184892-83.2018.8.26.0000):

> "A decisão agravada deferiu a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em ação indenizatória relativa a direito de vizinhança em fase de cumprimento de sentença.
>
> No caso dos autos, a desconsideração havia sido decretada em 2.015 e, na mesma decisão, deferido o Bacenjud dos sócios os quais, tomando conhecimento do bloqueio de valores, ofertaram impugnação insurgindo-se contra a desconsideração.
>
> Por decisão do juízo *a quo*, a matéria foi considerada preclusa e rejeitada a impugnação. Interposto o agravo de instrumento, o recurso foi provido e revogada a desconsideração.
>
> Logo após o trânsito em julgado, o exequente postulou novamente pela instauração do incidente, ainda que fundamentado no art. 1.110 do Código Civil, sustentando que são os ex-sócios sucessores das obrigações da empresa extinta, até o limite da soma por eles recebida por ocasião da liquidação e partilha dos bens e direitos da empresa.
>
> Ocorre que esse tema já fora suscitado e analisado no acórdão

Acesso ao Sumário

do agravo de instrumento anteriormente interposto (AI n. 2198100-71.2017.8.26.0000).

Com efeito ali restou decidido que:

Não consta dos autos peça alguma que demonstre o dolo, a má-fé, a malversação patrimonial ou a administração fraudulenta. Ainda que tenha havido infrutíferas buscas por bens e ativos financeiros, não se justifica a almejada desconsideração da personalidade jurídica.

O insucesso empresarial não dá azo à medida. Com efeito, a inexistência de ativos financeiros não é suficiente a uma medida drástica como esta sem haver demonstração inequívoca da utilização indevida da personalidade jurídica ou confusão e promiscuidade entre o patrimônio da empresa e o de seus sócios.

O agravado não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar a existência de atos de desvio de finalidade, abuso de direito ou má-fé dos administradores da empresa executada, com vistas ao benefício próprio e das pessoas físicas integrantes da sociedade e lesão a eventuais credores da empresa. Outrossim, não consta dos autos a confusão patrimonial entre a empresa e seus sócios e/ou administradores.

Ao contrário, conforme o distrato social (fls. 104/105), não houve partilha de ativos, daí não se podendo concluir pela existência de confusão patrimonial.

Nesse diapasão, sem demonstração das circunstâncias que dão ensejo à medida, a saber, reitere-se, a irregular dissolução, a fraude, a má-fé, o dolo ou a simulação, decorrente do uso da sociedade, de forma ilícita, em favor dos sócios e em detrimento de credores, não se justifica a desconsideração da personalidade jurídica.

E não há nos autos qualquer demonstração de alteração da situação fática ou de direito a embasar nova decisão sobre o mesmo tema.

Ora, se a desconsideração foi afastada por falta de comprovação de fraude, malversação, confusão patrimonial ou abuso de direito, como reconhecido naquele julgamento, não há que se falar em sucessão dos sócios até o limite da soma por eles recebida por ocasião da liquidação e partilha dos bens e direitos da empresa, neste ponto pretendendo o recurso revolver tema já objeto de decisão no mencionado agravo.

Aliás ali também restou destacado que "não houve partilha de ativos" conforme o distrato social.

Em suma, o recurso merece ser provido, devendo ser afastada a determinação de instauração de novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, por esses fundamentos, dou provimento ao agravo". GRIFEI

Daí por que o digno magistrado rejeitou o pedido do exequente, nos seguintes termos:

> "... a despeito da tese da substituição processual em casos de extinção ou 'morte' da empresa, encampada pelo C. Superior Tribunal de Justiça e em parte pelo E. Tribunal de Justiça Paulista, não se trouxe aos autos a PROVA NOVA, referida inclusive, como condição no acórdão juntado. Aliás, nada foi juntado aos autos após o primeiro acórdão que afastou a desconsideração.
>
> Portanto, fica indeferido o pedido" (fls. 1306/1307). GRIFEI

Assim, uma vez examinada a matéria e sem a apresentação de elementos novos, a questão não pode ser novamente debatida, sob pena de violação ao art. 505 do CPC.

Nesse contexto, outra não poderia ser a solução adotada senão o indeferimento do pedido de substituição processual, a qual versava sobre o mesmo assunto anteriormente decidido nos autos.

As demais questões suscitadas em razões recursais não modificariam o convencimento do julgador, sendo desnecessário seu enfrentamento pontual.

Pelo exposto, por esses fundamentos, não conheço do agravo, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2293826-33.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EVA ZUKERMAN (ESPÓLIO), é agravada VERA ZUKERMAN GUENDLER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.573)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

FÁBIO QUADROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Exigir contas. Decisão que acenou que embora o encargo tenha caráter pessoal, a ação deverá ter continuidade em face dos sucessores até o limite da herança, em razão dos reflexos patrimoniais. Insurgência. Admissibilidade. V. Acórdão do C. STJ que aponta a possibilidade da continuidade da ação em face dos sucessores, porém desde que encerrada a instrução, antes do falecimento do inventariante. Falecida que não conseguiu apresentar todos os documentos solicitados pelo Juízo. Ausência de encerramento da instrução. Ação que deve ser extinção, sem análise do mérito, nos termos do artigo 485, IX, do CPC. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **ESPÓLIO DE EVA ZUKERMAN,** nos autos da ação de exigir contas (processo nº 1015965-94.2020.8.26.0100) movida por **VERA ZUKERMAN GUENDLER**, contra a decisão de fls. 794 (autos principais), que acenou que embora o encargo tenha caráter pessoal, há reflexos patrimoniais, de forma que os sucessores respondem no limite da herança.

Alega o agravante que a Sra. Eva Zukerman foi casada pelo regime da comunhão universal de bens com Eliova Zukerman desde 24 de junho de 1952 até o falecimento no dia 03 de junho de 2016 e que o Sr. Eliová, em testamento registrado deixou todo o seu patrimônio disponível para a esposa Eva Zukerman. Informa que do referido casamento nasceram 3 (três) filhas, maiores e capazes Helena, Vera e Célia.

Afirma que nos autos do Inventário dos bens deixados por Eliova Zukerman, a Sra. Eva Zukerman foi nomeada inventariante, cumprindo com as determinações do Juízo, bem como prestou contas administrativas, distribuídas por dependência aos autos do Inventário. Porém, antes da homologação da prestação de contas administrativa, a Sra. Eva Zukerman veio a falecer em dia 03 de julho de 2021, sendo requerido pelas filhas Helena e Célia, a extinção do processo, nos termos do artigo 485, IX do Código de Processo Civil.

Enfatiza que a prestação de contas de obrigação da inventariante é personalíssima, pois com o falecimento da inventariante, a prestação de contas de obrigação da viúva/inventariante perdeu o objeto e que eventual diminuição no patrimônio da mãe não fará qualquer diferença entre as filhas, que herdam em igualdade de condições.

Por este motivo, pleiteia a reforma da r. decisão para que seja extinto o

Acesso ao Sumário

processo administrativo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IX do Código de Processo Civil.

Por fim, requer a concessão do efeito suspensivo.

A liminar foi deferida às fls. 20/22. A Agravada apresentou contra-minuta (fls. 26/35).

É o relatório.

Consta nos autos que a falecida Sra. Eva Zukerman apresentou o incidente no bojo do inventário de bens de Eliova Zukerman objetivando a apresentação das contas relativas à administração do espólio, durante sua inventariança no período de fevereiro/2018 até abril/2019 (fls. 428/526 – autos principais).

No entanto, a Contadoria Judicial apontou a necessidade de apresentação de novos documentos e comprovantes (fls. 527/528 autos principais), mas a inventariante Eva veio a falecer antes do cumprimento integral dos apontamentos da Contadoria Judicial (714/717 – autos principais).

Diante de tal apontamento, o douto Juízo a quo afastou a tese de que a ação é personalíssima, bem como a extinção do feito, determinando o prosseguimento da ação em face das sucessoras da Sra. Eva.

Pois bem.

O recurso merece prosperar.

Ora, convém consignar que o falecimento superveniente da Sra. Eva a quem caberia prestar as contas não acarreta, obrigatoriamente, a extinção sem resolução do mérito da ação de prestação de contas, em especial nas situações em que houve a possibilidade da parte apresentar todos os documentos devidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido, v. acórdão do C. Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INVENTÁRIO. FALECIMENTO DO INVENTARIANTE. DESNECESSIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO AUTÔNOMA. PRESTAÇÃO DE CONTAS EM APENSO AO INVENTÁRIO. DIREITO DE EXIGIR CONTAS E DEVER PRESTAR CONTAS QUE DECORREM DA LEI. TRANSMISSIBILIDADE DA AÇÃO EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DO INVENTARIANTE. POSSIBILIDADE. ATIVIDADE COGNITIVA E INSTRUTÓRIA NA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS ANTES DO FALECIMENTO. APURAÇÃO DE CRÉDITO, DÉBITO OU SALDO QUE MODIFICAM O CARÁTER DA AÇÃO, DE PERSONALÍSSIMA PARA ESSENCIALMENTE PATRIMONIAL. SUCESSÃO PELOS HERDEIROS. POSSIBILIDADE.

1- Ação distribuída em 18/03/2010. Recurso especial interposto em 20/04/2017 e atribuídos à Relatora em 12/04/2018.

2- O propósito recursal é definir se a ação de prestação de contas deve

ser extinta sem resolução de mérito em virtude do falecimento, durante a tramitação da ação, do sujeito passivo legitimado a prestá-las.

3- A prestação de contas decorrente de relação jurídica de inventariança não deve observar o procedimento especial bifásico previsto para a ação autônoma de prestação de contas, na medida em que se dispensa a primeira fase – acertamento da legitimação processual consubstanciada na existência do direito de exigir ou prestar contas – porque, no inventário, o dever de prestar contas decorre de expressa previsão legal (art. 991, VII, do CPC/73; art. 618, VII, do CPC/15) e deve ser prestado em apenso ao inventário (art. 919, 1ª parte, do CPC/73; art. 553, caput, do CPC/15).

4- Tendo sido realizada, na ação autônoma de prestação de contas, atividade cognitiva e instrutória suficiente para a verificação acerca da existência de crédito, débito ou saldo, revela-se irrelevante, para fins de transmissibilidade da ação, que tenha havido o posterior falecimento do inventariante, pois, a partir do referido momento, a ação de prestação de contas modifica a sua natureza personalíssima para um caráter marcadamente patrimonial passível de sucessão processual pelos herdeiros. Precedentes.

5- Na hipótese, foi ajuizada ação autônoma de prestação de contas em face de inventariante que, citado, reconheceu o dever de prestar contas e limitou a sua defesa ao fato de que os títulos da dívida agrária que deveriam ser objeto de partilha não mais existiriam, circunstância fática não corroborada pela prova documental produzida antes do falecimento do inventariante, não se devendo confundir a relação jurídica de direito material consubstanciada na inventariança, que evidentemente se extinguiu com o falecimento da parte, com a relação jurídica de direito processual em que se pleiteia aferir se o inventariante exerceu adequadamente seu encargo, passível de sucessão processual pelos herdeiros.

6- Recurso especial conhecido e provido" (REsp 1776035/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 19/06/2020).

No entanto, no referido v. acórdão, a douta Ministra Nancy Andrighi, bem assevera que :

"(...) 10) Na prestação de contas decorrente da inventariança, todavia, é absolutamente despicienda a definição, que ocorre na primeira fase da ação autônoma, acerca da existência ou não do dever de prestar contas, que, na hipótese do inventário, é previamente definido pela lei (art. 991, VII, do CPC/73; art. 618, VII, do CPC/15).

(...) Na hipótese, por exemplo, foi produzida, em regular e exauriente contraditório, um farto acervo de provas documentais relacionadas ao tempo da inventariança e houve o reconhecimento judicial da existência de débito do

Acesso ao Sumário

inventariante em relação aos herdeiros, de modo que a lide assumiu, evidentemente, aspecto essencialmente patrimonial – marcante na segunda fase da ação autônoma de prestação de contas – de modo que, a partir desse momento, a atividade jurisdicional não mais dependia das informações ou dos dados que somente o inventariante possuía, na medida em que as apresentou.

14) Em situações análogas, assim se pronunciou esta Corte, admitindo a possibilidade de sucessão dos herdeiros na ação autônoma de prestação de contas quando o falecimento do gestor de negócios alheios ocorre após o encerramento da atividade instrutória, momento em que a ação assume aspecto essencialmente patrimonial e não mais personalíssimo". (grifos nossos)

Diante de tais apontamentos, é possível afirmar que a ação terá prosseguimento em face dos sucessores apenas se o falecimento do inventariante tiver ocorrido após o encerramento da atividade instrutória, ou seja, com a apresentação de todos os documentos necessários.

No entanto, compulsando os autos, verifica-se que a falecida Sra. Eva não conseguiu entregar todos os documentos solicitados pelo Juízo, ou seja, não houve o encerramento da atividade instrutória.

Logo, no caso telado, não é possível transferir para as agravantes a obrigação de prestar contas, tendo em vista que não foi apresentada a documentação necessária para o encerramento da instrução. Deste modo, clara está a necessidade de extinção da ação.

E mais não é preciso dizer para declarar extinta a ação de prestação de contas, sem análise do mérito, nos termos do artigo 485, IX do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2094729-18.2022.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravado MARIANA TAMBASCO PICCOLO.

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 23.671)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CÉSAR PEIXO-

Acesso ao Sumário

TO (Presidente), PIVA RODRIGUES e VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE.

São Paulo, 5 de agosto de 2022.

CÉSAR PEIXOTO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Decisão interlocutória que, no curso de ação cominatória, deferiu a tutela de urgência, determinando a disponibilização e custeio do medicamento INOTUZUMAB [BESPONSA] para o tratamento do quadro de leucemia linfoide tipo B, sob pena de multa diária – Probabilidade do direito e perigo de dano configurados, art. 300 do Código de Processo Civil – Providência indispensável e ínsita ao tratamento da moléstia – Medicamento registrado perante a ANVISA – Descabimento da negativa com fundamento no uso *off label* – Incidência da Súmula n. 95 do Tribunal de Justiça de São Paulo – Diretrizes da agência reguladora do setor – Ausência de efeitos vinculantes do juízo, tampouco eficácia de lei imperativa – Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado contra decisão interlocutória que, no curso de ação cominatória, deferiu a tutela de urgência, determinando a disponibilização e custeio do medicamento INOTUZUMAB [BESPONSA] para o tratamento do quadro de leucemia linfoide tipo B, sob pena de multa de R$ 1.000,00 por dia de transgressão, limitada a R$ 50.000,00, objetivando, em síntese, o reexame e a reversão do julgado com fundamento, em resumo, na legitimidade da negativa, na taxatividade do rol da ANS, na caracterização do uso *off label* do medicamento e na necessidade de observância às normas técnicas da agência reguladora.

Tempestivo, preparado, denegado o efeito suspensivo, sobreveio contraminuta e parecer do Ministério Público opinando pelo desprovimento do recurso.

Na espécie foram satisfeitos os pressupostos do art. 300 do Código de Processo Civil, daí a legalidade da concessão da medida liminar à vista da demonstração da probabilidade do direito alegado, já que o relatório médico juntado aos autos demonstra a necessidade de disponibilização do medicamento INOTUZUMAB [BESPONSA], para o tratamento da moléstia apresentada pela beneficiária, que apresenta quadro de leucemia linfoide tipo B, págs. 20/22 dos

Acesso ao Sumário

autos principais.

Isso porque foi ilegítima a recusa sob a tese do uso *off label*, tendo em vista que o fármaco em questão possui comercialização autorizada pela ANVISA[1], a despeito da existência de restrição quanto a faixa etária na bula, o que não indica que a sua utilização em crianças seja incorreto, conforme pontuado pela própria agência reguladora em seu sítio eletrônico[2], tornando descabida a tentativa de ingerência da operadora ré na ciência da medicina no intuito de suplantar a recomendação exclusiva do profissional médico que acompanha a evolução da moléstia.

Por conseguinte, incidiu na hipótese o enunciado da Súmula n. 95 do Tribunal de Justiça de São Paulo[3], sendo que o perigo de dano decorreu do risco de progressão da doença grave que acomete a agravada, notadamente pelo insucesso dos diversos tratamentos já realizados, conforme as informações constantes no relatório médico.

Outrossim, sempre com augusto respeito aos eloquentes entendimentos dissidentes, foi sem relevância prática para o resultado a discussão sobre o conteúdo taxativo, ou meramente exemplificativo, das diretrizes expedidas pela agência governamental reguladora do setor suplementar [ANS], quer pela ausência de eficácia de lei dotada de imperatividade, na acepção técnica do termo, quer pela falta de caráter vinculante ao juízo das posturas administrativas, de hierarquia baixa, neutralizando os argumentos articulados, mesmo porque sequer houve o trânsito em julgado dos recentes precedentes da instância especial envolvendo o tema [EREsp 1.886.929 e EREsp 1.889.704].

Do exposto, pelo meu voto, nego provimento.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 447)

Acompanho o voto do eminente Relator no sentido de que se mantenha a r. decisão agravada, cuidando apenas de, respeitosamente, fazer, por meio desta declaração de voto convergente, adscrever alguns aspectos e fundamentos jurídicos que se me afiguram de relevo, em razão sobretudo de novel lei federal.

A Ciência Médica tem evoluído de modo considerável nos últimos tempos, descobrindo e revelando novos medicamentos, procedimentos e técnicas, cuja eficácia vem sendo confirmada por consistentes estudos científicos, publicados em autorizadas revistas científicas. Surgem, portanto, com acentuada frequência, novas descobertas na área da Medicina, que passam a ser incorporadas aos tratamentos médicos, tão logo os estudos são publicados nessas

Acesso ao Sumário

1 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 15.07.22.

2 Disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em: 15.07.22.

3 **Súmula n. 95 do TJSP** – Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

revistas científicas, fonte de consulta frequente pelos médicos em geral, que, conhecendo desses estudos, adotam novos medicamentos, materiais e novéis procedimentos no tratamento de seus pacientes.

Com o avanço da Ciência Médica tem se tornado algo frequente que um medicamento seja objeto de experimentação científica para o tratamento de outras doenças, além daquelas para o qual fora produzido e aprovado pela agência reguladora. Em muitos casos, essa utilização experimental revela excelentes resultados clínicos, o que acaba por ampliar o rol das patologias, de modo que o uso "off label" acaba conduzindo à aprovação do medicamento para doenças inicialmente não abarcadas na finalidade do medicamento. Considere-se que em muitos casos consome-se tempo excessivo até que a agência reguladora aprove o uso do medicamento para outras patologias, embora a eficácia do medicamento ao tratamento delas tenha sido alcançada em diversos casos, comprovados cientificamente.

Impor ao paciente que aguarde por essa aprovação da agência reguladora ou que se submeta, sem mais, ao rol de procedimentos da agência reguladora, negando a cobertura contratual, quando o médico que preside o tratamento prescreve esse medicamento como indispensável ao controle de uma doença grave, é colocar a esfera jurídica do paciente (usuário do plano de saúde) aquém de uma proteção mínima razoável.

Digno de nota que a Ciência Médica não é, obviamente, uma ciência estática, senão que mui dinâmica, aspecto que sempre deve ser considerado quando se interpretam normas que prevejam a cobertura contratual, pensadas e firmadas essas normas em um determinado tempo e para um determinado estágio da Medicina, sem poder legitimamente obstar que se incorporem, e que se devam incorporar novas técnicas e procedimentos médicos, quando comprovadamente eficazes. A intepretação de normas desses tipos de contrato deve ser feita nomeadamente considerando esse imanente aspecto ditado pela evolução científica.

O artigo 196 da Constituição de 1988 garante, pois, ao paciente o melhor tratamento médico possível, o que evidentemente abarca o direito de se utilizar das técnicas médicas mais aprimoradas. Esse é o conteúdo que se deve extrair desse direito fundamental, constituindo aqui um imperativo de tutela, funcionando como importante material hermenêutico, para que possamos interpretar as regras contratuais que vinculam as partes contratantes.

Destarte, havendo um procedimento que tem sido prescrito, ainda que em uso "off label", comprovada sua eficácia, tanto assim que indicado por orientação médica, daí resulta que, desobrigar a ré de propiciar o acesso a esse tratamento é colocar a esfera jurídica desse paciente aquém de uma proteção jurídica mínima e razoável, o que, sobre não se harmonizar com o espírito e finalidade do contrato firmado entre as partes (que é o de propiciar o melhor tratamento

Acesso ao Sumário

médico disponível), desconsidera que essa proteção, porque imposta pelo artigo 196 da Constituição da República, constitui um imperativo de tutela, associado como deve ser ao princípio de uma proteção jurídica mínima.

A propósito, há fato relevante, qual seja, o de que recentemente entrou em vigor a lei federal 14.313, que reconhece o direito dos pacientes da rede de saúde pública ao acesso a medicamentos de uso "off label", o que é de se aplicar, por analogia, aos usuários de planos privados de saúde.

É certo que a agravante quer se amparar em um ato normativo emanado da agência reguladora, para negar a cobertura contratual do medicamento prescrito à agravada, necessário ao tratamento. Mas essa posição não subsiste. Duas ordens de argumentos devem ser aqui consideradas.

O primeiro argumento é de que não cabe à ANS estabelecer, com força normativa incidente sobre contratos, **quais medicamentos e tratamentos médicos podem ou não ser excluídos automaticamente.** Se olharmos com a atenção devida ao que estatui a lei federal 9.961/2000, sobretudo a seus artigos 3º. e 4º., veremos que a ANS avança indevidamente além de suas atribuições institucionais quando define que **determinado medicamento** não possa, em um caso específico, estar ou não abarcado na cobertura de um contrato de plano de saúde. Suas funções institucionais são outras, e aliás buscam manter um equilíbrio entre consumidores e as operadoras do plano de saúde, sem poder interferir diretamente em favor de uma ou outra posição contratual. De resto, o interesse público não justificaria uma intervenção dessa natureza sobre um contrato de natureza privada, sobretudo agora em face da referida novei lei que garante o acesso dos pacientes a medicamentos "off label".

O segundo argumento é de que ainda que autorização legal houvesse à ANS para, normativamente, regular que medicamentos e procedimentos podem, de modo geral, ser excluídos, isso não poderia, como não pode elidir a análise do caso em concreto, ou seja, a análise das cláusulas contratuais, as quais, como ora se enfatiza, devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com imperativos de tutela, atuando estes como importante material hermenêutico. E por óbvio, a ANS deve se curvar a normas constitucionais, tanto quanto as operadoras do plano de saúde.

Com a aproximação do Direito Civil à Constituição, tornou-se óbvio que a liberdade contratual não é absoluta, pois que deve ceder passo quando imperativos de tutela projetam um conteúdo hermenêutico que influencia a interpretação de normas contratuais, afetando, em consequência, a liberdade contratual, que pode ser legitimamente coarctada, quando a intepretação das cláusulas contratuais isso impõe, como neste caso, porque se reconhece em favor da agravada seja tratada de acordo com a melhor técnica médica possível, e dentro da cobertura contratual.

Acesso ao Sumário

De relevo observar que o egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria de votos, mas sem dotar de efeito vinculante a sua decisão, que a lista de procedimentos fixada pela agência reguladora é, em tese, taxativa, com o que aquele Tribunal de superposição quis enfatizar que se devam considerar as circunstâncias de cada caso em concreto, cabendo aos juízes e tribunais ponderar as posições jurídicas em conflito com base nessas circunstâncias e são elas que, efetivamente, permitem definir qual a posição jurídica que deve prevalecer, e qual aquela que deverá, no caso em concreto, ser sacrificada, em uma análise que deve levar em consideração sobretudo a gravidade da doença e a urgência no procedimento prescrito.

Sobreleva também considerar que a relação jurídico-material objeto desta demanda está sob a proteção do Código de Defesa do Consumidor, cujos princípios e regras robustecem o resultado da ponderação entre os interesses aqui em conflito.

Pelo meu voto, acompanho o eminente Desembargador Relator, por entender, tanto quanto ele, que a este agravo de instrumento deve-se negar provimento, para manter, em seu integral conteúdo, a r. decisão agravada.

VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE, Terceiro Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069027-70.2022.8.26.0000, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é agravante INÁCIO SOARES FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados BANCO AGIBANK S/A e BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.641)**

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

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência de relação contratual e débito c.c repetição de indébito e indenização por danos morais. Tutela de urgência indefe-

Acesso ao Sumário

rida. Pedido de suspensão da cobrança das parcelas dos contratos de empréstimos consignados. Negativa da relação contratual. Admissibilidade da concessão da tutela. Multa a ser arbitrada pelo descumprimento. Valor que deve observar os critérios de prudência, razoabilidade e proporcionalidade, ausente enriquecimento sem causa do autor. Incidência por ato de descumprimento. Reforma da decisão quanto ao Banco Bradesco S/A. Em relação ao Banco Agibank S/A, não revelados descontos de parcelas de empréstimos no benefício previdenciário do autor. Ausência de verossimilhança. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de fls. 50/51 dos autos principais, que, em ação declaratória de inexistência de relação contratual e débito c.c repetição de indébito e indenização por danos morais, indeferiu a tutela de urgência.

Recorre o autor.

Alega a presença dos requisitos para a concessão da tutela; que nega as relações contratuais; que os valores descontados comprometem sua subsistência; que demorou a compreender a situação e logo que percebeu os descontos indevidos, buscou administrativamente a solução através do PROCON; que ressaltou na exordial que não houve depósito dos valores dos empréstimos em sua conta; que juntou nos autos os extratos de sua conta que possuía e solicitou a inversão do ônus probatório e os extratos via PROCON.

A liminar foi deferida no seguinte sentido: *"determina-se que os bancos réus, ora agravados, se abstenham de efetuar descontos no benefício previdenciário do autor referentes aos empréstimos consignados impugnados, sob pena de multa por ato de descumprimento de R$ 200,00, limitada ao valor dos contratos, no prazo de dez dias, obstando a liberação da margem, a despeito da cessação dos descontos, de forma a evitar o comprometimento da renda do autor com outros empréstimos da mesma modalidade, até julgamento final do recurso.",* fl. 64.

Em juízo de admissibilidade verifica-se que o recurso é tempestivo e foi regularmente processado, com resposta do Banco Bradesco S/A às fls. 69/72.

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu a tutela de urgência.

A tutela de urgência visava determinar que se suspenda a cobrança das

parcelas dos contratos de empréstimos consignados junto ao Banco Agibank S/A e Banco Bradesco S/A.

O autor insiste que não celebrou os contratos com os Bancos-réus e nega a relação jurídica de maneira veemente.

Não é possível a produção de prova negativa, sendo as relações contestadas, e o autor menciona que os valores dos empréstimos não foram depositados em conta, onde recebe o benefício previdenciário, trazendo extratos. Observa-se, ainda, que a medida é reversível.

Verifica-se que, inobstante o autor não tenha especificado na inicial quais os contratos que pretende impugnar, pelo extrato do INSS de fls. 26/27, foi celebrado com o Banco Bradesco S/A o contrato n. 812611247, com inclusão no sistema em 08.08.2019, com parcelas no valor de R$ 187,46, na quantia total de R$ 7.196,73.

Não se verifica de tal documento inclusão no sistema do INSS de qualquer contrato com o Agibank S/A, explicando somente o autor é que este seria um intermediador, o que teria foi constatado pelo PROCON; porém, os documentos de fls. 17/25 nada revelam a respeito. Assim, a tutela não pode ser concedida em relação ao Banco Agibank S/A, faltando verossimilhança nas alegações. A questão sobre sua legitimidade passiva é objeto de discussão em primeiro grau e não pode ser aqui adiantada.

Desta forma, em relação ao Banco Bradesco S/A, presentes os requisitos, há que ser mesmo concedida a tutela de urgência para suspensão da cobrança das parcelas.

Em caso de descumprimento necessária a fixação da multa.

A fixação das astreintes tem por escopo o desestímulo pelo descumprimento das decisões judiciais e visa também coagir o demandado a cumprir o que foi determinado pelo juízo (dar efetividade à decisão), o que decorre do poder geral de cautela.

Condiz com os preceitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, a saber:

> "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]
>
> IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...]
>
> "Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
>
> Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas

Acesso ao Sumário

referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber".

E mais, o art. 497, que dispõe:

"Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.".

Dispõe a doutrina:

"Para que a sentença mandamental tenha força persuasiva suficiente para coagir alguém a fazer ou não fazer, realizando, assim a tutela prometida pelo direito material, permite-se ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa coercitiva – astreintes (art. 461, §§ 4º e 6º, CPC). A finalidade da multa é coagir o demandado ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade do réu, destinada a convencê-lo a cumprir a ordem jurisdicional.[...] É possível a aplicação de multa coercitiva para constranger ao cumprimento de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, sempre que neles se impor a observância de um fazer ou não fazer. É possível aplicar multa coercitiva para outorgar efetividade à tutela antecipatória, à tutela cautelar ou tutelas finais. Do ponto de vista do direito material, cabe aplicação de multa coercitiva para o cumprimento de fazer ou não fazer fungíveis ou infungíveis (STJ, 1º Turma, REsp 893.041/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 05.12.2006, DJ 14.12.2006, p. 329)" (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, São Paulo: Editora RT, pg. 429/430).

A multa tem força coercitiva para obrigar o cumprimento e tem caráter preventivo, pois evita que haja desobediência à ordem judicial sem, contudo, acarretar enriquecimento sem causa.

Nesta linha, a orientação do e. STJ:

"[...] 1. É verdade que, para a consecução da "tutela específica", entendida essa como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas astreintes, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta. ***2. No tocante especificamente ao balizamento de seus valores, são dois os principais vetores de ponderação: a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as astreintes devem ser suficientemente persuasivas; e b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo.*** *3. O* ***arbitramento da multa coercitiva*** *e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das*

Acesso ao Sumário

*circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: **i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss)**.[...]"* (Ag Int nos EDcl no AREsp 1549592/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 18/02/2020).

E ainda, há jurisprudência deste Tribunal sobre este assunto:

"TUTELA DE URGÊNCIA – Empréstimos bancários – Tutela de urgência – Impedimento de descontos de empréstimo incidentes sobre proventos de aposentadoria impugnação das assinaturas lançadas nos instrumentos contratuais apresentados – Questão que, em cognição compatível com o momento processual, revela bom direito por parte da autora, diante da existência de preceitos legais e constitucionais que amparam o salário – Concessão – Possibilidade: ASTREINTES – Tutela de urgência – Fixação de multa cominatória para a hipótese de descumprimento de decisão judicial – Valor fixado em patamar adequado – Enriquecimento sem causa – Inexistência: – É possível a fixação de multa cominatória como estímulo ao cumprimento de tutela de urgência deferida para a cessação de cobrança indevida e abstenção de incluir o nome do agravado no cadastro de inadimplentes, quando fixada em patamar adequado, que não implicará enriquecimento sem causa. RECURSO NÃO PROVIDO" (TJ/SP; Agravo de Instrumento 2279256-13.2019.8.26.0000; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 05/03/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA LIMITAÇÃO DE DESCONTOS SERVIDOR PÚBLICO – Descontos em conta corrente e em folha de pagamento – Pretensão de reforma do capítulo da decisão que deferiu pedido de tutela provisória de urgência [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO MULTA COERCITIVA – Pretensão de reforma do capítulo da r. decisão que determinou a incidência diária de astreintes para o caso de descumprimento da determinação judicial – Descabimento – Hipótese em que a multa deve ser utilizada como meio coercitivo que garanta o efetivo cumprimento da ordem judicial – RECURSO DESPROVIDO NESSA PARTE" (TJ/SP; Agravo de Instrumento 2270577-24.2019.8.26.0000; Relator(a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 01/03/2020).

"TUTELA DE URGÊNCIA – Pleito para cessar os descontos no benefício previdenciário da autora – Contrato não reconhecido – Deferimento – Inconformismo com a fixação de multa – Ausência de ilegalidade – Finalidade compulsiva da astreinte para impor o cumprimento da obrigação – Abusividade inexistente – Valor que se revela adequado ao fim pretendido – Fixação de limi-

Acesso ao Sumário

te na multa imposta – Recurso não provido, com anotação" (TJ/SP; Agravo de Instrumento 2259261-14.2019.8.26.0000; Relator(a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 27/01/2020).

Nesse passo, a lei conferiu discricionariedade ao julgador para a fixação da multa em quantia condizente a assegurar o efetivo cumprimento de decisão judicial.

Assim, mostra-se razoável a quantia de R$ 200,00 por ato de descumprimento, limitada ao valor do contrato. Valor que se coaduna com os critérios de prudência, proporcionalidade e razoabilidade, não configurando, em absoluto, valor que implique enriquecimento sem causa do agravante.

Basta que o Banco cumpra a ordem judicial para que a multa não incida.

No tocante à forma de incidência da multa, com efeito, as astreintes visam o cumprimento da tutela de urgência e, assim, mostra-se razoável o valor arbitrado corresponder ao valor de cada cobrança da parcela, ou seja, por ato desatendido e não multa diária. A fixação, em termos tais, bem atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, evitando circunstância que poderia resultar em enriquecimento indevido da parte beneficiada, o que não se admite.

Neste sentido a jurisprudência, desta C. Câmara inclusive:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO Tutela de urgência deferida para limitar os descontos a 30% dos vencimentos líquidos do autor, sob pena de multa de R$ 500,00 por ato de descumprimento – Aplicação analógica da Lei n. 10.820/2003 – Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça – Limitação da margem consignada que engloba tanto os descontos em folha de pagamento como em conta corrente – Astreintes – A multa é medida adequada para alcançar a finalidade coercitiva – Art. 536, § 1º, do CPC/2015 – Prejuízo que só será experimentado em caso de descumprimento do decisum – Multa diária – Incompatibilidade com as peculiaridades do caso em tela – Incidência da multa por ato de descumprimento que se adequa melhor à espécie de sorte a evitar o locupletamento indevido Inteligência do art. 537, § 1º, do CPC/2015 – Fixação de seu valor em R$ 1.000,00 por ato de desobediência ao comando judicial Inexistência de "reformatio in pejus" dada a alteração da periodicidade da astreinte – Multa aplicada sem imposição de teto – Limitação necessária para não ensejar enriquecimento sem causa – Limite máximo de R$ 15.000,00 – Decisão parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido." (Agravo de Instrumento nº 2005236-35.2019.8.26.0000, Relª. Desª. Jonize Sacchi de Oliveira, julg 18/03/2019).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Empréstimo consignado – Percentual dos descontos que deve se limitar a 30% dos vencimentos líquidos da parte devedora para o pagamento das parcelas do empréstimo Precedentes do C. STJ – Liquidação do contrato não comprovada, mantendo-se a legitimidade

Acesso ao Sumário

da recorrente até que se demonstre o contrário. ASTREINTES – Observância dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade – Multa diária de R$ 500,00 para caso de descumprimento de obrigação consistente em abstenção de descontar valores que superem 30% dos rendimentos líquidos da agravada – Montante que não se revela ser desproporcional ou não razoável diante da questão em discussão – Obrigação cuja periodicidade é mensal, apresentando-se inadequada a multa diária – Recurso parcialmente provido a fim de fixar a multa por ato de infração e não diária." (Agravo de Instrumento nº 2017542-36.2019.8.26.0000, Rel. Des. Mendes Pereira, julg. 18/02/2019)

*"APELAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – Pretensão de reforma da r. sentença que julgou procedentes pedido de declaração de inexistência de débito, de devolução de valores e de indenização por dano moral – Descabimento – Hipótese em que, em se tratando de uma relação de consumo, cabia ao banco réu demonstrar a regularidade da contratação, negada pela autora – Alegação genérica de regularidade da operação que não pode ser acolhida – Má prestação dos serviços – Responsabilidade da instituição financeira pelos danos causados – Fraude praticada por terceiro que não a exime de responder pelos prejuízos causados ao consumidor (Súmula 479, STJ) – Dano moral caracterizado pelo desequilíbrio financeiro acarretado pelos descontos indevidos nos proventos de aposentadoria da autora – DESPROVIDO NESTA PARTE. APELAÇÃO – TUTELA DE URGÊNCIA – MULTA DIÁRIA PERIODICIDADE – Irresignação contra o capítulo da sentença que concedeu a tutela de urgência e impôs multa – Cabimento parcial Hipótese em que a tutela de urgência deve ser mantida – Possibilidade de alteração da incidência da multa por ato de descumprimento, alterando-se o valor para R$ 1.000,00 por desconto indevido – Impossibilidade de incidência diária no caso em exame – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NESTA PARTE." (Apelação Cível nº 1040107-*86.2017.8.26.0224, Relª. Desª. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, julg. 09/11/2018)

"Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais. Tutela antecipada deferida. Insurgência em face da decisão pela qual o juiz antecipou os efeitos da tutela para o fim de determinar a suspensão do cadastro do nome do agravado em órgãos de proteção ao crédito e que o agravante se abstivesse de proceder a novas negativações, sob pena de multa diária. Alegação do agravado de que teve seu nome indevidamente inscrito em cadastros de proteção ao crédito. Verossimilhança das alegações. Grau de convencimento suficiente para o deferimento da medida. Agravante que não trouxe qualquer elemento a indicar a regularidade do cadastro. Decisão mantida, inclusive com a multa fixada para o caso de descumprimento. Multa que se refere à vedação de nova inscrição. Obrigação de não fazer. Hipótese em que a incidência da multa deve ser por ato e não diária. Alteração de ofício da forma de incidência da astreinte. Recurso desprovido". (Agravo de Instrumento nº 2185531-43.2014.8.26.0000,

Acesso ao Sumário

Rel. Des. Castro Figliolia, julg. 13/01/2015).

Assim, concede-se a tutela de urgência, em relação ao Banco Bradesco S/A, para suspender a cobrança das parcelas do contrato de empréstimos consignado n. 812611247, no prazo de 10 dias, sob pena de multa por descumprimento (evento) de R$200,00, limitada ao valor do contrato, obstando a liberação da margem consignável.

Resta apenas fazer uma observação. No decorrer do processo, após a citação dos réus, o autor, ora agravante, pleiteou a inclusão no polo passivo de outras instituições financeiras, o que ainda não foi acolhido pelo juízo *a quo* (última decisão de 14.06.2022); portanto, o pedido de tutela de urgência foi apreciado somente em relação aos corréus que, inicialmente, foram colocados no polo passivo (Banco Bradesco S/A e Banco Agibank S/A).

Ante o exposto, o meu voto dá provimento parcial ao recurso, nos termos da fundamentação, revogada a liminar concedida neste grau recursal em relação ao Banco Agibank S/A.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2144717-08.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ANTONIO GALVÃO VIANA EPP, é agravado CENTER NORTE S/A – CONSTRUÇÃO EMPREENDIMENTOS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto n° 28.763)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 23 de agosto de 2022.

MARY GRÜN, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento – Revisão contratual – Locação comercial – Indeferimento de tutela de urgência (imediata alteração do índice de reajuste, o IGP-M, a partir de janeiro/2022, para o IPC-FIPE ou o IPCA-IBGE) – Incontroverso que a pandemia também causou prejuízos ao agravado – Ausente in-

formação concreta sobre o faturamento – A alegação de enriquecimento sem causa na manutenção do índice de reajuste estabelecido em contrato é questão que demanda efetivo contraditório – Confirma-se decisão – Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação de revisão contratual (locação comercial) proposta por Antonio Galvão Viana EPP em face de Center Norte S/A – Construção, Empreendimentos, Administração e Participação, indeferiu tutela de urgência (imediata alteração do índice de reajuste, o IGP-M, a partir de janeiro/2022, para o IPC-FIPE ou o IPCA-IBGE).

Recorre o autor.

Afirma que "*os indexadores da 'família' dos IPGs* (índice geral de preços) elaborados pela Fundação Getúlio Vargas (IGP-M e IGP-DI), em *vista da desvalorização do real, puxada pela pandemia do coronavírus, dispararam nos últimos meses"* (sic) (fls. 6). Diz que seu faturamento é insuficiente para ***"cobrir o custo da operação, o que será provado ao longo da instrução"*** (sic) (negrito e grifo no original) (fls. 7). Alega que, se a medida não for deferida, *"poderá ter de demitir funcionários e até correr risco de encerrar suas atividades no local"* (sic) (fls. 9).

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

O pedido está fundamentado nas restrições impostas durante a pandemia da Covid-19.

O autor diz que *"em obediência às determinações legais, a Agravante fechou as portas aos seus clientes em março de 2020, e assim permaneceu até junho daquele ano, quando houve a reabertura parcial do comércio, com diversas restrições"* (sic) (fls. 4).

Aduz que sofreu inúmeros prejuízos, mesmo com o reinício das atividades, devido aos *"protocolos de segurança, o que limitou diretamente o acesso aos usuários ao local"* (sic) (fls. 5).

No entanto, incontroverso que a pandemia também causou prejuízos ao réu.

Verifico que a inicial é de abril deste ano.

Como o próprio autor reconhece, não há prova de que seu atual faturamento seja insuficiente para cobrir os custos de sua operação.

Não há informação concreta sobre o faturamento atual.

Acesso ao Sumário

É de conhecimento público que durante o fechamento das lojas vários Shopping Centers concederam "*facilidades"* aos lojistas.

Não há nenhuma palavra sobre isso nas razões deste recurso.

A alegação de enriquecimento sem causa por parte do réu na manutenção do índice de reajuste estabelecido em contrato é questão que demanda efetivo contraditório.

Pelas razões expostas, nega-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000569-46.2021.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante/apelado A.A.M.I. S.A., é apelado/apelante V.H..

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 da ré e negaram provimento ao recurso adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 6 de junho de 2022.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Autor internado, em caráter de urgência, em clínica não credenciada destinada ao tratamento involuntário de dependência química. Pretensão de custeio fora da rede credenciada. Cobertura devida na rede credenciada. Ré não se insurge contra o tratamento prescrito, desde que seja realizado nas clínicas indicadas. Autor fora inicialmente internado em clínica integrante da rede credenciada. Autor foi transferido de uma das clínicas credenciadas a pedido de seus familiares, em razão de insatisfação com o trata-

mento. Ausência de comprovação de inaptidão das clínicas credenciadas indicadas pela ré para tratamento e internação do autor. Opção do autor por permanecer na clínica particular onde se encontra atualmente impõe a assunção do custeio integral da internação, podendo pedir mensalmente o reembolso parcial das despesas. Precedente recente do STJ fixa que operadoras de saúde devem reembolsar despesas de segurados em hospitais não credenciados, de acordo com os limites previstos na tabela, independentemente de a internação decorrer de situação de urgência ou emergência. Sentença reformada em parte exclusivamente para determinar que o reembolso ocorra nos limites do contrato. Recurso de apelação da ré provido em parte e recurso adesivo do autor desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 405/410, que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada por **V.H.** em face de **A.A.M.I. S.A.**, para o fim de *"condenar a Requerida a custear o tratamento do Autor no valor máximo que teria que arcar caso a internação tivesse ocorrido em clínica credenciada do plano, devendo tal quantia ser apurada em sede de liquidação de sentença. O montante apurado deverá ser corrigido pela Tabela Prática do TJ-SP a partir de quando teria se dado o pagamento da despesa e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação (salvo se a despesa relativa se deu posteriormente à citação, caso em que os juros moratórios contar-se-ão a partir do suposto desembolso"*. Em razão da sucumbência recíproca, foi determinado o rateio das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% do valor atualizado da causa, cabendo ao Autor responder por 25% e à Requerida por 75% de tal montante, observada a gratuidade de justiça a que faz jus o autor.

Fê-lo a r. Sentença, basicamente, sob o fundamento de que não há como impor à Requerida o custeio integral da internação do Autor em clínica não credenciada, diante da expressa vedação no contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes. Esclareceu que não se vislumbra qualquer abusividade na cláusula limitativa de cobertura, sendo de notório conhecimento da população que os usuários de planos de saúde devem se submeter à rede de prestadores conveniados à operadora. Em contrapartida, asseverou que a ré não pode ser liberada de qualquer custeio relacionado às despesas do tratamento do autor. Entendeu razoável que a requerida arque parcialmente com as despesas do trata-

Acesso ao Sumário

mento do autor na clínica em que foi realizada a internação, em valor correspondente ao que despenderia com o pagamento de clínica credenciada pelo plano, devendo tal quantia ser apurada em sede de liquidação de sentença.

Ambas as partes apelaram.

A ré apela a fls. 425/452 alegando, em síntese: a) a sentença deixou de analisar a questão da coparticipação estipulada em contrato e validada pelo STJ, uma vez que há rede credenciada para atendimento; b) a operadora possui ampla rede credenciada para atendimento, não podendo ser compelida a custeio integral de clínica particular; c) diante da existência de rede credenciada, descabida a internação em clínica particular; d) não recebeu qualquer solicitação para internação do autor; e) a operadora assegura aos usuários cobertura dentro dos limites e modalidades previstas nas condições gerais do contrato; f) inexistência de previsão legal de reembolso integral de despesas particulares; g) o reembolso deve ocorrer nos limites do contrato.

O autor interpôs recurso adesivo a fls. 478/487 pleiteando a condenação da ré ao custeio integral do tratamento do autor no estabelecimento em que esteve internado. Alega que: a) a ré deve arcar com a integralidade do valor da clínica não credenciada, e não apenas nos limites do que pagaria a uma clínica credenciada; b) a escolha por clínica não credenciada ocorreu em razão da situação de emergência vivenciada diante do grave estado do autor no momento da internação; c) descabida a limitação do tratamento do paciente; d) trata-se de contrato de adesão, cujas cláusulas foram estabelecidas unilateralmente pela apelada.

Em razão do exposto e pelo que mais argumentam às fls. 425/452 e 478/487, pedem o provimento de seus recursos.

Foram apresentadas contrarrazões a fls. 465/477 e 491/516.

É o relatório.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada por **V.H.** em face de **A.A.M.I. S.A.**

De acordo com a inicial, o autor é beneficiário de plano de saúde administrado pela ré e, em razão de grave crise psicótica, foi a ele prescrita internação, em caráter de urgência/emergência, em clínica especializada para tratamento de dependência química por uso abusivo de substâncias psicoativas (CID10 F19.2) (fls. 32).

Aduz o autor que, inicialmente, esteve internado em mais de uma ocasião no Hospital Santa Monica, especializado em Psiquiatria na cidade de Itapecerica da Serra, credenciado à ré. Ocorre que, durante a internação, sua família notou piora em seu quadro de saúde, demonstrando *"grande revolta, ideações suicidas e muita agitação, muita raiva."* Por ocasião da última internação, a piora teria sido notória e *"ameaçava cometer suicídio, caso não fosse retirado de lá"*.

Acesso ao Sumário

Diante da gravidade de seu quadro e da urgência na transferência para continuidade do tratamento, sua genitora entrou em contato com a ré pela via administrativa para obter remoção para outra unidade especializada em dependência química, para internação em longa permanência, de forma emergencial.

Contudo, *"foi informada que não havia em sua rede credenciada unidade especializada e remoção, de acordo com a solicitação"* (fls. 03).

Diante do gravíssimo quadro clinico do autor e em razão da negativa da ré, seus familiares solicitaram serviço de remoção de forma particular e o autor foi levado à Clínica Jequitibá, localizada na cidade de Atibaia, não credenciada à ré, mas que foi a única a recebê-lo diante da situação de urgência/emergência em que se encontrava.

Diante desse contexto, o requerente pretende compelir a ré a custear integralmente a internação e o tratamento na clínica eleita.

Ajuizada a presente ação, foi indeferida a tutela de urgência (fls. 73/75).

Contra tal decisão, foi interposto recurso de agravo de instrumento pela requerida (Processo no 2029296-04.2021.8.26.0000), a que se negou provimento por Acórdão de minha relatoria (fls. 396/402).

Julgada a ação parcialmente procedente, recorre o autor.

São os fatos postos a julgamento.

2. Alega o requerente, em apertada síntese, que se encontra internado em clínica particular especializada em tratamento para dependentes químicos, uma vez que o atendimento na rede referenciada sempre se mostrou insatisfatório às suas necessidades.

Destaca que a internação se deu em caráter emergencial e involuntário, a justificar a cobertura pela operadora de saúde, que não indicou qualquer clínica em sua rede credenciada. Requer seja garantida a continuidade do tratamento na clínica onde se encontra, às expensas da requerida.

Registro, de partida, que a questão colocada em debate neste recurso não envolve propriamente discussão sobre a legalidade de cláusula que limite a internação e estabeleça o regime de coparticipação **(Tema 1032/STJ).**

Na verdade, o que se discute é a própria cobertura contratual, tendo em vista que a causa de pedir repousa em suposta ausência de clínicas psiquiátricas credenciadas aptas ao tratamento.

No caso concreto, o quadro de dependência química do requerente recomenda tratamento em clínica especializada (cf. fl. 32).

Anoto que a exordial não veio instruída com documentos que gerassem presunção de inexistência de clínicas na rede credenciada.

Ao contrário.

Acesso ao Sumário

Conforme consignado no V. Acórdão proferido nos autos do recurso de agravo de instrumento, o próprio autor afirma que a rede credenciada dispõe de clínicas, e prova disso é que já foi anteriormente internado em estabelecimentos credenciados.

Lembro que o direito que o autor possui é de ser internado em clínica credenciada. Isso porque o custeio do tratamento fora da rede tem caráter excepcional.

A existência de clínicas credenciadas recomenda a transferência do segurado a uma das clínicas cobertas pelo plano de saúde.

Não fosse assim, haveria manifesto enriquecimento sem causa do autor, que iria usufruir de tratamento em clínica de nível superior, continuando a pagar prêmio que lhe confere direito a clínicas da rede credenciada.

A medida preserva o exato sinalagma do contrato, não permitindo o desequilíbrio em favor de qualquer das partes, matéria de ordem pública.

Não se mostra razoável impor que a operadora de saúde arque com o custeio integral das despesas em clínica particular – não credenciada –, pois a existência de rede referenciada é inerente ao contrato de plano de saúde, ou seja, há limitação de atendimento aos hospitais e profissionais conveniados à operadora.

Disso decorre a inviabilidade, a princípio, de determinar o custeio integral do tratamento do autor em clínica não credenciada, a expensas da operadora de saúde.

Razoável seria que o tratamento do autor fosse prestado por uma das clínicas que integra a rede credenciada.

No curso do processo, a ré informou a existência de clínicas à disposição do autor na rede credenciada.

De acordo com os elementos constantes dos autos, as clínicas referenciadas existem, tanto assim que nelas o autor já se internou anteriormente. Não há prova, mais, de negativa de cobertura em referidos estabelecimentos.

Se o tratamento recebido anteriormente foi insatisfatório em determinado estabelecimento, tal situação não inviabilizaria a transferência do autor a qualquer outra clínica da rede credenciada indicadas pela ré, em relação às quais, repita-se, não há prova de negativa de cobertura.

Diante de tal cenário, a procedência da ação para custeio integral em estabelecimento de livre escolha do segurado não encontra respaldo no contrato.

Ademais, não há prova nos autos no sentido de que em internações anteriores o tratamento dispensado ao paciente foi insatisfatório. Conforme "Termo de Responsabilidade de alta a pedido, contra recomendação médica" de fls. 31, a genitora informa que *"O paciente está sendo transferido de clínica, pois ele usa o celular não sei de quem diariamente, me importunando para sair. Mesmo*

Acesso ao Sumário

eu avisando do ocorrido e nada foi feito", sem que houvesse menção à alegada piora do quadro do autor ou tratamento insatisfatório prestado pela clínica.

O fato é que existem clínicas credenciadas à disposição do recorrente, oferecidas pela operadora.

Note-se que o autor não alega recusa de cobertura inicial administrativa da operadora. A alegação é a de que o autor optou por utilizar clínica particular, porque entende que as clínicas credenciadas não oferecem serviço e tratamento de qualidade.

Embora o autor afirme não serem as clínicas indicadas aptas ao tratamento, de acordo com os elementos dos autos, razão não há para a resistência do autor à continuidade do tratamento em alguma das clínicas credenciadas indicadas pela ré.

Seria necessária a comprovação, pelo requerente, da impossibilidade de continuidade do atendimento da rede referenciada.

Caberia ao autor comprovar, objetivamente, as razões pelas quais as clínicas credenciadas não forneceriam tratamento adequado.

Não me convence a alegação de que o paciente tem o direito de escolher livremente o tratamento a que melhor se adapte.

Não há nos autos elementos objetivos que indiquem que apenas a instituição onde o autor foi internado encontra-se apta a fornecer o tratamento de que necessita o paciente.

Diante da indicação de clínicas referenciadas aptas a prestar o tratamento, tal fato recomenda a transferência do segurado à clínica coberta pelo plano de saúde.

3. Nada impede, contudo, que o autor permaneça na clínica atual, não credenciada. Nesse caso, a operadora de saúde não é obrigada a custear o tratamento. Caberá ao autor assumir o custeio integral da internação e pedir mensalmente o reembolso parcial das despesas, de acordo com os limites estipulados no contrato.

Não se mostra razoável impor à requerida o custeio integral do tratamento em clínica não credenciada, pois a existência de rede credenciada é inerente ao contrato de plano de saúde. Dizendo de modo diverso, a cobertura integral se circunscreve aos estabelecimentos que sejam conveniados à operadora.

Uma vez que o autor optou pela internação em estabelecimento estranho aos quadros da ré, sem comprovar a inaptidão dos estabelecimentos credenciados de prestar o tratamento ao autor prescrito, não se pode atribuir à operadora o custeio integral.

Será integral a cobertura em relação aos estabelecimentos que integrem a rede. Por outro lado, o reembolso de despesas hospitalares de estabelecimentos

Acesso ao Sumário

de saúde não credenciados observará o limite do valor de reembolso do seguro; o que sobejar, fica a cargo do autor.

Fixou o C. Superior Tribunal de Justiça em julgamento recente que operadoras de saúde devem reembolsar despesas de segurados em hospitais não credenciados, de acordo com os limites previstos na tabela, independentemente de a internação decorrer de situação de urgência ou emergência. Reproduzo, aqui, excerto da ementa do julgado:

> "[...]
>
> *5. A operadora de plano de saúde está obrigada a ressarcir o Sistema Único de Saúde quando seus beneficiários se utilizarem do serviço público de atenção à saúde, conforme procedimento próprio estabelecido na Resolução Normativa 358/2014, da ANS. Constitucionalidade do art. 32 da LPS – Tema 345 da repercussão geral do STF.*
>
> *6. Se a operadora de plano de saúde é obrigada a ressarcir o SUS na hipótese de tratamento em hospital público, não há razão para deixar de reembolsar o próprio beneficiário que se utiliza dos serviços do hospital privado que não faz parte da sua rede credenciada.*
>
> *7. O reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde deve ser permitido quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, sendo as hipóteses de urgência e emergência apenas exemplos (e não requisitos) dessa segurança contratual dada aos consumidores.*
>
> *8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."* **(REsp 1575764-SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/05/2019, DJe 30/05/2019)**

Note-se que não se trata de negativa de cobertura do tratamento, mas de opção do autor pela transferência a uma clínica não credenciada, em razão de alegada prestação de serviços não satisfatória. Assim, não há falar em coparticipação, diante da expressa opção do autor por se manter em clínica não integrante da rede credenciada situação que inclusive ensejou o ajuizamento da ação, de modo que terá o autor direito apenas ao reembolso das despesas decorrentes de sua internação, nos limites do contrato.

Logo, merece ser dado parcial provimento ao recurso da ré e reformada em parte a R. Sentença apelada exclusivamente para determinar que o reembolso observe os limites do contrato. O recurso adesivo do autor não merece provimento.

E em observância ao disposto no art. 85, §§ 2º e 11 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em favor do patrono da ré em 20% do percentual estabelecido em sentença, observada a gratuidade de justiça concedida ao autor.

Acesso ao Sumário

Dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela ré e nego provimento ao apelo adesivo do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1091366-65.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GALVANI ROMÃO PEREIRA DE SÁ, é apelado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. POR MAIORIA DE VOTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.767)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ALBERTO DE SALLES, vencedor, DONEGÁ MORANDINI, vencido, JOÃO PAZINE NETO (Presidente), VIVIANI NICOLAU e SCHMITT CORRÊA.

São Paulo, 22 de junho de 2022.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator Designado

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SÁUDE. DIVERGÊNCIA QUANTO A VALOR DA CAUSA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO AJUIZADA EM FACE DE OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO ECONÔMICO DIRETO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS POR EQUIDADE. Insurgência contra sentença de procedência. Sentença mantida.

1. VALOR DA CAUSA. Obrigação da seguradora é de fazer. Ausência de conteúdo econômico direto. Acertado acolhimento da impugnação ao valor da causa. Precedentes.

2. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. Considerando a inexistência de conteúdo econômico direto e o baixo valor da causa após acolhimento da impugnação, acertada a fixação de honorários sucumbenciais por equidade. Quantia adequadamente arbitrada, por se tratar de caso de baixa complexidade, que tramitou rapidamente e não demandou produção de prova oral

Acesso ao Sumário

ou pericial.
RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, cujos pedidos foram julgados procedentes para condenar a ré ao fornecimento de medicamento de que necessita o autor, nos termos e quantidades determinados pelo médico responsável, bem como ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$ 2.000,00.

Inconformado, apela o autor, sustentando, em suma, que a impugnação oposta pela ré deveria ter sido rejeitada, para fixar o valor da causa na quantia por ele indicada (R$ 293.883,00), correspondente a 12 aplicações do medicamento, com o consequente arbitramento de honorários advocatícios em 10% desse valor. Subsidiariamente, requer a fixação de honorários sobre a quantidade de caixas que serão fornecidas pela ré.

Apresentadas contrarrazões (ps. 404/410), encontram-se os autos em termos de julgamento.

Com a devida vênia ao Exmo. Des. Relator, diverge-se do seu voto para negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor, mantendo a r. sentença.

O apelante atribuiu à causa o valor de R$ 293.883,00, correspondentes a 30 vezes o valor unitário do medicamento que lhe foi receitado (Cladribina – Mavenclad), de acordo com estimativa do *site* "Farmaindex" (R$ 9.796,10 – ps. 58/60).

Impugnação ao valor da causa oposta pela ré foi, com o devido respeito, acertadamente acolhida, sob o seguinte fundamento:

> *"Há razão no que obtempera a ré no sentido de que se considerar a natureza do provimento jurisdicional pleiteado pela autora, que não é um provimento de conteúdo condenatório, senão que declaratório-cominatório, porquanto a autora pretende que se declare a existência de uma determinada relação jurídica, e que, reconhecida, comine-se à ré a obrigação de propiciar cobertura contratual para o tratamento médico prescrito. Esse aspecto – o do tipo do provimento jurisdicional – efetivamente causa influxo sobre o valor que se deve atribuir à causa"* (p. 327).

O apelante requer a reforma da r. sentença para afastar o acolhimento da impugnação ao valor da causa alegando que:

> *"o valor da causa é o potencial benefício econômico que poderá ser percebido ou despendido pelas partes que demandam a prestação jurisdicional, e sendo a prestação por prazo indeterminado, não há em que se falar em acolhimento da impugnação ao valor da causa"* (p. 374).

Acesso ao Sumário

Renovada a vênia ao entendimento do Exmo. Des. Relator, certo que, no caso, o apelante não está requerendo o reembolso de quantia que teria despendido para aquisição do medicamento em questão – situação em que até faria sentido basear-se o valor da causa na quantia eventualmente por ele paga.

Ele tampouco requer o pagamento direto (quitação pela seguradora perante terceiro) de boleto, duplicata ou outra forma de cobrança que lhe estaria sendo dirigida por estabelecimento comercial.

No caso, a pretensão do apelante é de que a seguradora, com seus recursos e às suas expensas, efetue a compra e entregue os medicamentos diretamente a ele, em decorrência da existência de relação jurídica contratual válida e vigente.

Analisando a questão sob este ângulo, fácil perceber que a obrigação da seguradora é de fazer, não propriamente de dar, porque sua atividade principal não é de fornecimento de medicamentos orais, mas sim, conforme o contrato, no qual consta:

> *"[C]obertura de custos assistenciais, com a finalidade de garantir a assistência à saúde pela faculdade de acesso e atendimento a profissionais escolhidos, pertencentes ou não a rede referenciada, nos termos e limites do plano contratado. Os custos assistenciais correspondem aos serviços médico-hospitalares, na segmentação Ambulatorial e Hospitalar com Obstetrícia, previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, vigente na época do evento, para o tratamento de todas as doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da Organização Mundial de Saúde"* (p. 159).

Por isso, a pretensão não tem conteúdo econômico direto, pois o seu valor monetário é imensurável em razão de se tratar de obrigação de fazer imposta a plano de saúde. Nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça – STJ:

> *AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDOS ACOLHIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. AGRAVO INTERNO PROVIDO.*
>
> *1. Na hipótese, a parte ora agravada foi condenada a cumprir a obrigação de fazer – autorização para realização de intervenção cirúrgica – e a pagar indenização a título de danos morais. Nessa senda,* ***apenas a condenação em danos morais possui conteúdo econômico, motivo pelo qual os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados quanto a essa condenação.***

Acesso ao Sumário

2. Agravo interno provido para determinar que os honorários advocatícios sucumbenciais são de 10% sobre o valor da condenação referente aos danos morais. (AgRg nos EDcl no AREsp 198.124/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018)

Tanto é assim que o valor despendido pela seguradora para cumprimento da tutela de urgência foi inclusive superior àquele que o apelante havia estimado em sua inicial (p. 152). Acertada, desse modo, a r. decisão que acolheu impugnação ao valor da causa, fixando-o em R$ 1.000,00. A respeito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VALOR DA CAUSA. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA QUANTO AO REAL VALOR ECONÔMICO DA DEMANDA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Aplicabilidade do 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. A questão se restringe à possibilidade de alteração de ofício do valor atribuído à causa na hipótese em que o magistrado verifica manifesta discrepância entre o valor da causa e o proveito econômico da demanda, o que é admitido pela jurisprudência consolidada desta Corte.

3. A decisão agravada está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte. Desse modo, não há como se afastar a incidência do óbice da Súmula nº 83 do STJ.

4. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

5. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no AREsp 733.178/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016 – sem destaque no original.)

Assentada essa premissa – de que a obrigação era de fazer, sem conteúdo econômico direto – então há que se observar os critérios estabelecidos pelo E.

Acesso ao Sumário

Superior Tribunal de Justiça para fixação de honorários sucumbenciais:

> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO COM BASE NO VALOR DA CONDENAÇÃO. ORDEM DE PREFERÊNCIA DA BASE DE CÁLCULO OBEDECIDA PELA DECISÃO AGRAVADA, CONFORME ART. 85, § 2º DO CPC/2015, E, RESP 1.746.072/PR. PROVEITO ECONÔMICO QUE ENGLOBA A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E OS CUSTOS DO PROCEDIMENTO MÉDICO. ADEQUAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.*
>
> *1. Nos termos da jurisprudência firmada na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, os honorários devem ser fixados segundo a "seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação,* ***nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa*** *(art. 85, § 8º)". (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/2/2019, DJe 29/3/2019) 2. Esta Corte de Justiça tem entendimento no sentido de que "O título judicial que transita em julgado com a procedência dos pedidos de natureza cominatória (fornecer a cobertura pleiteada) e de pagar quantia certa (valor arbitrado na compensação dos danos morais) deve ter a sucumbência calculada sobre ambas condenações. Nessas hipóteses, o montante econômico da obrigação de fazer se expressa pelo valor da cobertura indevidamente negada" (REsp 1738737/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 11/10/2019) 2. Agravo interno não provido.* (AgInt no REsp 1891571/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021)

Aplicando-se o entendimento ao caso concreto, tem-se que, em razão da inexistência de conteúdo econômico direto, tratando-se de obrigação de fazer, e do consequente acolhimento da impugnação ao valor da causa que o reduziu a patamar irrisório, adequada a fixação de honorários por equidade.

O valor arbitrado (R$ 2.000,00) também se revela adequado, consideran-

Acesso ao Sumário

do que se tratou de ação de pouca complexidade, que teve ágil trâmite nas instâncias ordinárias (em menos de um ano, eis que ajuizada em 21.8.2021), sem a necessidade de produção de prova oral ou pericial.

Ante o exposto, por este voto, **nega-se provimento** à apelação, mantendo-se na íntegra a r. sentença. Sucumbente em segundo grau, o autor arcará com honorários recursais de R$ 500,00 (art. 85, § 11, CPC), mantida a fixação em seu favor em primeiro grau.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 54.156)

Ementa: PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.

I. Impugnação ao valor da causa. Acolhimento na origem. Irresignação. Reforma parcial. Valor que deve corresponder ao conteúdo econômico pretendido na demanda. Consideração adequada do valor do medicamento cuja cobertura se persegue. Adoção do valor do medicamento prescrito referente a um ano de utilização. Observância da diretriz traçada pelo artigo 292, § 2º, do Código de Processo Civil.

II. Honorários advocatícios. Fixação com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC. Inviabilidade. Necessária observância da tese definida no Tema 1076/STJ. Arbitramento no percentual de 10% sobre o valor da causa, de acordo com o art. 85, § 2º, do CPC. Precedente.

SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

1– Trata-se de ação julgada procedente pela r. sentença de fls. 365/367, cujo relatório é adotado, *"condenando a ré ao fornecimento do medicamento que fundamenta a ação, nos termos e quantidades determinados pelo médico responsável"* (fls. 367).

Sucumbente, a parte ré foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 2.000,00.

Recorre o autor.

Requer, segundo as razões de fls. 370/390, o provimento recursal, *"para rejeitar a impugnação ao valor da causa, e reestabelecer o valor dado a causa*

pelo Apelante, na quantia de R$ 293.883,00 (duzentos e noventa e três mil e oitocentos e oitenta e três reais), por se tratar de prestação por prazo indeterminado; bem como condenar a Apelada ao pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (12x o medicamento), já que este é o proveito econômico do Apelante, devendo ser obedecida regra fixada pelo C. STJ". Sucessivamente, requer *"sejam os honorários fixados sobre o valor do tratamento principal que deverá ser custeado pela parte Apelada, a ser objeto de verificação na fase de cumprimento de sentença, nos termos dos arts. 85, § 2º e 85, § 14 do NCPC, ou seja, a porcentagem deverá ser calculada sobre: "x" caixas do medicamento (sendo x a quantidade de caixas fornecidas pela embargada até o efetivo pagamento em fase de cumprimento de Sentença)"* (fls. 390).

O recurso foi processado e respondido (fls. 404/410).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo regimental.

É o RELATÓRIO.

2– Respeitado o entendimento da douta maioria, o recurso comporta provimento parcial.

A demanda manejada pelo apelado está centrada na busca de provimento condenatório para obrigar a apelante a custear o medicamento Cladribina oral que lhe fora prescrito.

No entanto, segundo a prescrição médica, devem ser tomados 15 comprimidos imediatamente, e 15 comprimidos daqui há 12 meses para controle de sua doença, o que mantém eficácia com controle da doença por 48 meses após o início da terapia, sendo necessárias somente as doses solicitadas (fls. 46/47).

Deste modo, considerando que no período de um ano serão consumidos 15 comprimidos do medicamento, o seu valor equivalente deve corresponder ao valor da causa, nos termos do art. 292, § 2º: *"O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações".*

Tendo em vista que o valor de uma caixa do medicamento contém um comprimido, no valor de R$ 9.796,10 (fls. 58/60), sendo necessárias 15 caixas no período de um ano, o valor corresponde a R$ 146.941,50.

Sendo assim, considerando que há definição do tempo de duração do tratamento, bem como do valor do proveito econômico envolvido, impõe-se o acolhimento parcial da impugnação ao valor da causa, para alterá-lo para R$ 146.941,50.

Neste sentido, segue precedente: **"PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. I. Impugnação ao valor da causa. Afastamento na origem. Irresignação. Manutenção. Valor que deve corresponder ao conteúdo econômico pretendido na demanda. Consideração adequada do**

Acesso ao Sumário

valor do medicamento cuja cobertura se persegue. Falta de evidência de incorreção que exija reparo. Observância da diretriz traçada pelo artigo 292, inciso V, do Código de Processo Civil. [...]" (TJSP; Apelação Cível 1012756-19.2020.8.26.0068; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021).

Por seu turno, no que se refere aos honorários advocatícios, a r. sentença também comporta reparos.

A questão foi recentemente decidida pelo C. STJ pelo rito dos recursos repetitivos, consoante Tema 1076, que estabeleceu as seguintes teses: **"1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. 2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo".**

Em observância ao precedente vinculante acima transcrito, impõe-se a fixação da sucumbência em 10% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Sobre o tema, segue precedente deste Tribunal:

"PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. Irresignação da autora contra sentença de procedência. Pretensão de majoração dos honorários. Acolhimento. Hipótese que não autoriza a fixação de honorários por equidade (art. 85, § 8º, CPC). Precedente do STJ. Fixação em 12% sobre o valor da causa. Sentença reformada. Modificação, de ofício, por outro lado, do valor da causa (art. 292, § 3º, do CPC). Impossibilidade de estimar o proveito econômico pretendido em relação à obrigação de fazer (continuidade do tratamento com fornecimento do medicamento). Valor da causa, no caso, deve corresponder à somatória do montante já vencido que se pretende reembolsar. Modificação adequada, no mais, sob pena de implicar em fixação de honorários em montante desproporcional ao efetivo conteúdo econômico da causa. RECURSO PROVIDO, ALTERADO, DE OFÍCIO, O VALOR DA CAUSA" (TJSP; Apelação Cível 1043409-08.2020.8.26.0002; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro

Acesso ao Sumário

Regional II – Santo Amaro – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/04/2022; Data de Registro: 04/05/2022).

3. Em vista do exposto, de rigor a reforma da r. sentença para alterar o valor da causa para R$ 146.941,50, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

DONEGÁ MORANDINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004277-22.2021.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante CARLOS ALBERTO OLIVEIRA GOMES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO C6 CONSIGNADO S/A.

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 52.764)**

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

São Paulo, 27 de junho de 2022.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO MEDIANTE FRAUDE – INEXISTÊNCIA E INEXIGIBILIDADE DO CONTRATO – AUSÊNCIA DE DESCONTOS NOS VENCIMENTOS – DANO MORAL E REPETIÇÃO DO INDÉBITO NÃO CONFIGURADOS, NAS CIRCUNSTÂNCIAS MERO DISSABOR – APELAÇÃO IMPROVIDA.

VOTO

Ao tornar definitiva a liminar, a sentença acolheu em parte o pedido para declarar inexistente e inexigível empréstimo consignado, mas negou indenização por dano moral, dispondo sobre a sucumbência recíproca. O réu liberará a margem consignável do autor e fica autorizado a levantar o valor depositado em juízo.

Acesso ao Sumário

Rejeitados embargos de declaração, apelou o autor em busca de indenização por dano moral em valor não inferior a R$ 10.000,00, repetição em dobro do valor cobrado e readequação da sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado, respondido, complementado o preparo.

É o Relatório.

Reconheceu-se a inexistência e a inexigibilidade do empréstimo consignado, não contratado pelo autor, com liberação da margem consignável a seu favor. O réu não apelou. Resta, então, apreciar o pedido de indenização, repetição do indébito, em dobro e distribuição da verba de sucumbência.

Os fatos narrados na inicial estão a sugerir incômodo, dissabor, mero aborrecimento, porém, o desgaste gerado é insuficiente para permitir inferência automática de dano moral (REsp 215.666/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 29.10.01; REsp 299.282/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 05.08.02; REsp 431.303/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 26.05.03; REsp 594.570/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 17.05.04; Resp 606.382/MS, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 17.05.04), que, nas circunstâncias, não pode ser presumido (Resp nº 968.762, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 20.06.08), até porque consequências mais graves em razão desses fatos não restaram demonstradas.

Disse bem o juiz: "...Quanto ao pedido de indenização por dano moral, a pretensão do autor não comporta acolhimento, haja vista que a mera consignação de empréstimo não tem o condão de ensejar o dano moral, porque insuficiente para afetar ou violar os direitos da personalidade.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

"...só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos..." (Programa de responsabilidade civil. 6ª ed., São Paulo: Malheiros,2005, p. 105-106).

Acesso ao Sumário

Ademais, os descontos no benefício previdenciário do autor sequer ocorreram, como assentado anteriormente, o que demonstra a inocorrência de desfalque nos recursos financeiros do requerente. Também não se pode afirmar que o depósito do valor de R$ 3.675,28 na conta bancária do autor seja capaz de causar nele danos morais.

Ressalto ainda que o fato de o requerente não ter obtido êxito na resolu-

ção do problema pela via administrativa, obrigando-o a acionar o Poder Judiciário, de modo algum fere seus direitos de personalidade. Se assim fosse, todos aqueles que se valem do processo judicial para solução de conflitos poderiam pleitear tal modalidade de indenização, o que não deve ocorrer.

Portanto, a simples consignação de empréstimo não pode ser erigida à condição de conduta capaz de violar gravemente os direitos da personalidade".

Aliás, salvo situações excepcionais, tocante ao dano moral o simples inadimplemento contratual não o acarreta (REsp 151.332/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 02.12.02; REsp 202.564-0/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.08.01; REsp 201.214/PA, Rel. Designado p/ acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 05.02.01; Antunes Varela, Direito das Obrigações, vol. I/248, n. 84, Forense, 1.977; Carlos Alberto Menezes Direito, Comentários ao Novo Código Civil, vol. XIII/104, editora Forense, 2.004; Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, pág. 590, Saraiva, 2.002).

No mais, não se tem notícia de que houve desconto no benefício previdenciário do autor, assim, não há que se falar em restituição de valores, muito menos na forma dobrada, como bem destacou o juiz.

Adequados os honorários advocatícios, à luz do § 2º do art. 85 do CPC, porém, agora, em cumprimento ao § 11 desse dispositivo legal, elevo os de responsabilidade do autor, de 10% para 12%, observada a mesma base de cálculo da sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022470-70.2021.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes ARIEL DE SOUZA ALBANO (JUSTIÇA GRATUITA) e ANGÉLICA DE CASTRO FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. e CLARO NXT TELECOMUNICACOES LTDA.

ACORDAM, em 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U., com indicação para Jurisprudência.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.134)**

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

São Paulo, 27 de junho de 2022

GILSON DELGADO MIRANDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. "Golpe do Whatsapp". Demanda indenizatória. Incidência do CDC. Legitimidade passiva da operadora da linha telefônica, do provedor da aplicação e da instituição financeira. Ausência, porém, de responsabilidade. Quebra do nexo de causalidade. Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Jurisprudência majoritária do TJSP. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 218/222, cujo relatório adoto, proferida pelo juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Franca, Humberto Rocha, que julgou improcedentes os pedidos, fixando honorários advocatícios sucumbenciais em 20% do valor da causa.

Segundo os recorrentes, autores, a sentença deve ser reformada, em síntese, para que **"seja JULGADO TOTALMENTE PROCEDENTE o pedido"** indenizatório.

Recurso tempestivo, isento de preparo (gratuidade da justiça fls. 54/55) e respondido (fls. 240/263 e 264/271).

Distribuído o processo na forma da Resolução n. 772/2017 do OETJSP, houve oposição ao julgamento virtual (fls. 277).

Esse é o relatório.

O recurso não merece provimento.

Como não poderia deixar de ser, por se tratar de fenômeno atual, com grande repercussão e vasta divulgação, o **"golpe do Whatsapp"** não é desconhecido deste Tribunal de Justiça.

Por meio dele, terceiros fraudadores efetuam o que vulgarmente se denomina **"clonagem"** do perfil, do aplicativo ou da linha da vítima e, mediante simulação, fazendo-se passar por ela, solicitam transferências bancárias (DOC, TED ou PIX) a seus contatos, em geral amigos e familiares, de quantias módicas em dinheiro.

Apesar da evidente aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e não obstante a óbvia legitimidade passiva da operadora da linha telefônica, da provedora da aplicação e da instituição financeira, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, em corrente amplamente majoritária, consolidou-se no sentido de que não há nexo de causalidade que possa justificar a responsabilização dos fornecedores, seja por fato exclusivo da vítima, por falta de cautelas mínimas, seja por fato de terceiro, verdadeiro autor da fraude, havendo fortuito externo (artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil).

Acesso ao Sumário

Com efeito, assim decide, no mérito, a maioria massacrante das Câmaras integrantes da 2ª e da 3ª Subseções de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, competentes para o julgamento de demandas envolvendo prestação de serviços (artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013 do Órgão Especial).

Confira-se: **1)** TJSP, Apelação n. 1006830-65.2021.8.26.0248, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 04-04-2022, rel. Des. Gil Coelho; **2)** TJSP, Apelação n. 1003418-46.2020.8.26.0577, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 29-09-2021, rel. Des. Tasso Duarte de Melo; **3)** TJSP, Apelação n. 1000143-62.2021.8.26.0607, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 13-04-2022, rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; **4)** TJSP, Apelação n. 1013904-42.2021.8.26.0032, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 13-04-2022, rel. Des. Thiago de Siqueira; **5)** TJSP, Apelação n. 1003970-10.2021.8.26.0566, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 11-04-2022, rel. Des. Jairo Brazil Fontes Oliveira; **6)** TJSP, Apelação n. 1013601-73.2021.8.26.0114, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 15-02-2022, rel. Des. Jovino de Sylos; **7)** TJSP, Apelação n. 1000359-76.2021.8.26.0169, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 06-04-2022, rel. Des. Souza Lopes; **8)** TJSP, Apelação n. 1125665-39.2019.8.26.0100, 18ª Câmara de Direito Privado, j. 07-02-2022, rel. Des. Israel Góes dos Anjos; **9)** TJSP, Apelação n. 1001303-16.2020.8.26.0007, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 16-12-2020, rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa; **10)** TJSP, Apelação n. 1007854-73.2020.8.26.0019, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 14-09-2021, rel. Des. Álvaro Torres Júnior; **11)** TJSP, Apelação n. 1031420-68.2021.8.26.0002, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 31-03-2022, rel. Des. Edgard Rosa; **12)** TJSP, Apelação n. 1000167-47.2021.8.26.0201, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 30-03-2022, rel. Des. Hélio Nogueira; **13)** TJSP, Apelação n. 1002048-13.2019.8.26.0627, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 24-04-2022, rel. Des. Plinio Novaes de Andrade Júnior; **14)** TJSP, Apelação n. 1003455-26.2021.8.26.0161, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 18-02-2022, rel. Des. Hugo Crepaldi; **15)** TJSP, Apelação n. 1000384-30.2021.8.26.0609, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 04-04-2022, rel. Des. Sergio Alfieri; **16)** TJSP, Apelação n. 1120722-13.2018.8.26.0100, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 15-12-2021, rel. Des. Fabio Tabosa; **17)** TJSP, Apelação n. 1000421-08.2021.8.26.0302, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 06-12-2021, rel. Des. Andrade Neto; **18)** TJSP, Apelação n. 1032461-20.2020.8.26.0224, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 26-04-2022, rel. Des. Antonio Rigolin; **19)** TJSP, Apelação n. 1088250-85.2020.8.26.0100, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 04-02-2022, rel. Des. Mary Grün; **20)** TJSP, Apelação n. 1008532-11.2020.8.26.0562, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 13-12-2021, rel. Des. Luiz Eurico; **21)** TJSP, Apelação n. 1001791-80.2021.8.26.0024, 37ª Câmara de Direito Privado, j. 02-02-2022, rel. Des. Ana Catarina Strauch; e **22)** TJSP, Apelação n. 1016615-40.2020.8.26.0554, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 16-02-2022, rel. Des. Mario de Oliveira.

Acesso ao Sumário

Assim sendo e levando em consideração que o atual sistema processual é pautado por uma política de valorização dos precedentes, chegando-se a impor que **"os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"** (artigo 926 do Código de Processo Civil), adoto essa mesma orientação.

E como no caso particular dos autos, observada a narrativa genérica apresentada na petição inicial, não há nenhuma peculiaridade que possa afastar esse entendimento, não vejo fundamento para a pretendida reforma da sentença.

Posto isso, **nego provimento** ao recurso. Deixo de arbitrar honorários recursais, pois é vedado ao Tribunal, **"no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento"** (artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053163-05.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante REBECCA FIRMINO PEREIRA DA SILVA, é apelado UNITED AIRLINES INC..

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 22.144)**

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

São Paulo, 30 de junho de 2022.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TRANSPORTE AÉREO INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – Autora que alegou ter perdido conexão para Montreal em razão do atraso no voo na rota São Paulo-Washington, que acarretou demora na chegada ao seu destino de, aproximadamente, 7 horas – Ausência de prova do atraso alegado – Autora não indicou o horário de desembarque em Washington – Boletim de viagem apresentado pela ré que demonstra o cumprimento do voo no tempo previsto – Sentença de improcedência da ação mantida – Re-

curso improvido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS – Aplicação do disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil – Honorários advocatícios fixados na sentença em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, majorados para 20% (vinte por cento). RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de indenização movida por REBECCA FIRMINO PEREIRA DA SILVA contra UNITED AIRLINES, INC., julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 90/91, cujo relatório adoto. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa.

Inconformada, a autora apelou (fls. 93/104) sustentando, em síntese, que "a Apelada (i) atrasou voo de forma injustificada, ocasionando a perda do voo de conexão; (ii) realocou a Apelante em um novo itinerário que dependia de nova conexão em espera em Chicago; (iii) submeteu a Apelante a um atraso de 07 horas e 19 minutos em relação ao horário de chegada originalmente contratado, tudo por culpa exclusiva da Apelada" (fls. 96).

Impugnou os documentos juntados pela ré, alegando que foram unilateralmente produzidos.

Além disto, o "voucher" de alimentação entregue pela ré demonstraria reconhecimento de culpa da empresa pela perda da conexão.

Procurou demonstrar a ocorrência de dano moral indenizável.

Requereu, então, o provimento deste recurso, com a reforma da r. sentença, para que a presente ação fosse julgada procedente.

Recurso tempestivo, regularmente processado e acompanhado dos comprovantes de preparo (fls. 105/106).

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 109/114), pugnando pelo improvimento deste apelo.

Tentativa de conciliação em segundo grau prejudicada, dada à ausência de interesse da apelada (fls. 125).

Não foi manifestada oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A pretensão da autora, quanto ao recebimento de indenização por dano moral, está fundada nos aborrecimentos decorrentes do atraso de um voo por ela contratado, na rota entre São Paulo e Washington, Estados Unidos, que teria

Acesso ao Sumário

ocasionado a perda da conexão para Montreal, Canadá, acarretando atraso, na chegada ao destino final, de 7 (sete) horas e 19 (dezenove) minutos.

A ré, em contestação (fls. 35/44), alegou a ocorrência de culpa exclusiva da autora ou de terceiros, aduzindo que os voos operaram regularmente, sem atrasos.

Tal controvérsia foi bem analisada nos seguintes tópicos da r. sentença recorrida (fls. 90):

"Em sua inicial, a autora limita-se a dizer que houve atraso no vôo que partiu de São Paulo com destino a Washington, mas não especifica de quanto tempo foi esse atraso.

Os documentos juntados pela ré comprovam que esse atraso foi de alguns minutos, mas que não houve atraso na chegada.

A previsão de chegada era 6h45min e, mesmo com pequeno atraso na decolagem, o vôo chegou às 6h41min (vide fls. 68).

Tais documentos são dignos de total credibilidade. A autora não impugnou o conteúdo dos documentos: em nenhum momento, disse a autora qual teria sido o horário de chegada do vôo que partiu de São Paulo, senão aquele indicado no referido documento.

Portanto, não foi a ré a causadora da perda do vôo seguinte pela autora. Ou a perda decorreu de culpa da autora (que não se dirigiu a tempo ao portão de embarque) ou de culpa de terceiro (se a demora ocorreu na imigração americana), sem responsabilidade da ré."

Neste contexto, não ficou comprovada a alegação da autora acerca do atraso no voo durante o trajeto entre São Paulo e Washington, a qual, como bem observou a Meritíssima Juíza sentenciante, não afirmou qual teria sido o horário de chegada, sendo mais verossímil a narrativa apresentada pela empresa ré e amparada em elementos probatórios, de que o voo em questão foi realizado dentro do horário programado.

Por conseguinte, não ficou demonstrado que o atraso na chegada ao destino, decorrente da perda do voo de conexão, tivesse decorrido de falha na prestação de serviço pela empresa ré.

Ademais, deve ser levado em consideração, ainda, que foi prestada assistência à autora durante o período, conforme ela própria admitiu, na petição inicial, bem como com a juntada do "voucher" fornecido pela ré (fls. 23).

Por conseguinte, impõe-se a manutenção da bem lançada sentença que deu a correta solução a esta lide.

Por derradeiro, nos termos do artigo 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, os honorários advocatícios fixados na sentença em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, ficam majorados para 20% (vinte por

Acesso ao Sumário

cento).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Ficam prequestionadas as matérias alegadas pelas partes, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001974-71.2021.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que é apelante IVONE DE LIMA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL VIDA NOVA II (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.128)**

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

São Paulo, 30 de junho de 2022.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. Teoria ausência de documento indispensável à propositura da ação. Condomínio apelado que se limita a cobrar a cota mensal pertinente ao custeio das despesas ordinárias, cuja demonstração se dá por meio da exibição da ata da assembleia anual que a fixou, a qual está acostada aos autos. Teórica ausência de mora da condômina em face da ausência de sua interpelação. Obrigação líquida, positiva e a termo que dispensa a atuação do credor para a caracterização da mora (art. 397 do Código Civil). Apelo desprovido.

VOTO

Insurge-se a ré, ora apelante, contra a r. sentença que julgou procedente a ação, condenando-a no pagamento de cotas condominiais vencidas entre janeiro de 2020 e abril de 2021, no valor total de R$ 1.772,07 (fls. 100/104).

Argui a inépcia da petição inicial em razão de não estar instruída com os

Acesso ao Sumário

boletos de cobrança.

Pontua que o condomínio autor não a constituiu em mora, inexistindo pretensão resistida que evidencie a existência de interesse processual.

Aduz a nulidade da cobrança, argumentando que a cobrança de cota condominial requer a sua aprovação em assembleia geral entre os condôminos, com a demonstração de seu valor e a prévia informação ao cobrador acerca da existência de tal cobrança. Requer o provimento do recurso (fls. 107/117).

Recurso isento de preparo e respondido (fls. 121/129).

É o relatório.

A apelante pleiteia a extinção da demanda sem julgamento de mérito, arguindo as preliminares de inépcia da petição inicial e ausência de interesse processual.

No que tange aos documentos indispensáveis à propositura de ação ordinária de cobrança de cotas condominiais, cumpre anotar que, diferentemente da execução direta do respectivo título extrajudicial (art. 784, X, CPC), o texto legal não traz especificação quanto a sua demonstração.

Outrossim, há uma multiplicidade de despesas condominiais (ordinárias, extraordinárias e individuais), cuja comprovação demanda a exibição de documentos diversos.

A esse respeito, cabe transcrever excerto da decisão paradigmática proferida no julgamento do REsp 1.483.930/DF, *in verbis*:

> "o regular e tempestivo pagamento das taxas condominiais é obrigação essencial de todos os condôminos – evitando-se o parasitismo às custas da coletividade condominial –, pois "a pontualidade no pagamento das despesas de condomínio constitui dever dos condôminos e fator importante para a boa administração". (LOPES, João Batista. Condomínio. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 123)
>
> O condômino responde pelos encargos do condomínio independentemente da sua anuência e do seu comparecimento ou não à assembleia. É que "da simples circunstância da sua integração ao universo condominial decorre sua responsabilidade de arcar com as despesas comuns". (AgRg no Ag 4.912/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/1990, DJ 19/11/1990, p. 13263)
>
> Ademais, os deveres gerais do síndico são impostos por lei e complementados pela Convenção, sendo certo que os incisos do art. 1.348 e o caput do art. 1.350, do CC/2002 estabelecem que, dentre outros deveres, cabe ao Síndico: a) convocar a assembleia dos condôminos; b) representar ativa e passivamente o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns; c) dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedi-

Acesso ao Sumário

mento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio; d) cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia; e) elaborar orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano; f) cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor as multas devidas; g) prestar contas à assembleia anualmente e quando exigidas; h) convocar anualmente assembleia ordinária de condôminos a fim de aprovar o orçamento das despesas, as contribuições dos condôminos e a prestação de contas.

Como ressai claro das disposições legais, cabe ao Síndico a guarda ou a supervisão de todos os documentos e arquivos do Condomínio e o acionamento do condômino em mora em suas contribuições, independentemente de prévia autorização da Assembleia. Ademais, não cabe ao síndico praticar liberalidade nem participar de ato ou contrato que, de qualquer modo, conflite com os interesses do condomínio, sendo razoável admitir que o síndico realize transações e acordos, "desde que a transigência não envolva grandes valores ou interesses fundamentais do condomínio", para que seja considerado como bom gestor. (FRANCO, João Nascimento. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49)

De outra parte, registro que em três classes se dividem basicamente as despesas de condomínio: a) ordinárias (art. 1.348, VI, e 1.350 do CC); b) extraordinárias (art. 1.341); e c) individualizadas (art. 1.331, § 5º, 1.340 e 1.344).

As despesas de custeio rotineiras, cobradas pelas taxas ordinárias, devem ser orçadas e aprovadas em Assembleia anual (art. 1.341, 1.342, 1.343 e 1.350 do CC), podendo prever fração para compor o fundo de reserva, e as extraordinárias devem ser previamente deliberadas em assembleia.

Com efeito, cumpre sublinhar que, muito embora se cuide de obrigação real (propter rem), deve-se observar, em atenção aos argumentos trazidos em substanciosos arrazoados pelos amicis curiae, que os débitos devem constar em instrumentos (atas das assembleias que devem instruir as ações para cobrança de taxa condominial e, eventualmente, convenção condominial), onde é possível, pois, aferir os valores e a data em que deveria ser efetuado o pagamento do débito inadimplido". (REsp n. 1.483.930/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 23/11/2016, DJe de 1/2/2017.)

Na peculiaridade dos autos, o condomínio apelado se limita a cobrar a cota mensal pertinente ao custeio das despesas ordinárias, cuja demonstração se dá por meio da exibição da ata da assembleia anual que a fixou, a qual está acostada aos autos (fls. 90).

Por conseguinte, somente seria necessária trazer aos autos os boletos bancários se houvesse a cobrança de despesas individuais, tais como o consumo de água ou gás.

Acesso ao Sumário

Sublinhe-se que a cobrança da taxa condominial independe da anuência da proprietária da unidade habitacional de condomínio edilício, bastando a aprovação de seu valor em assembleia.

Noutro ponto, a caracterização da mora do condômino inadimplente independe de sua interpelação, porquanto se trata de obrigação a termo, incidindo, portanto, o art. 397 do Código Civil.

Nesse sentido, confira-se os V. Arestos, *in verbis*:

"CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. AÇÃO MONITÓRIA. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. DÍVIDA POSITIVA, LÍQUIDA E COM TERMO CERTO. MORA EX RE. JUROS INCIDENTES A PARTIR DO VENCIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Não é o meio judicial de cobrança da dívida que define o termo inicial dos juros moratórios nas relações contratuais, mas sim a natureza da obrigação ou a determinação legal de que haja interpelação judicial ou extrajudicial para a formal constituição do devedor em mora.

2. Interpretando-se os arts. 960, 961 e 962 do CC de 1916 (correspondentes aos arts. 390, 397 e 398 do CC/2002), infere-se que a mora do devedor pode-se configurar de distintas formas, de acordo com a natureza da relação jurídico-material estabelecida entre as partes ou conforme exigência legal. Assim, em caso de: (I) responsabilidade contratual, relativa à obrigação positiva e líquida e com termo certo, da qual resulta a mora ex re, os juros moratórios incidem a partir do vencimento; (II) responsabilidade contratual que não possui termo previamente determinado ou que a lei exige interpelação, na qual o inadimplemento leva à mora ex persona, o termo inicial dos juros de mora será, normalmente, a data da notificação ou protesto, quando for exigida interpelação extrajudicial, e a data da citação, quando exigir-se a interpelação judicial; (III) obrigação de não fazer, negativa, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que pratica o ato que lhe era vedado, ficando, assim, constituído em mora nesta data; (IV) responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ).

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Especial, ainda que o débito seja cobrado por meio de ação monitória, se a obrigação for positiva e líquida e com vencimento certo, devem os juros de mora fluírem a partir da data do inadimplemento – a do respectivo vencimento –, nos termos em que definido na relação de direito material. Precedentes (EREsp 1.250.382/RS).

4. A hipótese dos autos, conforme delineado pelas instâncias or-

Acesso ao Sumário

dinárias, traz a cobrança dos devedores, por intermédio do ajuizamento contra estes de ação monitória, de obrigação constante de contrato de abertura de crédito em conta corrente, inadimplida nos anos de 1995 e 1996, figurando como credora a antiga Caixa Econômica Estadual, sucedida pelo Estado do Rio Grande do Sul, o ora embargante. Em tal contrato havia previsão expressa de incidência de juros moratórios em caso de inadimplemento da obrigação de pagamento, de natureza positiva e líquida, no vencimento certo.

Portanto, tratava-se de obrigação contratual cujo inadimplemento, por si só, levava à constituição do devedor em mora, desde a data do vencimento (mora ex re ou automática), de maneira que os juros moratórios devem incidir a partir do inadimplemento da obrigação.

5. A jurisprudência desta Corte reconhece no manejo de ação monitória aptidão para demonstração da natureza positiva e líquida da obrigação constante de contrato de abertura de crédito em conta corrente, com obtenção de provimento judicial nesse sentido, assim como a possibilidade de emissão de título executivo extrajudicial originado em saldo devedor decorrente daquele contrato.

6. Embargos de divergência providos".

(EAREsp n. 502.132/RS, relator Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 5/5/2021, DJe de 3/8/2021.)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MORA EX RE. OBRIGAÇÃO POSITIVA E LÍQUIDA. TERMO INICIAL DOS JUROS. MOMENTO DO INADIMPLEMENTO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. Hipótese em que a ora insurgente alega violação do art. 405 do Código Civil, sob o argumento de que o termo inicial da contagem dos juros de mora é a data da citação da presente ação.

2. O Tribunal a quo, por sua vez, afirmou que por se tratar de mora ex re, "...os juros moratórios incidem a contar do não pagamento das obrigações, e não desde a citação como pleiteia a apelante".

3. Verifica-se que a conclusão alcançada na origem está em harmonia com o entendimento do STJ, segundo o qual a mora *ex re* independe de qualquer ato do credor, como interpelação ou citação, porquanto decorre do próprio inadimplemento de obrigação positiva, líquida e com termo implementado, cuja matriz normativa é o art. 397 do Código Civil. Precedentes.

4. No tocante ao pleito de afastamento da multa aplicada por ocasião do julgamento dos aclaratórios na origem, nota-se que não houve indicação clara e inequívoca dos artigos de lei que teriam sido contrariados,

Acesso ao Sumário

o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.

5. Agravo Interno não provido".

(AgInt no AREsp n. 1.544.448/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 31/8/2020.)

Nessa medida, a pretensão ao recebimento das cotas condominiais vencidas surge da ausência do pagamento da obrigação positiva e líquida no respectivo termo, independendo de qualquer ato do credor para a constituição do devedor em mora.

Imperativa, pois, a manutenção da r. sentença apelada.

Por esses fundamentos, meu voto nega provimento ao recurso, majorando-se os honorários sucumbenciais (art. 85, § 11, CPC) para o valor equivalente a 12% da condenação, cuja exigibilidade fica suspensa na forma do art. 98, § 3º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1064217-94.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FORTALEZA DE SANTA TERESINHA AGRICULTURA E PECUÁRIA S.A., é apelado BUNGE ALIMENTOS S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.842)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MARCOS GOZZO.

São Paulo, 29 de junho de 2022.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Execução para entrega de coisa incerta – Soja em grãos – Execução para entrega de coisa incerta, fundada em três contratos de compra e venda de soja em grãos – Embargante que se comprometeu a entregar à embargada a quantia total de 5.280 toneladas líquidas finais após a classificação de soja em grãos, referente à safra de 2021, até 1.5.2021 – Caso em que ficou ajustado nesses contratos que o preço a

ser pago pela embargada pela soja corresponderia a R$ 100,00 por saca de 60 quilos líquidos – Estabelecido que o pagamento seria realizado pela embargada em 1.6.2021, condicionado à entrega dos produtos nos termos dos contratos, mediante depósito na conta corrente da embargante – Embargante que, na data estipulada, não entregou a soja, motivo pelo qual a embargada ingressou com a execução.

Execução para entrega de coisa incerta – Soja em grãos – Impossibilidade de se admitir iliquidez e inexigibilidade dos contratos – Caso em que consta, expressamente, de cada contrato a quantidade certa de toneladas "líquidas finais após a classificação" que a embargante devia entregar à embargada até 1.5.2021, bem como o valor total a ser pago por essas toneladas líquidas em 1.6.2021, desde que a embargante entregasse o "produto nos termos deste contrato" – Padrões de qualidade a serem observados pela embargante que foram especificados nos ajustes.

Execução para entrega de coisa incerta – Soja em grãos – Embargante que concordou que a soja seria classificada de acordo com as técnicas e procedimentos de classificação adotados pela embargada, com a utilização de seus equipamentos e tabela de descontos – Embargante que se trata de sociedade por ações, tendo sido assessorada por departamento jurídico próprio para celebrar os ajustes – Impossibilidade de alegar desconhecimento acerca dos termos do contrato, ao qual a embargante livremente se obrigou.

Execução para entrega de coisa incerta – Soja em grãos – Inviável aceitar-se a alegação da embargante de que a embargada, ao determinar o descarregamento da soja em 6.5.2021, impossibilitou-a de realizar nova classificação da soja, nos moldes do item 9.3 dos ajustes – Fato que implicaria a iliquidez e incerteza da obrigação contratual – Descabimento – Embargante que se limitou, unicamente, a discordar da classificação realizada pela embargada, sem ter acenado com qualquer intenção concreta de efetuar uma nova classificação – Simples fato de a embargada haver determinado o descarregamento da soja que não consis-

Acesso ao Sumário

tiria em fato impeditivo para que a embargante procedesse a essa "nova classificação" – Embargada que não violou o princípio da boa-fé objetiva – Decreto de improcedência dos embargos mantido – Apelo da embargante desprovido.

VOTO

1. Trata-se de embargos do devedor (fls. 1/20), opostos por "Fortaleza de Santa Teresinha Agricultura e Pecuária S.A." à ação de execução para entrega de coisa incerta ajuizada por "Bunge Alimentos S.A." (fls. 58/80), fundada em três contratos de compra e venda de soja em grãos (fl. 59).

A embargada ofereceu impugnação aos embargos (fls. 195/220), havendo a embargante apresentado réplica (fls. 286/302).

A ilustre juíza de primeiro grau, de modo antecipado (fl. 315), julgou improcedentes os embargos opostos (fls. 312/319). Condenou a embargante no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado (fls. 318/319).

Inconformada, a embargante interpôs, tempestivamente, apelação (fls. 322/323), aduzindo, em síntese, que: a obrigação contratada de entregar a mercadoria possui natureza dúplice; competia a ela entregar a mercadoria na qualidade, quantidade e no prazo estipulados no contrato e cabia à embargada a obrigação de pagar o preço; a sua obrigação não é líquida e certa, tendo em vista que o contrato prevê a obrigação da embargada de pesar e classificar o produto para apurar o preço da mercadoria; a obrigação da embargada também não é líquida e certa, visto que está regulada pelas cláusulas 9.1 e 9.2 dos contratos, que preveem o seu direito de impugnar o peso e a classificação realizada pela embargada; as duas obrigações serão líquidas depois da pesagem e classificação por parte da embargada com a concordância dela ou depois de realizada a classificação por ela com a concordância da embargada; com a determinação de descarregamento da soja por parte da embargada, em 6.5.2021, não pôde exercer a faculdade prevista na cláusula 9.3, tendo em vista que a soja foi devolvida antes do prazo de setenta e duas horas; para se apurar a liquidez dos contratos, não basta a análise gramatical de suas cláusulas, devendo haver um confronto destas com a execução dos contratos; a regulamentação das obrigações tornou-as ilíquidas e incertas; com a apreensão da soja, constata-se a iliquidez e incerteza dos contratos; os atos praticados pela embargada antes do vencimento da obrigação de entregar a mercadoria, em 1.5.2021, bem como da obrigação de retirar a mercadoria em 30.5.2021, autorizam a conclusão de que ela jamais pretendeu cumprir os contratos com lealdade, tendo pretendido obter vantagens ilegais e imorais; houve violação à boa-fé objetiva, o que impossibilita a execução dos

Acesso ao Sumário

títulos; tendo sido impossibilitada de impugnar a classificação da soja, rescindiu o contrato em 31.5.2021; os embargos devem ser acolhidos, extinguindo-se a execução; deve ser reconhecida a legitimidade da rescisão dos contratos; a embargada deve ser condenada a pagar o valor da soja pela cotação de mercado na data da busca e apreensão, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, multa de 10% sobre o débito, correção monetária até o efetivo pagamento (fls. 324/337).

O recurso foi preparado (fls. 350/351), havendo sido respondido pela embargada (fls. 363/376).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pela embargante não merece prosperar.

Explicando:

2.1. Cuida-se de ação de execução para entrega de coisa incerta (fls. 58/80), baseada em três contratos de compra e venda de soja em grãos, de nº 1000154897 (fls. 81/86), nº 1000155116 (fls. 88/93) e nº 1000164237 (fls. 95/101).

Por meio desses contratos, a embargante comprometeu-se a entregar à embargada a quantia total de 5.280 toneladas líquidas finais após a classificação de soja em grãos, referente à safra de 2021, até 1.5.2021 (fls. 81, 88, 95).

Ficou ajustado nesses contratos que o preço a ser pago pela embargada pela soja corresponderia a R$ 100,00 (cem reais) por saca de 60 quilos líquidos (cláusula III, fls. 81, 88, 95).

As partes estabeleceram que o pagamento seria realizado pela embargada em 1.6.2021, condicionado à entrega dos produtos nos termos dos contratos, mediante depósito na conta corrente da embargante (cláusula IV, fls. 81, 88, 95 e item 8.2, fls. 82, 89, 96).

Incontroverso que, na data estipulada nos ajustes, isto é, em 1.5.2021, não houve a efetiva entrega da soja por parte da embargante, motivo pelo qual ingressou a embargada com a presente execução.

2.2. Diversamente do que sustentou a embargante (fls. 327/332), inviável admitir-se iliquidez e inexigibilidade dos contratos em questão.

Constou do item 6.1 da cláusula VI dos contratos que:

> "Por meio do presente instrumento, o vendedor vende ao comprador o produto, conforme qualidade, destinação, safra e especificações de qualidade constantes na Cláusula I (Objeto) deste instrumento, e ainda conforme as demais condições estipuladas nas cláusulas e condições deste contrato" (fls. 82, 89, 96) (grifo não original).

O item 1.1 da cláusula I dos ajustes, que trata da "Qualidade", fixou os seguintes critérios de qualidade dos grãos de soja:

"a) até 14,0000% de umidade;

Acesso ao Sumário

b) até 1,0000% de impurezas (matérias estranhas e/ou impurezas);

c) até 8,0000% de grãos avariados (grãos brotados, imaturos, chochos, danificados e com máximo de 6% de grãos mofados, 4% de grãos ardidos e queimados, sendo no máximo 1% de grãos queimados), e

d) até 8,0000% de grãos esverdeados (grãos que apresentam coloração esverdeada na casca e na polpa)" (fls. 81, 88, 95).

Quanto à aferição da qualidade dos grãos de soja, foi previsto na cláusula IX dos ajustes o seguinte:

"9.1. Estabelecem as partes, de comum acordo, que o produto objeto do presente contrato será classificado de acordo com as técnicas e procedimentos de classificação adotados pelo comprador a cada carga recebida/retirada, utilizando seus equipamentos e sua tabela de descontos, a qual é de pleno conhecimento e aceitação por parte do vendedor, sendo admitidos os percentuais de tolerância especificados no item 1.1 deste contrato".

"9.2. O vendedor garante ao comprador que a qualidade do produto não ultrapassará os percentuais estabelecidos no item 1.1 deste contrato e na hipótese do produto, a ser entregue e retirado pelo comprador nos armazéns do vendedor, com aferição de peso e da qualidade no ato da retirada (do embarque), fica expressamente ajustado entre as partes que não serão admitidas cargas com qualidade inferior à contratada (com percentual maior de umidade, de impurezas, etc.) e que, neste caso, a exclusivo critério do comprador, a carga poderá ser prontamente recusada e não será recebida, correndo todos os custos e prejuízos relacionados à devolução do produto às exclusivas expensas do vendedor".

"9.3. As quantidades e produto entregues pelo vendedor comprovar-se-ão, quanto ao peso líquido bruto e peso líquido final a lhe ser creditado, pelos documentos de recebimento emitidos pelo comprador, permanecendo as amostras à disposição do vendedor pelo prazo de 72 horas, contado da data da entrega/retirada do produto. Uma vez decorrido o prazo de 72 horas, as partes estabelecem de comum acordo que não mais será aceita qualquer reclamação sobre a classificação e quanto à rejeição do produto" (fls. 82, 89, 96) (grifo não original).

Tais previsões não tornam ilíquida, tampouco inexigível, a obrigação de entregar a soja em grãos a que a embargante se comprometeu nos contratos.

Aliás, essa alegação beira a litigância de má-fé, diante da clareza dos termos dos ajustes.

Constou, expressamente, de cada contrato a quantidade certa de toneladas "líquidas finais após a classificação" que a embargante devia entregar à embargada até 1.5.2021, assim como o valor total a ser pago por essas toneladas líquidas em 1.6.2021, desde que a embargante entregasse o "produto nos termos

Acesso ao Sumário

deste contrato" (fls. 81, 88, 95).

Também foram especificadas, de maneira explícita, nos contratos quais eram os padrões de qualidade a serem observados pela embargante (item 1.1 da cláusula I, fls. 81, 88, 95).

Afora isso, houve concordância por parte da embargante de que a soja seria classificada de acordo com as técnicas e procedimentos de classificação adotados pela embargada, com a utilização de seus equipamentos e tabela de descontos, dos quais afirmou ter pleno conhecimento (item 9.1 da cláusula IX, fls. 82, 89, 96).

Ora, a embargante não é pequeno produtor rural, ao contrário, cuida-se de sociedade por ações com capital social de mais de R$ 86.000.000,00 (fls. 24/32), tendo sido assessorada por departamento jurídico próprio para celebrar os ajustes.

Não pode alegar desconhecimento acerca dos termos do contrato, ao qual livremente se obrigou.

2.3. Incabível, ademais, aceitar-se a alegação da embargante de que a embargada, ao determinar o descarregamento da soja em 6.5.2021, impossibilitou-a de realizar nova classificação da soja, nos moldes do item 9.3 dos ajustes, fato que implicaria a iliquidez e incerteza da obrigação contratual (fls. 329/331).

Da análise dos e-mails trocados entre os prepostos das partes (fls. 44/49), infere-se que a embargante se limitou, unicamente, a discordar da classificação realizada pela embargada, sem ter acenado com qualquer intenção concreta de efetuar uma nova classificação.

Não se pode reconhecer, por outro lado, que o simples fato de a embargada haver determinado o descarregamento da soja consistiria em fato impeditivo para que a embargante procedesse a essa "nova classificação".

2.4. Igualmente, não há de se falar que a embargada agiu em contrariedade à boa-fé objetiva ao ajuizar a execução em análise, tampouco que tenha assim atuado ao requerer cautelarmente o sequestro da soja (fl. 333).

A execução foi ajuizada em 3.5.2021 (fl. 58), portanto, depois do vencimento da obrigação da embargante de entregar as 5.280 toneladas de soja em grão a que se obrigou.

Quanto ao sequestro, verifica-se que a medida foi adequada, já que a embargante, de fato, não cumpriu a sua obrigação.

Na realidade, foi a embargante quem agiu em desconformidade com a boa-fé objetiva que rege todos os contratos ao descumpri-los.

3. Nessas condições, nego provimento à apelação da embargante, mantendo a sentença impugnada (fls. 312/319).

Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal pelos

Acesso ao Sumário

advogados da embargada (fls. 363/376), majoro, com fulcro no art. 85, § 11, do atual CPC, os honorários devidos a eles pela embargante, de 10% para 12% sobre o valor da causa, isto é, sobre R$ 8.898.000,00 (fl. 20), atualizado pelos índices da tabela prática editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo desde o ajuizamento dos embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027813-05.2019.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante RICARDO LUIS MARTINS VERONESI, é apelada GIULIANNA ALCANTARA SILVESTRE.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.184)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM e FELIPE FERREIRA.

São Paulo, 30 de junho de 2022.

MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL, Relatora

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. Ação de indenização. Sentença de improcedência. Insurgência do autor. Reparos realizados pelo locador após a imissão na posse do imóvel locado que incluem pintura, limpeza e serviços de chaveiro. Ausência de prova do estado em que o imóvel se encontrava ao término da locação. Custos que não podem ser atribuídos à locatária. Ausência de vistoria final ou de produção antecipada de provas. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 133/134, proferida pelo MM Juiz André Luis Bicalho Buchignani, que julgou improcedente a ação de indenização, condenando o autor ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Apela o autor (fls. 137/144), alegando, em síntese, que a apelada abandonou o imóvel, sem efetuar a devolução das chaves, descumprindo o contrato de locação.

Aponta que necessitou de um mandado de imissão na posse para conseguir entrar no imóvel, com auxílio do Oficial de Justiça e do chaveiro.

Aduz constar na certidão do Oficial de Justiça que o imóvel encontrava-se abandonado.

Argumenta que a vistoria final foi realizada por meio de vídeo, sem a presença da locatária.

Contrarrazões às fls. 151/154.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização relativa a locação de bem imóvel.

Alega o autor que a então locatária, ora ré, abandonou o imóvel locado, sendo que esse não se encontrava nas mesmas condições do início da locação, de modo que foram necessários diversos reparos ao custo total de R$10.144,00.

Com a inicial, anexou recibos e orçamentos, referentes aos serviços de chaveiro, pintura e limpeza do imóvel.

No entanto, como bem salientado pelo Magistrado na origem, não existe nos autos laudo de vistoria contemporâneo à data em que a locatária desocupou o imóvel.

Ainda que a retomada do imóvel pelo locador tenha decorrido do cumprimento de mandado de imissão na posse em ação de despejo, este deveria, a fim de preservar o seu direito, ter ingressado com ação cautelar de produção antecipatória de prova após a constatação das avarias. Entretanto, assim não o fez.

Ou seja, não há elementos objetivos para se aferir o estado em que o imóvel foi entregue à locatária (vistoria inicial) e como o imóvel foi deixado, para se atribuir integralmente à locatária os custos dos reparos apontados pelo autor.

Portanto, a r. sentença recorrida deve ser mantida por seus próprios e mais estes fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Majoro, em sede recursal, os honorários advocatícios fixados em favor do advogado da ré para 10,5% (dez e meio por cento) do valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038508-15.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelada MIRIAN CARLA VICENTE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO AGIBANK S/A.

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

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.451)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), SALLES VIEIRA e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 1º de julho de 2022.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Empréstimo pessoal – Ação revisional c.c indenização por danos morais – Sentença de parcial procedência – Recurso da autora – Aplicação da taxa de juros na média do mercado mantida – Abusividade verificada – Repetição em dobro – Não acolhimento – Má-fé da instituição bancária que ensejaria a repetição em dobro não comprovada – Dano moral não verificado – Autora que não sofreu abalo ou restrição de crédito, nem lesão à sua honra objetiva ou subjetiva – Pleito não acolhido – Sucumbência recíproca mantida – Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de ação declaratória c.c indenização danos morais e materiais por Mirian Carla Vicente contra Banco Agibank S/A, que julgou a demanda parcialmente procedente pela respeitável sentença de fls. 449/453, cujo relatório adoto, condenando o apelado a declarar a nulidade da cláusula contratual abusiva, pactuados no contrato de nº 1210105539, determinando sua revisão por meio da substituição da taxa de juros remuneratórios, condenando a parte ré à devolução do excedente pago a título de juros remuneratórios, de forma simples. Sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais serão repartidas entre as partes à proporção de metade para cada um ressalvados os benefícios da gratuidade processual concedidos à autora.

Inconformada, a autora recorreu (fls. 456/470), sustentando, em suma, que o dano moral é devido em razão do que restou comprovado nos autos, bem como, de sua tríplice função (compensador; reparatório e punitivo), devendo, portanto ser fixado não apenas para compensar e reparar todos os transtornos, abalos e abusos sofridos pela apelante, mas também deve ser fixado como forma de punir o recorrido.

Ressaltou que a relação contratual feriu sua dignidade, o qual teve parcela significativa de sua fonte comprometida de forma extorsiva pelo apelado.

Acesso ao Sumário

Procurou demonstrar que houve má-fé da instituição bancária, de forma que os valores indevidos devem ser restituídos, em dobro. Afirma também que os honorários advocatícios fixados pelo juízo *a quo* são aviltantes, de forma que requer sua majoração para o mínimo de R$ 2.500,00.

Requereu, então, o provimento deste recurso, com a reforma da r. sentença, para que seja fixado o montante de R$ 5.000,00 a título de danos morais, seja determinada a devolução da diferença dos valores devidos para os valores pagos, em dobro, e a majoração dos honorários advocatícios para R$2.500,00.

Recurso tempestivo, regularmente processado e desacompanhado dos comprovantes de preparo, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 28).

O requerido também recorreu (fls. 741/763), alegando em sede de preliminar o não conhecimento do recurso, uma vez que o patrono da autora pratica advocacia predatória, ingressando com diversas ações em massa.

Afirmou que a taxa de juros aplicada não é abusiva, pois conforme o Superior Tribunal de Justiça, seriam consideradas abusivas apenas as taxas superiores a uma vez e meia, ao dobro, ou ao triplo da média de mercado.

Requereu o provimento do recurso para a reforma integral da sentença, com sua total improcedência, ou para que seja determinada a aplicação de 1.5x a taxa média de não consignado e para que seja reduzida a verba honorária para o patamar mínimo.

Recurso tempestivo, regularmente processado e acompanhado dos comprovantes de preparo (fls. 764/765).

O requerido apresentou contrarrazões (fls. 771/781), e a autora, embora devidamente intimada, deixou de apresentar as contrarrazões.

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

É o relatório.

Primeiramente, em que pesem as argumentações do apelante, o recurso deve ser conhecido, uma vez que preenchidos os requisitos do artigo 1.010, do CPC.

Ademais, vale lembrar que *"A jurisprudência do STJ privilegia a instrumentalidade das formas, adotando a orientação de que a mera circunstância de terem sido reiteradas, na petição da apelação, as razões anteriormente apresentadas na inicial da ação ou na contestação, não é suficiente para o não conhecimento do recurso, eis que a repetição dos argumentos não implica, por si só, ofensa ao princípio da dialeticidade"* (REsp 1665741/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/12/2019).

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação revisional de cláusula contratual decorrente do empréstimo pessoal nº 1210105539, com taxa de juros de 7,60% ao mês e 140,88% ao ano.

O douto juiz sentenciante julgou parcialmente procedente a demanda, declarando a nulidade da cláusula contratual abusiva, determinando sua revisão por meio da substituição da taxa de juros remuneratórios, condenando a parte ré à devolução do excedente pago a título de juros remuneratórios, de forma simples.

Pois bem.

De acordo com a Súmula nº 596 do STF, editada à luz da interpretação do seu artigo 1º, caput, o Decreto 22.626/33 (Lei de Usura), não se aplica às instituições bancárias quanto às taxas de juros remuneratórios.

Conforme entendimento da E. Corte, pacificado com a edição da Súmula Vinculante nº 7 do STF, a regra prevista no art. 192, § 3º da Constituição Federal (revogado pela Emenda Constitucional 40/2003), que restringia tais encargos a 12% ao ano, quando em vigor, não era autoaplicável, mas de eficácia limitada.

Nesse sentido, também julgou o E. STJ no Recurso Especial nº 1.061.530/RS que, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, consolidou a seguinte orientação:

"ORIENTAÇÃO 1

a) As instituições Financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto."

Acesso ao Sumário

Dessa forma, a dinâmica do mercado financeiro, flutuando segundo a oferta e procura de crédito, não permite que haja o 'engessamento' das taxas praticadas na fase de 'normalidade', para limitá-las à média ou em 12% ao ano, exceto se totalmente fora do padrão tolerável.

No caso em tela, o combatido financiamento contém as seguintes taxas de juros: mensal de 20,50% ao mês e 837,23% ao ano.

À época da contratação (janeiro/2017), conforme informações disponíveis no site do BACEN, as taxas médias de mercado para empréstimo pessoal não

consignado – pessoa física eram de 7,44% (mensal) e 136,70% (anual).

Portanto, verifica-se que a taxa de juros aplicada está um pouco acima da média de mercado prevista pelo Banco Central, vislumbrando-se a alegada abusividade.

A propósito, este Egrégio Tribunal de Justiça já proferiu decisões no sentido de que a taxa de juros remuneratórios não pode ser superior ao dobro da média de mercado para o período, sob pena de ser abusiva e colocar o consumidor em desvantagem.

Neste sentido:

"CONTRATOS BANCÁRIOS. Embargos à execução. Sentença de procedência em parte, substituindo a taxa de juros pela taxa média de mercado para operações similares, afastando a cobrança de comissão de permanência. Irresignação da embargada. Cabimento em parte. Legalidade da capitalização dos juros com periodicidade inferior a um ano, desde que prevista no contrato (Súmula 596 do STF e Súmulas 539 e 541 do STJ). Capitalização autorizada pelo contrato 'sub judice'. Limitação dos juros a 12% ao ano, conforme redação original do art.192, § 2º, da CF, que dependia de Lei Complementar (Súmula Vinculante 07). Quando ausente taxa de juros contratada, aplica-se a taxa média divulgada pelo BACEN, salvo se a cobrada for mais benéfica ao consumidor (Súmula 530 do STJ). 'In casu' configurada a abusividade das taxas de juros remuneratórios pactuadas, posto que superior ao dobro da taxa média de mercado praticada à época. Mantida a substituição pelas taxas médias divulgadas pelo BACEN para operações da mesma natureza. Comissão de permanência que não pode ser somada a encargos moratórios (Súmulas 296 e 472 do STJ). Questões pacificadas no julgamento do Recurso Especial 1.061.530-RS, em sede de recursos repetitivos, pelo STJ. Adequação da cláusula de comissão de permanência, de modo que o valor não ultrapasse a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato. Sucumbência recíproca configurada. Recurso provido em parte" (Apelação n. 1009484-85.2014.8.26.0566, Relator Walter Barone, 24ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11.05.2017);

Ressalte-se que o custo efetivo total, embora integrado pela taxa de juros remuneratórios, não se confunde com esta, eis que abrange, juntamente com a remuneração do capital, tarifas, imposto e demais despesas que circundam o empréstimo.

Assim, diante da prova de que a taxa de juros cobrada estava em flagrante descompasso com a média do mercado financeiro para a mesma operação, bem como inexistindo necessária individualização da necessidade de cobrança a maior, resta caracterizada a abusividade, mantendo-se o recálculo fixado pelo

Acesso ao Sumário

juízo *a quo*, com a aplicação da taxa de juros do contrato à média do mercado, para 7,60% (mensal) e 140,88% (anual), em respeito aos princípios da eticidade e boa-fé objetiva, que devem reger todos os negócios jurídicos.

Quanto ao pleito defensivo de repetir em dobro a diferença do valor devido para o valor efetivamente pago, observo que a restituição em dobro depende da má-fé do credor, o que, no caso concreto, não está evidenciada.

Da mesma forma entende o Superior Tribunal de Justiça:

"[...] 2. A devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor pressupõe a existência de pagamento indevido e a má-fé do credor, consoante o entendimento desta Corte. [...]" (AgInt no REsp 1502471/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 29/10/2019, DJe 05/11/2019). "[...] 1. 'A repetição em dobro de valores indevidamente cobrados e/ou descontados exige a demonstração da má-fé do credor' (AgRg no AREsp 167.156/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 1º/12/2015, DJe de 03/12/2015). [...]" (AgInt no AREsp 1501756/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 25/10/2019).

Portanto, a cobrança de juros estava pautada em instrumento contratual que só veio ser revisado em juízo ante o abuso constatado. Sendo assim, constata-se que a apelante não foi ludibriada, uma vez que o contrato era expresso quanto à taxa de juros. A hipótese é de devolução na forma simples, tal como determinado na r. Sentença

Já em relação ao pleito para fixação de indenização por dano moral, compreendo que não ficou evidenciada a ocorrência de dano moral indenizável. Isto porque, a mera imposição de taxa de juros acima da média não atenta contra a dignidade da apelante, que contratou voluntariamente as obrigações.

Ressalte-se que, não é devida indenização, sob o rótulo de "dano moral", em razão de transtornos, perturbações ou aborrecimentos que as pessoas sofrem no seu dia a dia, frequentes na vida de qualquer indivíduo. No caso em tela não está demonstrado que a parte tenha sofrido qualquer abalo psicológico, ou alteração do seu comportamento habitual, em razão destes contratempos.

A apelada não sofreu abalo de crédito, e não lhe foi imposta qualquer restrição cadastral, tampouco houve qualquer lesão à sua honra objetiva e subjetiva.

Desta forma, não há que se falar em indenização a título de dano moral.

Preserva-se a distribuição do ônus sucumbencial fixada na sentença combatida e mantenho os honorários advocatícios fixados pelo juízo *a quo* devidos aos patronos das partes adversas, dadas as circunstâncias e complexidade do feito, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, observada a gratuidade da justiça concedida à apelante.

Acesso ao Sumário

Em suma, ausentes os elementos que poderiam dar ensejo à reversão do r. *decisum*, nega-se provimento a ambos os recursos, subsistindo a r. sentença.

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, **nega-se provimento aos recursos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1057346-48.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CAIRO ZACHARIAS JUNIOR, SÔNIA FERRINI TEIXEIRA CONTRERA TORO e SERGIO FELIZARDO CONTRERA TORO, é apelado WILSON GERSEY DE MACEDO (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.097)**

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

São Paulo, 1º de julho de 2022.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER – LOCAÇÃO – O locatário responderá pelas despesas e multas a que der causa na vigência do contrato – Disposição contratual – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por ESPÓLIO DE WILSON GERSEY DE MACEDO contra CAIRO ZACHARIAS JÚNIOR, FELIZARDO CONTRERA TORO E SÔNIA FERRINI TEIXEIRA CONTRERA TORO julgada procedente para condenar os réus, solidariamente, ao ressarcimento do valor recolhido pelo autor aos cofres públicos municipais, referente à dívida fiscal objeto da execução indicada às fls. 93, mediante prova de quitação, com atualização monetária e juros de mora de 1% ao mês contados do desem-

Acesso ao Sumário

bolso.

Os réus foram condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% da condenação.

Apelam os réus buscando a reforma do julgado, sustentando que a multa por irregularidade na calçada é obrigação do locador, bem como alegam que nunca foram intimados das multas.

Recurso respondido.

É o relatório.

Narra a parte autora ter locado ao réu para fim residencial, e que ao término da locação em 14/12/2018, descobriu a existência de execução fiscal em seu nome, para cobrança de dívida de R$ 11.801,00, referente a duas multas por falta de manutenção e limpeza da calçada. As autuações ocorreram na vigência do contrato de locação, sem que o locatário informasse o fato ao locador e tampouco promovesse a limpeza do local, de modo a incorrer em infração contratual (cláusula 13). Requereu a condenação dos réus ao pagamento da dívida fiscal.

Citada, a parte ré apresentou defesa.

A ação foi julgada procedente.

A sentença está correta.

Com efeito, o locatário infringiu a cláusula 13.5 do contrato de locação, uma vez que recebeu as notificações da Prefeitura Municipal de São Paulo e nada fez, especialmente quanto ao dever de comunicar o fato ao locador, para que este sanasse eventuais irregularidades ou exercesse o direito de defesa no processo administrativo, conforme advertências constantes das notificações de fls. 81.

É o que dispõe a cláusula 13.1, de fl. 18: "O LOCATÁRIO pagará as despesas e multas a que der causa, responsabilizando, inclusive pelas multas e majorações dos impostos e taxas ou pela retenção dos avisos de lançamentos respectivos."

Assim, conforme disposição contratual livremente pactuada, os réus respondem pela dívida fiscal.

Acesso ao Sumário

Destarte, verifica-se que a apelante/ré não logrou êxito em comprovar suas alegações, ônus que lhe cabia.

Com efeito não basta simplesmente alegar; é necessário comprovar, pois o artigo 373 do Código de Processo Civil exige do autor que prove os fatos constitutivos de seu direito por meio dos elementos probatórios, tais como prova documental, testemunhal, pericial, entre outras, para, desta forma, ficar comprovado que o direito que alega é existente e o réu, deve comprovar o fato desconstitutivo do direito do autor.

Humberto Theodoro Júnior ensina que: "Esse ônus consiste na conduta

processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isso porque, segunda máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente" (Curso de Direito Processual Civil, vol I, 25ª ed. São Paulo: Forense. 1998. p. 423).

Nesse sentido Vicente Greco Filho diz que, "a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado".

Consequentemente, fica mantida a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em face do exposto, ao recurso é negado provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008425-83.2020.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante/apelado APARECIDO RIBEIRO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO ITAÚ CONSIGNADO S.A e Apelado M F SILVA INFORMAÇÕES CADASTRAIS ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recursos de ambas as partes providos, de conformidade com o voto do Relator", que integra este acórdão. **(Voto nº 34.117)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 1º de julho de 2022.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Sentença de parcial procedência do pedido – Recurso

Acesso ao Sumário

de ambas as partes – RECURSO DO AUTOR DANO MORAL – Contratação de RMC questionada pela autora – Ausência de comprovação da legitimidade do contrato – Responsabilidade configurada – Responsabilidade objetiva da instituição financeira por fortuito interno decorrente de fraude – Inteligência da Súmula 479 do C. STJ Dano "in re ipsa" – Dever de indenizar o dano de cunho extrapatrimonial – Circunstâncias relatadas que ultrapassaram meros dissabores. Indenização devida – Dano moral fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) – Observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Sucumbência atribuído ao requerido em razão do acolhimento dos pedidos do autor em maior parte – Sentença reformada – Recurso do autor provido.

RECURSO DO BANCO CORRÉU – VALORES DISPONIBILIZADOS NA CONTA DO AUTOR – Valor do empréstimo que foi depositado na conta do autor que deve ser devolvido/compensado ao corréu, sob pena de enriquecimento ilícito – Sentença reformada – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – A restituição deve ser simples, e não de forma dobrada, uma vez não se vislumbrou má-fé por parte do fornecedor em sua cobrança – Sentença reformada – Recurso do réu provido.

RECURSO DE AMBAS AS PARTES PROVIDOS.

VOTO

1.– A sentença de fls. 234/238, integrada pela decisão de fl. 259 que não acolheu os embargos de declaração, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 11.04.2022, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente o pedido.

Recorreram ambas as partes.

O autor em seu recurso de apelação (fls. 243/253), pede a reforma parcial da sentença, a fim de que seja acolhido o pedido de indenização por dano moral, sugerindo a importância de R$ 10.000,00 e que o requerido seja condenado ao pagamento dos honorários sucumbenciais de 20% do valor da condenação. Postula que os requeridos sejam condenados ao pagamento de honorários de sucumbência, no percentual de 20% do valor atualizado dado à causa, bem como ao pagamento de custas e despesas processuais.

Acesso ao Sumário

Também recorreu o banco-corréu às fls. 265/268, pedindo que seja julgado improcedente o pedido de repetição de indébito de forma dobrada, devendo eventuais parcelas descontadas serem devolvidas na forma simples. Postula o deferimento da compensação, visto que a realização da compensação não trará qualquer prejuízo a parte autora.

Recursos tempestivos, ausente preparo o recurso do autor, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, preparado o do corréu e foram respondidos (fls. 271/275 e 278/283).

É o relatório.

2.– De acordo com o relatório apresentado na sentença de fls. 234/238, cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação contratual com repetição de indébito e reparação por danos morais, na qual a parte autora, alega, em síntese, que "é aposentado e ao receber seu benefício notou que houve descontos de altos valores, os quais desconhecia. Sustentou que ao buscar informações sobre tais descontos, foi cientificado de que se tratava de empréstimo contratado com o primeiro requerido e intermediado pelo segundo demandado. Mencionou, todavia, que referido empréstimo não foi pactuado e salientou que os descontos ocorreram sem a sua autorização. Ressaltou que as tentativas para solucionar o problema restaram infrutíferas. Requereu, assim, a concessão da tutela de urgência a fim de que haja a determinação da suspensão da cobrança as parcelas do suposto contrato de financiamento. No mérito, postulou pela declaração de inexistência de relação contratual, condenação dos réus à devolução dos valores descontados indevidamente e ao pagamento de R$ 10.000,00 a título de danos morais.

(...)

Citada (fls. 77), a requerida MF Silva Informações Cadastrais ME, ofertou defesa (fls. 78/90). Em síntese, alegou que atua como correspondente bancário e que é as lojas parceiras quem realiza os contratos de empréstimo consignado e que, somente o banco, é quem pode disponibilizar o crédito em conta e efetuar as cobranças. Mencionou acerca da regularidade da contratação e descabimento da restituição em dobro das parcelas descontadas e ausência do dever de reparar os supostos danos morais alegados. Requereu a improcedência dos pedidos da ação. Juntou documentos (fls. 91/98).

Citado (fls. 76), o banco requerido, por sua vez, ofertou contestação (fls. 99/110). Preliminarmente, informou a necessidade de realização de audiência de instrução e julgamento. No mérito, salientou que a parte autora celebrou contrato, não havendo que se falar em irregularidade de cobrança. Aduziu boa-fé, e afirmou que o valor foi liberado em favor da parte requerente. Salientou acerca da inexistência dos danos morais e de danos materiais. Pugnou pela improcedência dos pedidos. Juntou documentos (fls. 111/175).

Acesso ao Sumário

O juiz julgou parcialmente procedente o pedido para declarar inexistente o empréstimo de nº 621317554, realizado em nome do autor, condenou as empresas demandadas, solidariamente, a pagar ao autor, de forma dobrada, a quantia descontada indevidamente. Tal valor deverá ser apurado em sede de execução, com atualização monetária de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir do desconto e juros de mora de 1% a contar da citação até o efetivo pagamento. Quanto aos mencionados pedidos, resolvo o mérito da presente causa, o que faço com fulcro no artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Em face do depósito realizado às fls. 71, informo que este deverá permanecer nos autos, até que seja efetivado o cumprimento da sentença e apurado os valores devidos ao autor. Após referida apuração e devolução em dobro dos valores descontados indevidamente, autorizo o levantamento do valor em favor do requerido, Banco Itaú, o qual deverá apresentar formulário correspondente para tal ato. Diante da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais serão repartidas entre as partes à proporção de metade para cada um, observando-se a gratuidade da justiça concedida a parte autora. Considerando que os honorários são direito do advogado, sendo vedada à compensação, como dispõe o artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil e tendo em vista que a ação não foi julgada improcedente, ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários advocatícios do patrono da parte adversa, que ora arbitro em 10% do proveito econômico obtido pelo autor, observando-se que o autor é beneficiário da gratuidade processual.

E contra o *decisum*, insurgiram-se ambas as partes.

RECURSO DO AUTOR

A parte autora em seu recurso pleiteia a condenação dos réus ao pagamento da indenização por danos morais.

Apesar de o banco-réu negar a sua responsabilidade pelo evento, não se desincumbiu de seu ônus probatório, restando devidamente comprovada nos autos a falha na prestação de serviços por sua parte.

Registre-se que, 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.

O tema da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços por fraudes praticadas por terceiros, já restou consolidada pelo C. STJ, no julgamento do Recurso Especial 1197929, julgado sob o rito previsto no art. 543-C do CPC/73 para os recursos repetitivos:

"RECURSO ESPECIAL – REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

Acesso ao Sumário

JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido." [1]

A Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Com efeito, ausente demonstração de que o documento foi assinado pelo autor, visto que a prova pericial de fls. 210/219 concluiu que "a assinatura aposta no documento questionado não é de autoria de Aparecido Ribeiro da Silva" (fl. 217), é devida a indenização pelos prejuízos sofridos, uma vez que estão caracterizados os danos morais.

No caso em exame, restaram configurados diversos transtornos, pois a resistência do réu em reconhecer o direito pleiteado pela autora e o tempo despendido para solucionar os problemas, incluindo a necessidade de ajuizamento desta demanda para ver reconhecido seu direito, de modo que se justifica a procedência do pedido de indenização por danos morais.

Os fatos ultrapassaram meros aborrecimentos, tendo experimentado a autora injusto transtorno, sem ter obtido solução extrajudicial. Não se trata, pois, de episódio que traduza situação de mero aborrecimento. Este é passageiro e faz parte da vida diária das pessoas e, no caso, os fatos que serviram de fundamento ao seu pedido são extraordinários e singulares.

Reconhecido, portanto, o ato ilícito praticado pelo réu, o dano moral e o nexo causalidade entre o ato e prejuízo dele decorrente, de rigor a condenação do réu por dano moral.

Nesse sentido, confiram-se os julgados deste Tribunal de Justiça:

"AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Contratação de RMC questionada pela autora. Ausência de comprovação da legitimidade do contrato. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Devolução simples, por ausência de má-fé. Recurso não provido. DANOS MORAIS. Reconhecimento, no caso. Circunstâncias relatadas que ultrapassaram meros dissabores. Indenização devida, mas

Acesso ao Sumário

1 REsp 1197929/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 24/08/2011, DJe 12/09/2011.

em quantia menor à pretendida. Observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso parcialmente provido. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." [2]

Com efeito, a indenização é devida uma vez que restou caracterizado o dano moral causado à autora, em virtude de falha na prestação de serviços pelo banco réu. 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.

O sofrimento experimentado tem relação com a conduta equivocada do réu, devendo o dano moral ser quantificado em face daquele ser maior ou menor, sem levar em consideração, propriamente dito, o valor relativo à discussão.

Dentro do contexto fático apresentado nos autos, pautando-se pelos critérios de equidade, que levam em consideração a posição social da ofendida, o comportamento do ofensor, a gravidade da conduta e o caráter punitivo da indenização, o valor de R$ 5.000,00 revela-se adequado a reparar os infortúnios sofridos pela parte autora, sem causar-lhe enriquecimento ilícito, servindo também de desestímulo à parte ofensora.

RECURSO DO BANCO-CORRÉU

Merece acolhimento o pleito de devolução do valor depositado na conta do autor.

No caso em exame, o banco-apelante comprovou que houve o depósito do valor de R$ 1.876,00 (fl. 104), em conta corrente pertencente à parte autora, de modo que esse valor deve ser devolvido pelo autor ao banco-corréu, podendo ser objeto de compensação com relação a eventuais valores por ele devidos. Ressalte-se que o autor não negou que tenha recebido tal quantia em sua conta, inclusive ele próprio reconhece que houve o depósito em sua conta bancária, conforme afirmação feita na reclamação junto ao Procon (fl. 20) anexada aos autos junto com a sua petição inicial.

Desse modo, deve o autor efetuar a devolução da mencionada quantia, sob pena de enriquecimento ilícito.

Por fim, não se justifica a restituição de forma dobrada, como constou da sentença, uma vez que o artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor[3], em consonância com o disposto no artigo 940 do Código Civil[4], só se aplica em

Acesso ao Sumário

2 Apelação nº 1015028-74.2020.8.26.0071, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. 23.08.2021.

3 Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

4 Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias

casos de cobrança oriunda de má-fé por parte do fornecedor em sua cobrança, que não se vislumbrou na espécie, motivo pelo qual o recurso do correquerido também deve ser acolhido nesse ponto.

Merece a sentença ser reformada em parte, para o fim de condenar a parte ré na indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária pela tabela prática do TJSP, a contar da data da publicação deste julgamento, conforme Súmula 362 do STJ e para autorizar que o valor depositado na conta do autor seja restituído/compensado ao banco-corréu com atualização monetária pelos índices oficiais a partir dos efetivos pagamentos, sem prejuízo dos juros moratórios à taxa legal de 1% ao mês, estes a contar da citação, bem como para o fim de determinar que a restituição do valor ao autor, se dê de forma simples, visto que não houve má-fé por parte do corréu.

Em razão do resultado do julgamento e tendo em vista a procedência dos pedidos iniciais do autor em maior parte, o ônus da sucumbência deve ser atribuído aos requeridos, que ficam condenados a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00, verba que é fixada de acordo com o grau de zelo do profissional, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço. Mantidos os demais termos da sentença.

3 – Ante o exposto, dá-se provimento a ambos os recursos, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005822-69.2021.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante COOPERATIVA DOS TRANSPORTADORES AUTÔNOMOS DE CARGAS DE SÃO CARLOS – COOPERTRANSC, é apelada BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam a r. sentença, com observação no que se refere à prescrição, determinando-se o retorno dos autos ao Primeiro Grau. V.U.", de conformidade com o voto do Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.455)**

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

Acesso ao Sumário

recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

São Paulo, 1º de julho de 2022.
CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: SEGURO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO JULGADA IMPROCEDENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. CASO CONCRETO EVIDENCIANDO QUE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE MOSTROU-SE PREMATURO. VERIFICAÇÃO DE QUE DEVE SER PROCEDIDA A REGULAR INSTRUÇÃO DO PROCESSO, PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO E VERIFICAÇÃO INEQUÍVOCA DOS DIREITOS ANTAGÔNICOS ALEGADOS PELA SEGURADA E PELA SEGURADORA. ANÁLISE DA QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO, POR SE TRATAR DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, AFASTANDO SUA OCORRÊNCIA.

Sentença anulada, determinando-se o retorno dos autos ao Primeiro Grau, com observação.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 497/521, com preparo às fls. 522/524, complementado às fls. 544/545) interposta contra a r. sentença de fls. 492/494 (da lavra do MM. Juiz Eduardo Cebrian Araújo Reis), cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação de repetição de indébito, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor atribuído à causa.

Alega a autora-apelante, em síntese, que não foi proferida decisão saneadora, nos termos do art. 357 do CPC, provocando a prolação de "sentença surpresa", que teve seu direito de defesa cerceado, já que a prova oral comprovaria que as propostas do contrato de seguro teriam sido recebidas pela ora apelada, e que o julgamento mostrou-se prematuro, devendo ser anulada a r. sentença. Argumenta que o prazo prescricional é de dez anos. Assevera que a corretora age na qualidade de preposto da seguradora, atuando no interesse dela quando da intermediação dos contratos de seguro, e que a seguradora-apelada não demonstrou que a ora apelante teria aderido ao preço da proposta de seguro, cuja repetição de indébito se busca na presente ação. Requer seja anulada a r. sentença ou sua reforma.

O recurso é tempestivo (fls. 496/497) e preenche as condições de admissibilidade.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 528/535, pugnando pelo não conhecimento do recurso, por ausência de impugnação aos termos da r. sentença, ou seu improvimento.

É o relatório.

Não vinga a pretensão de não conhecimento do recurso. O que se tem claramente é que a recorrente trouxe, no recurso de apelação, as razões pelas quais entende que a r. sentença deva ser reformada. Portanto, não há qualquer violação ao princípio da dialeticidade, como alegado nas contrarrazões.

Respeitado o convencimento do ilustre Juiz *a quo*, o julgamento antecipado da lide mostrou-se prematuro.

A própria r. sentença atacada indica que houve comprovação da existência de proposta em valor inferior, porém, segundo fundamentado, não há provas de que foram enviadas à seguradora.

As correspondências eletrônicas de fls. 274/281 indicam claramente que havia, entre a ora apelante e a corretora de seguros, discussões sobre os valores alegadamente divergentes entre as propostas de seguro e os valores dos prêmios cobrados, constando do *email* de fls. 277 que a corretora Fênix afirmou que a diferença de valores seria descontada na última parcela do prêmio.

A Lei nº 4.594/64 regula a atividade dos corretores de seguro, dispondo no art. 1º que "*O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.".*

O art. 775 do Código Civil dispõe que "*Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem.".* Portanto, a regra geral é que o segurador responde pelos atos de todos os que ajam em seu nome, inclusive, por óbvio, as corretoras de seguro.

Havendo nos autos elementos que deixam dúvidas sobre o modo de atuação da corretora, não se mostra viável simplesmente acolher-se a alegação da seguradora-apelada de que não recebeu as propostas, havendo necessidade de adentrar-se na questão da delimitação e comprovação dos pontos controvertidos. Se a proposta foi feita por intermediação da corretora, evidentemente que foi a seguradora quem fixou o valor do prêmio e que o envio da proposta competiria à corretora.

Essas questões necessitam de maiores elementos para se decidir, de maneira inequívoca, sobre o direito, ou não, da autora-apelante à repetição buscada.

Portanto, o caso concreto indica a necessidade de ser proferida decisão saneadora, nos termos do art. 357 do CPC, bem como possibilitar-se que as partes tenham oportunidade de comprovar suas alegações por meio das provas úteis, necessárias e previamente requeridas e justificadas.

Acesso ao Sumário

Tendo sido decretada a improcedência da ação em razão de a parte autora não ter se desincumbido do ônus de comprovar suas alegações (art. 373, I, do CPC), forçoso inferir-se que restou configurado o cerceamento de defesa uma vez que, segundo se verifica dos autos, não foi dada oportunidade para que a parte pudesse, de algum modo, comprovar o alegado na inicial da ação e, desse modo, fazer valer sua pretensão.

Vale deixar registrado, por se tratar de matéria de ordem pública, que não há que se falar em prescrição ânua, conforme alegado pela seguradora em sua contestação (especificamente às fls. 308/309), uma vez que não se trata de pretensão do segurado contra o segurador, nem discussão sobre abusividade de cláusula contratual, no que se refere a reajuste do prêmio mensal.

Tratando-se de repetição de indébito decorrente de relação contratual, aplica-se o prazo de prescrição decenal, previsto no art. 205 do Código Civil.

Assim sendo, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo que foi prematuro o julgamento antecipado da lide, posto haver necessidade de decisão de saneamento e de organização do processo, possibilitando a realização de provas para verificação inequívoca dos direitos antagônicos alegados pela segurada e pela seguradora, uma vez ausentes nos autos provas irrefutáveis de que a segurada-apelante não detém o direito à repetição de indébito, reclamada na inicial da ação.

Destarte, respeitado o convencimento do ilustre Juiz *a quo*, verifica-se a ocorrência de cerceamento de defesa da autora-apelante.

Ante o exposto, pelo meu voto, anula-se a r. sentença, com observação no que se refere à prescrição, determinando-se o retorno dos autos ao Primeiro Grau para que seja concluída a instrução do processo, proferindo-se nova decisão em conformidade com o livre convencimento do ilustre julgador *a quo*.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006568-25.2021.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante ELEKTRO REDES S/A, é apelado ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.185)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), ANGELA LOPES e FERREIRA DA

CRUZ.

São Paulo, 30 de junho de 2022.

MARCELO L. THEODÓSIO, Relator

Ementa: Apelação – Indenização – AÇÃO DE REGRESSO **– Prestação de serviços de energia elétrica – Oscilação na rede de distribuição – Avarias em equipamentos da segurada – Prejuízos pagos pela seguradora – Sub-rogação de direitos – Nexo de causalidade não comprovado – Equipamentos danificados não preservados para aferição à luz do contraditório e da ampla defesa – Documentos unilaterais apresentados com a inicial que não são hábeis a embasar o acolhimento do pedido – Responsabilidade objetiva da prestadora de serviço que não afasta o ônus da demonstração do nexo de causalidade – Precedentes desta E. 28ª Câmara de Direito Privado – Sentença de procedência reformada – Recurso provido para julgar improcedente a ação.**

VOTO

Trata-se de ação regressiva (indenização) movida por **ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS S/A** em face de **ELEKTRO REDES S/A**, alegando, em suma, que na condição de seguradora, pagou indenização securitária ao seu segurado no valor de R$ 12.316,70. Afirma que os sinistros tiveram como causa a má prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica pela ré (oscilação de tensão na rede elétrica). Requer a condenação da empresa ré ao ressarcimento do valor pago.

Contestação às fls. 126/144. Preliminarmente, alega impossibilidade jurídica do pedido por ausência de documento essencial ao ajuizamento da ação. No mérito, refuta as alegações constantes na inicial, aduzindo a inexistência do nexo causal. Requer a improcedência da demanda.

Réplica (fls. 238/262).

A sentença de fls. 263/271 julgou procedente a ação. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Recurso de apelação às fls. 278/303, buscando a reforma do julgado e reiterando, em suma, as alegações da peça defensiva.

Contrarrazões (fls. 309/322).

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento.

Na hipótese dos autos, não há se falar em excludente de responsabilidade civil devido à ocorrência de caso fortuito ou força maior, uma vez que a concessionária ré possuía alcance tecnológico para evitar o dano, seja com manutenção periódica de suas redes, seja por meio de alertas de fenômenos naturais.

Por outro lado, no tocante à natureza da relação que envolve a seguradora e a concessionária de serviço público, observo que a primeira assume, por contrato, a obrigação de ressarcir o seu contratante caso configurado eventual sinistro.

Esta relação, frise-se, é formada entre consumidor e seguradora, embasada em regras próprias, com as suas peculiares e implicações.

De outro modo, cumprido o contrato pela seguradora nos termos do pacto, esta sub-roga-se ao que o consumidor teria direito por força do dano ao seu patrimônio, conforme previsto na Súmula 188 do C. Supremo Tribunal Federal *("O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro")* e arts. 349 e 786, ambos do Código Civil.

Essa sub-rogação, contudo, não é absoluta, ou seja, não basta que a seguradora, reconheça o seu dever obrigacional e efetue o ressarcimento nascido do sinistro havido.

Significa dizer que tem ela o ônus de demonstrar o liame de causa e efeito, vale dizer, cabe a ela comprovar que a causa do dano foi motivada pela falha na prestação do serviço de titularidade da concessionária de energia elétrica.

Não encontra amparo a alegação de que, por força da responsabilidade objetiva da concessionária, a seguradora tem – sempre e em todas as hipóteses – o direito de buscar o recebimento do que indenizou em cumprimento ao contrato de seguro firmado com terceiro.

A bem da verdade, por parte da seguradora, recai o ônus probatório de comprovar, com a observância do contraditório e da ampla defesa, que os danos foram causados aos bens de terceiros segurados por ela em consequência de serviço inadequado da concessionária.

A premissa fundamental para que se chegue a essa conclusão, por óbvio, é preservar os bens danificados pertencentes ao(s) segurado(s), possibilitando eventual perícia no âmbito jurisdicional.

As seguradoras, como se sabe, não detêm a presunção de veracidade de suas alegações, nem mesmo relativa, daí a necessidade de se submeter a procedimentos verificatórios, tendentes a comprovar de forma inequívoca a narrativa que se pontuou como fundamento a ter direito à indenização de regresso.

Acesso ao Sumário

Ora, não sendo possível a aferição dos bens danificados e os motivos dessa consequência, perde a seguradora o direito de exigir ressarcimento daquilo que pagou ao seu segurado por força de contrato.

Nesse sentido, ressalte-se que não cabe a inversão do ônus probatório, pois não há a verossimilhança que exige o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, máxime em se considerando que os elementos sensíveis aos fatos (bens danificados) não foram preservados para a necessária confirmação da relação de causalidade entre o dano e o que o causou.

Ademais, no caso em tela, inverter o ônus da prova e impor à concessionária a obrigação de demonstrar o fato alegado pela seguradora, seria carrear àquela uma condição de prova negativa, ou seja, a concessionária teria que demonstrar que o seu sistema de fornecimento de energia não foi o causador do dano, sendo que os bens, repita-se, não foram preservados pela seguradora.

Nesse sentido, precedentes desta E. 28ª Câmara de Direito Privado, em casos semelhantes:

"APELAÇÃO – AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS – REQUERENTE ALEGA QUE PROBLEMAS NA REDE ELÉTRICA MANTIDA PELA RÉ OCASIONARAM QUEIMA DE APARELHOS PERTENCENTES A SUAS SEGURADAS – AUTORA NÃO PRESERVOU OS EQUIPAMENTOS AVARIADOS PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – NEXO CAUSAL ENTRE OS DANOS E EVENTUAL FALHA NOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA REQUERIDA NÃO DEMONSTRADO – LAUDOS TÉCNICOS AMEALHADOS AOS AUTOS QUE SÃO GENÉRICOS AO INDICAR QUE OS DANOS FORAM CAUSADOS POR OSCILAÇÃO DE REDE/VARIAÇÃO DE TENSÃO/QUEDA DE ENERGIA – DE RIGOR A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – SENTENÇA REFORMADA – APELO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1000392-15.2020.8.26.0068; Relator(a): Cesar Luiz de Almeida; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 17/07/2020; Data de Registro: 17/07/2020)

"Prestação de serviços de energia elétrica. Ação regressiva. Oscilação na rede de distribuição. Avarias nos equipamentos da segurada. Prejuízos pagos pela autora. Sub-rogação de direitos. Nexo de causalidade não comprovado. Indenização indevida. Recurso não provido." (TJSP; Apelação Cível 1000704-08.2019.8.26.0397; Relator (a): Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 09/07/2020; Data de Registro: 09/07/2020).

Portanto, em que pese o entendimento do juízo a quo, a improcedência da presente demanda é medida que se impõe.

Consigne-se que, para fins de prequestionamento, estar o julgado em consonância com os dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões

Acesso ao Sumário

recursais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação. Em razão da sucumbência, condeno o autor no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003096-95.2021.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CONTERN CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, REINALDO BERTIN, COMAPI AGROPECUÁRIA S.A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), FERNANDO ANTONIO BERTIN e SILMAR ROBERTO BERTIN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.126)**

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

São Paulo, 30 de junho de 2022.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: LOTEAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ORA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUTADAS QUE, NA FASE DE CONHECIMENTO, FORAM CONDENADAS A REALIZAÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA DO LOTEAMENTO, ALÉM DE ADEQUAÇÃO AMBIENTAL, COM REFLORESTAMENTO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA, POR PERÍODO SUPERIOR A 300 (TREZENTOS) DIAS. PRETENDIDA EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA NO VALOR DE R$ 100.000,00. SENTENÇA GUERREADA QUE EXTINGUIU O FEITO, CONCLUINDO PELA INEXIGIBILIDADE DAS ASTREINTES, À LUZ DA SÚ-

Acesso ao Sumário

MULA N. 410 DO C. STJ, PORQUANTO AUSENTE PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DAS EXECUTADAS., DE TODO MODO, É CERTO QUE AS EXECUTADAS, EMBORA INTIMADAS PELO DJE EM FEVEREIRO DE 2020, APRESENTARAM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM MARÇO DE 2020, INFERINDO-SE, A PARTIR DE TAL DATA, SUA CIÊNCIA INEQUÍVOCA ACERCA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, ESTANDO SUPRIDA A NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. FEITO QUE DEVE PROSSEGUIR, APURANDO-SE O EFETIVO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pela executada, extinguindo o feito.

O Ministério Público do Estado de São Paulo propusera ação civil pública em face das ora apeladas, narrando, em suma, que haveriam deixado de realizar as obras de infraestrutura previstas no projeto, causando grandes transtornos aos moradores e proprietários, mormente a integral arborização das vias públicas e o reflorestamento da área de preservação permanente à margem da represa e da área de lazer, além do sistema de abastecimento de água instalado que é inoperante.

Na fase de conhecimento, e em sede de apelação, restou fixada a obrigação das rés de realizar as obras de infraestrutura do loteamento, com implementação das áreas verdes, arborização e revegetação, com recuperação das áreas de preservação permanente, em conformidade com as obrigações assumidas no Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental nº 035/00, no prazo de um ano, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada ao montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo que o cumprimento da condenação imposta deveria ser atestado pela CETESB.

O Ministério Público do Estado de São Paulo deu início ao cumprimento de sentença, apontando que o prazo para cumprimento da obrigação haveria expirado em 17 de fevereiro de 2021, dando seguimento à *"recalcitrância dos executados, em detrimento do meio ambiente."* Estando as executadas em mora há 223 (duzentos e vinte e três dias), à época do início do cumprimento de sentença, pleitearam a sua condenação ao pagamento de multa cominatória diária

Acesso ao Sumário

no limite máximo de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

O douto magistrado de origem (fls. 297/299) acolheu a impugnação apresentada. Ponderou que, conforme entendimento jurisprudencial dominante, a incidência de astreintes em caso de obrigação de fazer depende de prévia intimação pessoal do devedor, nos termos da Súmula 410 do STJ, a qual prescreve que *"a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."* Nessa perspectiva, e considerando que a intimação das executadas haveria ocorrido somente pelo Diário da Justiça Eletrônico, reputou que as astreintes não seriam exigíveis, extinguindo, pois, o feito.

Inconformado, recorre o Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 313/318), alegando, em síntese, que o entendimento sedimentado pela Súmula n. 410 do C. Superior Tribunal de Justiça estaria superado, mormente quando inequívoca a ciência do executado acerca do início da fase do cumprimento de sentença, como na espécie. Salienta que, considerando que o início do prazo para cumprimento da obrigação deu-se em 13 de fevereiro de 2020, o prazo para cumprimento da obrigação haveria expirado em 17 de fevereiro de 2021. Estando as executadas em mora, portanto, há mais de 300 (trezentos dias), pleiteiam a sua condenação ao pagamento de multa cominatória diária no limite máximo de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Processado o recurso (fl. 320), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 325/338).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pela executada, extinguindo o feito, no que concerne à execução da multa cominatória imposta às executadas, uma vez que não haveriam sido previamente intimadas pessoalmente para o cumprimento voluntário da obrigação de fazer.

Acesso ao Sumário

Ao que se colhe dos autos, o Parquet propusera ação civil pública em face das ora apeladas, narrando, em suma, que haveriam deixado de realizar as obras de infraestrutura previstas no projeto, causando grandes transtornos aos moradores e proprietários.

O pedido cominatório foi provido, fixando-se, na Apelação n. 1003015-42.2015.8.26.0322, de minha relatoria, a obrigação de regularização do empreendimento, *in verbis*:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. IRREGULARIDADES EM LOTEAMENTO. ADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO QUE NÃO SE LIMITA À REPARAÇÃO DE EVENTUAIS PREJUÍZOS SENTI-

DOS PELOS ADQUIRENTES DOS LOTES. DEMANDA NA QUAL SE BUSCA A REALIZAÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA DO EMPREENDIMENTO, EM ESPECIAL AQUELAS RELATIVAS À ARBORIZAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS, AO REFLORESTAMENTO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE ÁREAS VERDES, E AO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA DO EMPREENDIMENTO, ALÉM DA REGULARIZAÇÃO DO FRACIONAMENTO DE LOTE EFETUADO À REVELIA DE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE E ÀS SADIAS CONDIÇÕES DE VIDA DAS CIDADES, NOS QUAIS SE INSERE O RESPEITO AO DEVIDO PARCELAMENTO DO SOLO. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DE DIREITO URBANÍSTICO À ESPÉCIE. LEGITIMIDADE DO 'PARQUET' QUE DECORRE DO ARTIGO 129, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO ARTIGO 82, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DOS ARTIGOS 1º E 5º, DA LEI Nº 7.347/85. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. LOTEAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. DEMANDA QUE DIZ RESPEITO À REALIZAÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA E APERFEIÇOAMENTO, E À REGULARIZAÇÃO DE PARCELAMENTO INDEVIDO DO SOLO URBANO. RESPONSABILIDADE DOS LOTEADORES. OCORRÊNCIA. OBRAS DE ADEQUAÇÃO AMBIENTAL QUE NÃO FORAM REALIZADAS EM SUA INTEGRALIDADE. REQUERIDOS QUE FIRMARAM TERMO DE COMPROMISSO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL COM O EXTINTO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO DE RECURSOS NATURAIS DEPRN, EM MAIO DE 2000. DECURSO DE QUASE VINTE ANOS DA CELEBRAÇÃO DA AVENÇA SEM QUE HAJA CABAL CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES NELA ASSUMIDAS. FISCALIZAÇÃO QUE HODIERNAMENTE COMPETENTE À COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO CETESB, CONFORME ARTIGO 2º, DA LEI ESTADUAL Nº 118/1973, COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI ESTADUAL Nº 13.542/2009. VISTORIAS REALIZADAS PELA ALUDIDA COMPANHIA ESTATAL QUE DEMONSTRAM QUE NÃO HOUVE INTEGRAL CUMPRIMENTO DO TERMO DE COMPROMISSO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DOS REQUERIDOS EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO DOS RÉUS A EXECUTAR AS MEDIDAS DE ARBORIZAÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E REVEGETAÇÃO DAS ÁREAS VERDES, DE LAZER E DE

Acesso ao Sumário

PRESERVAÇÃO PERMANENTE, EM CONFORMIDADE COM O COMPROMISSO ANTERIORMENTE FIRMADO COM O ÔRGÃO PÚBLICO COMPETENTE. OBRAS QUANTO AO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NO EMPREENDIMENTO E REPARAÇÃO DOS DANOS ORIUNDOS DA INEFICIÊNCIA DO SISTEMA IMPLANTADO. DESCABIMENTO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO QUE PASSOU A SER REALIZADO PELA PREFEITURA MUNICIPAL. INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA DOS PREJUÍZOS QUE NÃO FORA DEMONSTRADA. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE FERIMENTO A DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS ADQUIRENTES DE LOTES. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO DÁ AZO À COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO. DIVISÃO DOS LOTES E COMERCIALIZAÇÃO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO DA MUNICIPALIDADE. RESPONSABILIDADE DOS REQUERIDOS. OCORRÊNCIA. PARCELAMENTO DO SOLO QUE EXIGE PRÉVIA APROVAÇÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL E POSTERIOR REGISTRO IMOBILIÁRIO (ARTIGOS 12 E 18, DA LEI Nº 6.766/79), SENDO VEDADO VENDER OU PROMETER VENDER ÁREA DE LOTEAMENTO OU DESMEMBRAMENTO NÃO REGISTRADO (ARTIGO 37, DA LEI Nº 6.766/79). LEI MUNICIPAL Nº 1.576/1999 QUE ESTABELECE A NECESSIDADE DE PRÉVIA APROVAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL EM QUALQUER CASO DE DESDOBRAMENTO (ARTIGO 35). LOTEADOR QUE PROCEDEU AO PARCELAMENTO DO SOLO EM VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. DEVER DO EMPREENDEDOR DE ESTAR CÔNSCIO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM O RAMO DE ATIVIDADE A QUE SE LANÇA, ATÉ PORQUE 'NINGUÉM SE ESCUSA DE CUMPRIR A LEI, ALEGANDO QUE NÃO A CONHECE' (ARTIGO 3º, DO DECRETO-LEI Nº 4.657/42 LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO). IRREGULARIDADES PRATICADAS PELO LOTEADOR QUE, ALÉM DO DESRESPEITO AO ESCORREITO USO E PARCELAMENTO DO SOLO, VULNERAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE E ÀS SADIAS CONDIÇÕES DE VIDA DAS CIDADES, ALÉM DOS DIREITOS DOS ADQUIRENTES DOS LOTES. REGULARIZAÇÃO DA ÁREA QUE ERA MESMO DE RIGOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO. MEDIDA QUE SE REVELA, NA HIPÓTESE, INÓCUA. AÇÃO PROMOVIDA EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS RESPONSÁVEIS PELO LOTEAMENTO E EM FACE DOS RESPECTIVOS

SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA QUE CONSTITUI MECANISMO DE GARANTIA DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO E QUE AGE, NO BOJO DO PROCESSO, NO POLO PASSIVO DA DEMANDA, AMPLIANDO A RESPONSABILIDADE. SÓCIOS QUE JÁ COMPÕEM O POLO PASSIVO DA DEMANDA, DE MANEIRA QUE, HAVENDO CONDENAÇÃO, SÃO RESPONSÁVEIS PELO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES JUDICIALMENTE IMPOSTAS. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SE VALEU DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PREVISTA NO ARTIGO 47 DA LEI Nº 6.766/79. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DE APELAÇÃO DOS RÉUS DESPROVIDO."

(TJSP; Apelação Cível 1003015-42.2015.8.26.0322; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Lins – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2019; Data de Registro: 23/09/2019)

É bem verdade – não se ignora – que não houve prévia intimação pessoal das executadas para o cumprimento da obrigação de fazer. A intimação deu-se pelo DJE (fl. 46 do Processo 0000346-57.2020.8.26.0322).

E, nas palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (in Código de processo civil comentado, 4ª ed., 2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 716):

"É imprescindível a intimação pessoal da parte não basta a intimação de seu advogado. Sem a intimação pessoal a multa coercitiva não vincula a parte ao cumprimento da ordem. Em suma: não incide."

Este é o entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula nº 410, do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor:

A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Este entendimento, aliás, esposei quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2158506-21.2015.8.26.0000 (j. em 12.01.2016).

Nesse sentido já se decidiu:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. SÚMULA 410 DO STJ QUE PERMANECE HIGIDA 1. "É necessária ***a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do***

Acesso ao Sumário

STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil" (EREsp 1.360.577/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/2018, DJe 07/03/2019).

2. Estando o acórdão do Tribunal de origem em harmonia com o entendimento consolidado nesta Corte Superior, não pode ser conhecido o recurso especial ante a incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 1749025/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 31/05/2021, DJe 07/06/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. EXIGIBILIDADE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE. SÚMULA N. 410 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. "É necessária ***a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil" (EREsp n. 1.360.577/MG, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Relator para Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/2018, DJe 7/3/2019).***

2. "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" (enunciado n. 410 da Súmula do STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 1629580/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2020, DJe 18/12/2020)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 410-STJ. EXCLUSÃO DA PENA. PROVIMENTO.

1. "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer." Entendimento compendiado na Súmula n. 410, editada em 25.11.2009, anos após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, o qual

Acesso ao Sumário

continua válido em face do ordenamento jurídico em vigor. Esclarecimento do decidido pela 2ª Seção no EAg 857.758-RS.

2. Hipótese em que não houve intimação específica para o cumprimento da obrigação de fazer sequer em nome do advogado. A intimação do conteúdo da sentença, em nome do advogado, para o cumprimento da obrigação de pagar, realizada na forma do art. 475-J do CPC, não é suficiente para o início da fluência da multa cominatória voltada ao cumprimento da obrigação de fazer.

3. Recurso especial provido.

(STJ; REsp 1349790/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/09/2013, DJe 27/02/2014)

Certo é, de toda sorte, que resta inequívoca a ciência das executadas acerca do cumprimento de sentença, tanto assim que apresentaram, ainda em março de 2020, impugnação ao cumprimento de sentença, após a sua intimação pela Imprensa Oficial (fls. 51/62 e 238/242).

Inequívoco, pois, que tinham ciência, quando menos a contar de seu comparecimento aos autos, da existência do cumprimento de sentença.

Ora, a exigência da prévia intimação pessoal é justamente assegurar que a ciência *efetivamente ocorreu*. Para tal fim, o comparecimento das executadas aos autos supre tal intimação prévia. A formalidade não deve ser observada por si mesma, à luz do princípio da instrumentalidade das formas processuais. Se inexiste dúvida quanto à ciência das executadas, não há razão para se concluir pela inexigibilidade das astreintes.

Anula-se, pois, a sentença guerreada, devendo o feito prosseguir, para se discutir se houve o efetivo cumprimento das obrigações devidas pelas executadas, no que concerne à regularização do empreendimento.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024797-74.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes TERRAS DA ESTÂNCIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e FTA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S/A, são apelados ROZILDA MARIA DO NASCIMENTO SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e MILTON SANTOS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De-

ram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 41.123)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 30 de junho de 2022.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO CONTRATUAL – RETORNO DAS PARTES AO "STATUS QUO ANTE" APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À RELAÇÃO ENTRE AS PARTES – RETENÇÃO DE 10% SOBRE O TOTAL DOS VALORES PAGOS PELOS AUTORES – PERCENTUAL FIXADO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, TENDO EM VISTA QUE NÃO HOUVE OCUPAÇÃO DO IMÓVEL – PRECEDENTE – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – SENTENÇA LIGEIRAMENTE MODIFICADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de declaratória de nulidade c.c. rescisão contratual c.c. restituição de valores, ajuizada por Rozilda Maria do Nascimento Silva e Outro em face Terra da Estância Empreendimentos Imobiliários Ltda e Outra, que a respeitável sentença de fls. 86/89 julgou parcialmente procedentes os pedidos, declarando rescindido o compromisso de compra e venda e condenando as rés a restituir aos autores o equivalente a 80% dos valores pagos, acrescidos de correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo a partir dos desembolsos e juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da citação. Por fim, a sentença condenou as rés ao pagamento das custas processuais e honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformadas, as rés recorreram, alegando em síntese, que o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes é o de que o valor da retenção deve ser 25% das parcelas pagas. Pugnam pela aplicação do princípio da causalidade e a inversão da sucumbência em desfavor dos autores, que deram causa ao desfazimento do negócio. Por fim, pedem a aplicação

Acesso ao Sumário

dos juros de mora a partir do trânsito em julgado. Requerem seja dado provimento ao recurso, reformando-se a r. sentença atacada.

O recurso está formalmente em ordem.

Houve apresentação de contrarrazões (fls. 148/158).

É o relatório.

Primeiramente, insta esclarecer que os contratos firmados em compromissos de venda e compra de bem imóvel entre consumidor e construtora, em regra, não permitem ao comprador a discussão de suas cláusulas e condições e obriga o consumidor, hipossuficiente, a concordar com o seu conteúdo, mesmo que abusivo.

Daí a necessidade de atuação do Poder Judiciário no sentido de afastar os abusos negociais perpetrados pelas construtoras com o escopo de garantir o equilíbrio contratual.

Pois bem.

A discussão acerca da possibilidade do comprador rescindir o contrato e reaver as quantias pagas é pacífica, tanto que encontra respaldo em Súmulas de nossos tribunais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo sumulou a questão nos seguintes termos:

> *Súmula 1, do Tribunal de Justiça de São Paulo: "O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem".*

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça editou a seguinte Súmula:

> *Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça: "Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento".*

É incontroverso que a rescisão se deu por iniciativa dos adquirentes.

A respeito do percentual de retenção, a jurisprudência é pacífica no sentido de que ele deve ser fixado entre 10 e 30%, posicionamento que passei a acompanhar.

No caso dos autos, o percentual estabelecido de 20% de retenção se mostra suficiente para ressarcir a totalidade das despesas administrativas da ré, assim como no caso em questão, quando o adquirente não chega a obter a posse

Acesso ao Sumário

do imóvel.

Nesse sentido, já se decidiu:

"FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Imprescindibilidade de manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda. Precedentes do STJ. Preliminar afastada. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA. Pedido formulado em contestação e não apreciado na sentença. Nulidade parcial reconhecida ex officio. Possibilidade de apreciação direta pelo Tribunal. Aplicação da teoria da causa madura. Art. 1.013, § 3º, III, do CPC. Necessidade de comprovação de que o impugnado não faz jus à benesse. Impugnado que possui é professor e não possui bens. Situação compatível com a benesse. Benefício mantido. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. Desistência do comprador. Direito de devolução dos valores pagos pelo comprador, de forma imediata e de uma só vez. Súmulas 1 a 3 do TJ/SP, Súmula 543 do STJ e art.53 do CDC. Comprador que deu causa à rescisão. Retenção de integral que se entremostra excessiva e abusiva. ***Retenção de 10% dos valores pagos que é razoável, considerando que o autor não teve a posse do bem, e se enquadra na jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça de São Paulo****. Dedução de encargos sobre o imóvel. Impossibilidade. Autor que não teve a posse do imóvel. Ausência de comprovação de pagamento dos encargos pela vendedora. Comissão de corretagem. Valor pago pelo comprador que não foi incluído no cálculo dos valores a serem restituídos. Juros de mora a partir da citação. Art. 405 do Código Civil. Sentença reformada para determinar a incidência dos juros a partir do trânsito em julgado. Honorários mantidos. Princípio da causalidade. Recurso parcialmente provido".* (TJSP; Apelação 1004837-76.2017.8.26.0005; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V – São Miguel Paulista – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/09/2018; Data de Registro: 24/09/2018) – grifei.

Acesso ao Sumário

Isso porque o imóvel poderá ser revendido a terceiros até mesmo com valor acima daquele constante no contrato entabulado entre as partes, obtendo a construtora, lucro com a revenda.

Apenas sob um aspecto, o recurso da ré merece acolhimento: no que tange ao termo inicial dos juros de mora, tendo em vista que foi o adquirente quem deu causa ao desfazimento do negócio, não há que se falar em mora da ré.

Dessa forma, o termo inicial dos juros deve ser a partir do trânsito em julgado da sentença.

Não é caso de inversão da sucumbência como quer fazer crer a recorrente na medida em que deu causa ao ajuizamento da demanda por não devolver, de

forma administrativa, valores justos em função do desfazimento do negócio.

Por fim, para se evitar a oposição de embargos declaratórios visando meramente ao prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, tendo as questões relacionadas à controvérsia sido devidamente apreciadas por este julgador, ainda que não tenha ocorrido a individualização de cada um dos argumentos ou dispositivos legais invocados, aliás, incapazes de infirmar a conclusão adotada, devendo as partes observar o disposto no artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil.

Em decorrência do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003577-88.2021.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SPECIALE, é apelado CLARO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.912)**

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

São Paulo, 1º de julho de 2022.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDEMONSTRAÇÃO PELA RÉ DA REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO. COBRANÇA INDEVIDA. PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Diante das alegações trazidas pelo autor, que, não obstante ser pessoa jurídica, está em situação de hipossuficiência em relação a empresa de telefonia, cabia à ré comprovar a regularidade da contratação. 2. Ausente prova suficiente para demonstrar a veracidade das alegações formuladas pela demandada, porque técnica, e

Acesso ao Sumário

impossível de ser produzida pelo demandante, daí decorre a confirmação da narrativa da petição inicial, justificando a devolução, em dobro, dos valores indevidamente pagos.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de indenização por danos materiais proposta pelo CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SPECIALE em face da CLARO S/A.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou improcedente a pretensão, condenando o autor ao pagamento das despesas do processo e dos honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Inconformado, apela o vencido afirmando, essencialmente, que tem aplicação ao caso o Código de Defesa do Consumidor, em razão do que deve ocorrer a inversão do ônus da prova, além do que existe a responsabilidade objetiva da concessionária.

Recurso tempestivo e bem processado, devidamente preparado e respondido.

É o relatório.

2. Segundo a petição inicial, o demandante é cliente dos serviços de telefonia e *internet* prestados pela ré. Ocorre que, *"no momento da instalação dos serviços contratados, sem o conhecimento do contratante, deixou em posse do ex-zelador do Condomínio um* chip *de linha telefônica móvel. Em um primeiro momento tal* chip *nunca havia sido utilizado ou inserido em um aparelho telefônico, e permaneceu guardado em uma gaveta. O imbróglio se iniciou em ocasião da despedida do antigo zelador, Sr. Dimas, em janeiro de 2020, quando assumiu a zeladoria o Sr. Adriano. Este, tomando conhecimento do* chip *sem uso que se encontrava na gaveta, o levou para sua residência, sem a ciência e tampouco anuência do Requerente, que até então nem mesmo tinha conhecimento da existência do* chip*, vez que não foi solicitado junto à operadora, bem como não foi notificado da entrega pela Requerida a nenhum dos dois zeladores. Contudo, o Sr. Adriano confessa que em meados do mês de maio de 2020 inseriu o* chip *no celular de sua filha, menor, e sem comunicar o Edifício iniciou a utilização do* chip*, não tendo sido necessário nenhum novo cadastro para tal utilização. Desde então, valores começaram a ser cobrados em débito automático da conta bancária da Requerente. No entanto, (...) a operadora ora Requerida não deu qualquer alerta ou notificação a Requerente acerca, do NOVO SERVIÇO INICIADO, ou seja, a linha telefônica móvel, e tampouco informou acerca dos novos valores e cobrança incluídos na conta da Requerente a título deste novo serviço, ao compasso em que os débitos mensais passaram por despercebidos*

Acesso ao Sumário

pelo síndico e pelo corpo diretivo do Condomínio. Foi apurado que o total debitado perfaz o montante de R$7.852,94" (fl. 2); *"após identificar as cobranças indevidas sendo debitadas em sua conta, diligenciou com o representante da Requerida e descobriu todo o ocorrido. O Sr. Adriano devolveu o* chip *ao Condomínio e admitiu todo o já aqui exposto, afirmando que agiu em ignorância"* (fl. 3). Daí a propositura da ação, sob a alegação de que "é patente *a falha na prestação de serviços, vez que tais débitos se concretizaram diante da entrega não solicitada do* chip*, sem qualquer aviso ao responsável legal do Condomínio ou notificação de ativação da linha ao mesmo"* (fl. 3), objetivando a restituição, em dobro, do montante pago indevidamente.

A concessionária, por sua vez, sustentou inexistir "*relação de consumo, de forma que é inviável a inversão do ônus da prova e/ou a aplicação de normas do Código de Defesa do Consumidor*" (fl. 68). Esclareceu "*que a contratação do serviço impugnado se deu por meio telefônico, com a disponibilização dos dados de identificação do requerente à preposta da requerida e a sua consequente manifestação de vontade em relação a aquisição do plano, prática plenamente válida, mormente por existir previsão que autorize a contratação verbal/remota dos serviços comercializados pela telefonia, em especial a RES. nº. 632/2014 da ANATEL*", destacando que "*a gravação correspondente a contratação também não resta disponível, uma vez que decorrido o prazo previsto na regulamentação para guarda desta*" (fl. 69). Apontou a validade das telas sistêmicas, "*uma vez que demonstram, detalhadamente, o histórico de tratativas entre as partes, bem como da operação realizada e serviços utilizados através das faturas, sendo essa, portanto, a única forma de provar a regularidade da contratação, já que o negócio não se concretizou ou desenvolveu de forma presencial*" (fl. 70). Além disso, argumentou a ausência de ilegalidade em sua conduta, "*Lembrando que o* chip *foi entregue a Parte Autora, sendo esta a responsável pela utilização do mesmo*" (fl. 87). Por fim, impugnou o pedido de repetição de indébito.

Em réplica, o demandante rebateu as alegações.

A r. sentença concluiu pela improcedência da pretensão.

Desde logo, impõe-se observar acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na hipótese em exame.

O fato de o condomínio autor receber o tratamento equivalente ao da pessoa jurídica não obsta o reconhecimento de sua qualidade de destinatário final, nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando a teoria finalista, atualmente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível reconhecer a relação de consumo entre duas pessoas jurídicas quando a parte consumidora do produto ou serviço se encontrar em posição de vulnerabilidade.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

– A relação jurídica qualificada por ser 'de consumo' não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

– Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

– São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

– Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal).

Recurso especial não conhecido." [1]

No caso dos autos, além de o demandante ser destinatário final dos serviços prestados pela ré, apresenta-se, na relação jurídica estabelecida, condição de hipossuficiência frente à concessionária, na medida em que, assim como uma pessoa física, não dispõe de condições técnicas para fazer oposição aos argumentos da parte contrária, que insiste na regularidade da contratação.

Há evidente desequilíbrio entre os litigantes, restando bem demonstrada a vulnerabilidade do condomínio, de modo que deve o contrato se submeter às regras consumeristas.

Deve-se convir, inicialmente, que se está diante de uma situação de negativa absoluta, cuja demonstração é impossível a quem a formula. Não tem o autor a possibilidade de demonstrar a irregularidade da contratação. O fato positivo é justamente afirmado pela concessionária, e ela é quem naturalmente dispõe de meios tecnológicos para realizar a demonstração.

Com efeito, diante da afirmação da inexistência da contratação do *chip*

Acesso ao Sumário

1 – REsp 476.428/SC 3ª T. – Rel. Minª. NANCY ANDRIGHI – J. 19/04/2005 – DJ 09/05/2005 p. 390.

– negativa absoluta que estabelece presunção em favor do demandante – cabia à ré, exatamente quem arguiu o fato constitutivo do direito, o ônus de comprová-lo.

Sobre a demandada recai o ônus da demonstração do fato constitutivo do seu direito, ou seja, a regularidade da contratação. Manteve-se inerte, contudo, de onde decorre a absoluta falta de amparo ao seu posicionamento, devendo arcar com as consequências desse comportamento.

Não é correto dizer que os dados constantes das telas do sistema da concessionária são presumidamente corretos. Na verdade, o questionamento levantado pelo condomínio enseja a necessidade de apuração devida, e neste caso é da prestadora do serviço o ônus de demonstrar a regularidade da contratação, apresentando a prova documental que permitiria amparar suas alegações.

Ficou plenamente caracterizada a inércia da ré e esse comportamento, evidentemente, determinou a impossibilidade de alcançar a demonstração do fato controvertido e, como era seu o ônus respectivo, contra si revertem as consequências da omissão.

Deste modo, diante do conjunto probatório, não existe base para afirmar que o *chip* mencionado na inicial foi solicitado pelo autor, o que determina o acolhimento da pretensão.

Fixada essa premissa, em relação à restituição em dobro, vinha esta Câmara manifestando a convicção quanto à restituição simples, diante da inexistência de má-fé.

Entretanto, esse entendimento resta superado diante do posicionamento adotado pela Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça (EAREsp 676.608), quanto à possibilidade de restituição em dobro, nos termos seguintes:

> *"A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que cobrou valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva."* [2]

No mesmo sentido:

> *"A jurisprudência firmada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a restituição em dobro do indébito independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que cobrou valor indevido, sendo cabível quando a cobrança indevida revelar conduta contrária à boa-fé objetiva."* [3]

Portanto, a condenação à restituição deverá ocorrer em dobro, diante das circunstâncias do caso concreto.

2 – EAREsp 676608/RS – Corte Especial – Rel. Min. OG FERNANDES – DJE 30/03/2021.

3 – EDcl no AgInt no AREsp 1565599/MA – 3ª T. – Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA – DJe 12/02/2021.

Acesso ao Sumário

Enfim, comporta acolhimento o inconformismo para, assim, julgar-se procedente a pretensão, condenando a ré à devolução, em dobro, dos valores comprovadamente pagos pelo autor no concernente ao *chip* mencionado na inicial, com correção monetária a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, afora as despesas do processo e os honorários advocatícios de 12% sobre o valor atualizado da causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001429-10.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante THIAGO MARCHIORI TOGNINI, são apelados BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA. e LIVRE TRANSPORTES LOCADORA DE VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.299).**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 4 de julho de 2022.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – TRANSPORTE RODOVIÁRIO – ÔNIBUS RETIDO POR FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA **– SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.**

RESPONSABILIDADE CIVIL – Contrato de transporte terrestre entre São Paulo e Rio de Janeiro – Ônibus apreendido no trajeto de ida, por falha na documentação **– Necessidade de realocação – Atraso de quatro horas na chegada ao destino – Responsabilidade objetiva – Fortuito interno – Indenização por danos morais ora fixada em R$ 4.000,00 (quatro mil reais) – Pedido de indenização por danos materiais carente de suporte fático-probatório.**

SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **THIAGO MARCHIORI TOGNINI** contra a r. sentença de fls. 232/234, cujo relatório se adota em complemento, que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de **BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA. E LIVRE TRANSPORTES LOCADORA DE VEÍCULOS LTDA**., culminando na condenação do autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Em seu recurso, o autor retoma a narrativa dos fatos presente em sua petição inicial. Alega que adquiriu passagem de ônibus de ida e volta entre São Paulo e Rio de Janeiro, por meio da plataforma Buser, em linha operada pela corré Livre. Afirma que o veículo foi apreendido em fiscalização rodoviária, culminando na impossibilidade de prosseguimento do trajeto, que somente foi concluído pela contratação de outra empresa, culminando em atraso de quatro horas na chegada ao destino. Alega que tal conjuntura se mostra hábil a causar danos morais passíveis de reparação (fls. 237/246).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 250/262 e 263/271).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento em parte.

De início, frise-se que ao caso concreto aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois configurada a qualidade do apelante como destinatário final dos serviços prestados pelas apeladas, quando da contratação do transporte rodoviário.

Assim é direito da parte vulnerável a facilitação da defesa de seus interesses em juízo (CDC, art. 6º, VIII), inclusive com a inversão dos ônus probatórios, bem como a modificação de cláusulas contratuais abusivas (art. 6º, IV, CDC).

Como relatado, para o que interessa ao presente litígio, o apelante adquiriu passagem entre São Paulo e Rio de Janeiro, com ida para o dia 16 de novembro de 2021 e retorno para o dia 19 subsequente. Incontroverso que, no trajeto, o veículo foi impedido de prosseguir viagem, em decorrência de fiscalização rodoviária realizada.

Houve atraso de quatro horas na chegada ao destino e necessidade de realocação.

Em se tratando de contrato de transporte, regido pelo Código de Defesa do Consumidor, objetiva é a responsabilidade dos prestadores a cumprir integralmente o serviço contratado pelo consumidor, rol de obrigações no qual se insere a de cumprir, de modo rigoroso, os horários inicialmente pactuados.

Além disso, na ocorrência de evento que, evidentemente, configura fortuito interno (apreensão do ônibus por falha de documentação) o consumidor

Acesso ao Sumário

não pode ser penalizado por entender como inadequada a substituição ofertada pelo prestador de serviços.

Os danos decorrentes da prestação defeituosa do serviço, pois, mostram-se presentes no caso concreto, como decorrência lógica e evidente dos fatos ocorridos, não se falando em presunção de qualquer natureza. Houve perda de tempo útil da viagem, incerteza por não saber como se locomoveria ao destino, além de aglomeração de pessoas em meio à pandemia sanitária.

Em concreto, o apelante, que contratou regularmente transporte rodoviário e se apresentou regularmente pra embarque, foi impossibilitado de viajar conforme o planejado, tendo de aguardar por reacomodação em local desconhecido.

A propósito:

Apelação Cível. Transporte rodoviário nacional de passageiros. Ação de indenização por danos morais. Sentença de procedência do pedido. Incontroverso o atraso do transporte. Inconformismo da autora. Pretensão à majoração do quantum indenizatório rejeitada. Valor arbitrado que se afigura satisfatório para compensá-la dos danos sofridos. Quantia que atende aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1007000-59.2022.8.26.0100; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/06/2022; Data de Registro: 02/06/2022)

RESPONSABILIDADE CIVIL – Transporte rodoviário nacional – Atraso da viagem em razão de falha mecânica do ônibus – Relação de consumo caracterizada – Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Obrigação de resultado e responsabilidade objetiva – Serviço defeituoso evidenciado – Excludente de ilicitude não comprovada – Art. 14, caput, da Lei n° 8.078/90 – Dano moral bem configurado – Damnum in re ipsa – Arbitramento realizado segundo os critérios da prudência e razoabilidade – Procedência decretada nesta instância ad quem – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1054729-60.2017.8.26.0002; Relator (a): Correia Lima; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022)

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. CANCELAMENTO. ATRASO NA CHEGADA AO DESTINO. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. EMPRESA RESPONSÁVEL PELA VENDA DAS PASSAGENS. LEGITIMIDADE PASSIVA. Havia evidente relação de consumo entre as partes, por meio da cadeia de fornecimento de serviços em que participaram os fornecedores do serviço de trans-

Acesso ao Sumário

porte Viação Danúbio Azul e Bus Serviços de Agendamento. Empresa destinada à comercialização em plataforma (site) da internet de passagens rodoviárias. E assim foi contratado pela autora. Aplicação da teoria da asserção para reconhecimento da presença da condição da ação. Sendo assim, aquela ré Bus Serviços de Agendamento era parte legitima a figurar no polo passivo da ação. Alegação rejeitada. CONTRATO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS RÉS. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Ação de indenização por descumprimento de contrato de transporte rodoviário. A autora adquiriu junto às rés passagens rodoviárias entre Bebedouro e São Paulo, para embarque dia 22 de maio de 2020 às 23h59 e retorno dia 26/5/2020 às 00h30min. Na volta, ao chegar *na rodoviária, descobriu que a viagem havia sido cancelada e aguardou por quinze horas até o próximo ônibus sair com destino à São Paulo. A redução do número de viagens em razão do COVID-19 não configurava excludente da responsabilidade objetiva. Não houve demonstração da comunicação à autora do cancelamento da passagem por nenhuma das rés. Na contestação a corré salientou que "todos os possíveis consumidores foram avisados dos cancelamentos", contudo sem provar que aquela informação chegou à autora. Isto é, se as rés adotaram novo planejamento para disponibilização do serviço de transporte rodoviário no mercado de consumo pelo impacto da pandemia, cabia-lhes adoção de cautelas necessárias sobre a readequação operacional das linhas. Não houve prova de cumprimento das recomendações do COMUNICADO EXTERNO DPL Nº 03/2020 da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), que determinou: "1.6. A viagem deverá ser obrigatoriamente realizada, com qualquer número de passageiros, ou a venda de passagens já tenha sido efetuada em qualquer seção da ligação.". Sendo assim, não era possível o cancelamento das viagens, mesmo na pandemia, conforme orientação da própria agência reguladora de transportes deste Estado e justamente porque já vendida a passagem. Ademais, a declaração do farmacêutico que trabalha na farmácia localizada dentro da rodoviária (fl.80) confirmou que desde de março de 2020, inicio da pandemia, não havia mais ônibus embarcando naquele horário e, mesmo assim, as rés disponibilizaram a compra da passagem à autora em 22/05/2020 (fls. 60/61), dois meses após o inicio da pandemia. Ou seja, houve falha na prestação do serviço das rés. Danos materiais no valor de R$ 393,93 devidamente comprovados. Decisão de primeiro grau que não havia inserido essa verba na condenação. Danos morais configurados. Indenização fixada no valor de R$ 5.000,00 na r. sentença. Adoção dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

Acesso ao Sumário

Autora que passou a noite na rodoviária sem assistência material, até resolver o problema. Transtornos e aborrecimentos que ultrapassaram o cotidiano. Inexistência de motivos para elevação ou redução daquela quantia. Ação procedente em maior extensão, para abranger a reparação dos danos materiais. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DA AUTORA PROVIDO. RECURSO DAS RÉS IMPROVIDOS. (TJSP; Apelação Cível 1021823-72.2020.8.26.0564; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/08/2021; Data de Registro: 03/08/2021)

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, impende considerar que dano moral não pode ser recomposto, já que é imensurável em termos de equivalência econômica. A indenização a ser concedida é apenas uma justa e necessária reparação em pecúnia, como forma de atenuar o sofrimento.

Não há, igualmente, evidência de que a apelada tenha prestado qualquer assistência ao passageiro.

Dessa forma, entende-se adequada a indenização por danos morais no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), valor suficiente e que cumpre a sua finalidade. O valor deve ser corrigido monetariamente desde o seu arbitramento (Súmula 362 do STJ) e com juros de mora desde a citação.

A reparação por danos materiais, no entanto, não tem espaço, por ausência de comprovação de que tais gastos decorram exclusivamente o atraso sofrido, e não da locomoção esperada no destino.

Sucumbentes reciprocamente, devem as partes repartir o custo do processo e suportar honorários de sucumbência de dez por cento do valor da causa, na forma do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, sendo que as apeladas deverão repartir, solidariamente, tal condenação.

Frise-se, para se evitar incidentes desnecessários, que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão que a decidir e dar os fundamentos, o caminho percorrido pelo seu intelecto, para chegar à solução encontrada, o que se verificou no caso concreto.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *"tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida"* (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002252-84.2021.8.26.0369, da Comarca de Monte Aprazível, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, é apelado JOSÉ LEANDRO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do réu, prejudicado o do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 33.150)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO e LIDIA CONCEIÇÃO.

São Paulo, 5 de julho de 2022.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Energia elétrica. Declaratória c.c. indenização. Ré que se desincumbiu do ônus de provar a titularidade da unidade consumidora em nome do autor desde 2017, sendo o mesmo endereço que consta no sistema do Serasa. Autor, por sua vez, que não logrou comprovar residência em local diverso. Precedentes deste E. Tribunal em casos análogos. Recurso da ré provido, prejudicado o do autor.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória c.c. indenização ajuizada por José Leandro da Silva em face de Companhia Paulista de Força e Luz – Cpfl, que a r. sentença de fls. 109/114, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente para declarar a inexigibilidade do débito, além de condenar a ré ao pagamento de danos morais no importe de R$ 6.000,00.

Inconformado, recorre o réu alegando, em suma, que o autor figurou como titular da unidade consumidora entre 12.01.2017 a 10.04.2017, o que somente poderia ser realizado através de apresentação de documentos pessoais adequados no momento da validação. Aduz que o protesto foi realizado em 18.10.2017 em razão do vencimento da fatura em 13.02.2017.

Igualmente, recorre o autor buscando a majoração dos danos morais.

Os recursos foram respondidos e encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Narra a inicial que o autor foi surpreendido com a inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes por dívidas vencidas em 2017, alegando desconhecer totalmente o débito, que tem origem na unidade consumidora situada à Rua Duque de Caxias nº 770, Monte Aprazível, visto que reside à Rua Santo Antônio, nº 07, na mesma comarca.

Com efeito, conquanto aplicável a legislação consumerista à espécie, resta inviável a inversão do ônus da prova, pois esta não decorre automaticamente da existência da relação de consumo entre as partes, sendo condicionada, segundo o inciso VIII do artigo 6º do CDC, à presença da verossimilhança das alegações e à hipossuficiência do consumidor segundo as regras ordinárias de experiência, que não se fazem presentes.

No caso concreto, os documentos juntados pela ré demonstram a contratação dos serviços de fornecimento de energia elétrica pelo autor desde 2017, ressaltando que é o mesmo endereço que consta no sistema do SPC (fls. 13/15), o que reforça a tese da concessionária.

Cumpre ainda observar que bastaria ao autor demonstrar que residia em local diverso à época das cobranças, ônus do qual não se desincumbiu, visto que não juntou qualquer documento a dar sustentação às suas alegações.

Nesse sentido, já se decidiu:

"Prestação de serviços – Fornecimento de energia elétrica – Ação declaratória de inexistência de débito com pleito cumulado de indenização por danos morais – Demanda de pessoa natural em face de concessionária de serviço público – Sentença de parcial procedência Recursos de ambas as partes Reforma do julgado – Cabimento – Alegação de que o nome da autora foi levado à inscrição negativa, a pedido da ré, por conta de débito fundado em contrato que desconhece – Inconsistência fática e jurídica – Empresa que contestou o feito e trouxe aos autos evidências no sentido de que a autora foi ali cadastrada e que deixou em aberto débito no exato montante que levou ao registro negativo – Autora que se limitou a lançar na procuração endereço diverso daquele constante dos cadastros da concessionária, mas deixou de produzir prova de que, à nas alegações postas na inicial – época da negativação, residia em local diverso daquele existente junto à empresa ré – Ausência de verossimilhança Inviabilidade de inversão do ônus probante, na hipótese Art. 6º, VIII, do CDC – Inteligência – Ré que produziu suficiente prova quanto a fato impeditivo do direito da autora – Art. 373, II, do CPC. Apelo da autora desprovido. Apelo da ré provido" (Apelação Cível 1002338-54.2018.8.26.0177; Relator: Marcos Ramos; 30ª Câmara de Direito Privado; j. 09/12/2021).

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Demonstração pela ré da existência de relação jurídica, consistente em fornecimento de energia elétrica – Ca-

Acesso ao Sumário

racterizada relação de consumo que, todavia, não é condição suficiente para inversão do ônus da prova – Requisitos do art. 6º, VIII, do CDC não vislumbrados – Ônus da autora em demonstrar o fato constitutivo de seu direito – Ré, por sua vez, logrou comprovar a origem das cobranças – Autora que não demonstrou não residir no endereço da unidade consumidora informada pela ré – Sentença de improcedência mantida Majoração da verba honorária de sucumbência CPC, art. 85, § 11 – Recurso improvido" (Apelação Cível 1044642-37.2020.8.26.0100; Relatora: Lígia Araújo Bisogni; 34ª Câmara de Direito Privado; j. 05/05/2021)

"INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – Danos Morais – Contratos não reconhecidos – Negativações questionadas Improcedência – Inconformismo – Relação de consumo – Aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, com a devida inversão do ônus da prova – Relação jurídica entre as partes devidamente comprovada pela juntada de telas de sistema interno que demonstram a instalação da energia em endereço pertencente à autora – Inexistência de qualquer prova de que não residia no local à época da instalação da energia – Prova cabível à autora, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC – Débito demonstrado – Cobrança que se mostra lícita – Sentença mantida – Recurso não provido*" (Apelação Cível 1000499-59.2020.8.26.0068; Relator: Heraldo de Oliveira; 13ª Câmara de Direito Privado; j. 12/04/2021).*

Diante desse quadro, respeitado o entendimento de primeiro grau, reformo a r. sentença para julgar a ação improcedente, devendo o autor arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios ora fixados em 10% do valor da causa, observada a justiça gratuita concedida em primeira instância.

Isso posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso do réu, prejudicado o do autor.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002396-79.2019.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante FUAD SAID MADI, é apelado SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.046)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e KIOITSI CHICUTA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de julho de 2022.
RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais. Autor que adquiriu aparelhos de ar condicionado que apresentaram mau funcionamento. Ré que alegou em contestação, de forma genérica, que o consumidor deveria ter acionado a assistência técnica. Conjunto probatório que indica que o autor procurou atendimento e não obteve retorno. Prova de inexistência do vício que competia à fornecedora do produto, ônus do qual não se desincumbiu. Acolhimento do pedido de devolução dos valores pagos na forma do art. 18, § 1º, inciso II, do CDC. Dano moral, no entanto, não configurado. Mero inadimplemento contratual que não enseja dano moral indenizável. Sentença reformada em parte. Sucumbência recíproca reconhecida. Apelo parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Fuad Said Madi em face de Samsung Eletrônicos da Amazônia Ltda, que a respeitável sentença de fls. 238/243 julgou improcedente, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Apela o autor (fls. 247/269), sustentando, em resumo, que a sentença se fundamenta exclusivamente na ausência de prova da existência do vício nos produtos por parte do apelante, embora tenha invertido o ônus da prova. Contudo, aponta que o e-mail de fls. 21/26 demonstra o acionamento do SAC da apelada em 08/11/2018, sendo encaminhado o preposto da apelada para analisar os equipamentos em duas oportunidades, havendo diagnóstico errôneo do problema; os equipamentos permaneceram inoperantes; testemunhas ouvidas confirmam que os aparelhos não funcionavam. Em contrapartida, alega que a apelada, apesar da inversão do ônus da prova, não produziu qualquer prova, apenas alegou que não houve o acionamento da assistência técnica pelo consumidor, contradizendo a troca de e-mail realizada entre as partes, documento que não foi apreciado pela sentença. Ressalta que a ré não impugnou a decisão de inversão do ônus probatório; após a decisão de inversão do ônus da prova, não se pode em sede de sentença incumbir exclusivamente ao consumidor a

Acesso ao Sumário

responsabilidade de provar a higidez na prestação de serviço e qualidade dos produtos, pois estaríamos diante de enorme contrassenso; a apelada se limitou a requerer o julgamento antecipado da lide. Insiste o apelante na caracterização de dano moral indenizável, diante da negativa da apelada em prestar solução ao caso no prazo estipulado pela lei consumerista, além do estresse, sofrimento, humilhação e a Perda do Tempo Útil, causado a cada reclamação apresentada no SAC da empresa, sendo obrigado a ajuizar demanda judicial para solucionar a questão. Pede a reforma da sentença.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 270/271).

Ausente contrarrazões (fls. 322).

É o relatório.

Conforme relatado em acórdão de fls. 174/182, que anulou a sentença de fls. 127/131, principalmente, por vício de fundamentação, "O autor adquiriu aparelhos de ar condicionado da ré, sendo uma condensadora MULTI QUADRI SPLINT INVERTER SAMSUNG 4X9000 BTUS e quatro evaporadoras MULTI QUADRI SPLIT INVERTER SAMSUNG 4X9000 BTUS. Ocorre que, após pouco tempo de uso, os cinco aparelhos adquiridos apresentaram problemas de funcionamento. Nesta conformidade, em 08.11.2018, o autor abriu chamado junto a empresa ré, que encaminhou o autor para o setor competente, sendo realizada vistoria por técnico, que apontou que os problemas decorriam da falta de gás nos equipamentos e que não estavam cobertos pela garantia. O autor, portanto, autorizou a troca do gás dos aparelhos, mas os problemas permaneceram, razão pela qual ajuizou a presente ação de indenização por danos materiais e morais.".

Após o retorno dos autos à vara de origem, o prazo para a indicação das provas que as partes pretendiam produzir foi reaberto (fls. 186).

Apenas o autor manifestou interesse na produção de prova testemunhal (fls. 188/189), restando silente a parte ré (fls. 190).

Em seguida, sobreveio a decisão de saneamento de fls. 191/193, por meio da qual foram fixados os pontos controvertidos ("1) a existência de defeito no bem objeto da lide (ar condicionado); 2) a validade da garantia para o defeito apresentado, 3) o eventual prejuízo experimentado pelo requerente; 4) a responsabilidade do requerido; 4) a ocorrência de danos morais e sua quantificação."), bem como invertido o ônus da prova na forma do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, e, de forma concomitante, citando o artigo 373, § 1º, do CPC, foi determinado o seguinte: "que a parte requerida prove os fatos controvertidos e extintivos relacionados (a inexistência de responsabilidade pelos mencionados danos). Entretanto, anoto que a parte autora não está desincumbida da produção da prova dos seus fatos constitutivos (a ocorrência de danos e o direito a devolução do valor).".

A audiência de instrução foi realizada (fls. 228), tendo sido ouvidas duas testemunhas arroladas pelo autor.

Acesso ao Sumário

Assim é que nova sentença foi proferida a fls. 238/243, entendendo a magistrada pela improcedência dos pedidos iniciais:

"O pedido da autora não merece acolhimento. Após a anulação da sentença anteriormente prolatada por falta de provas de vício nos produtos, a parte autora manifestou-se pela produção de prova testemunhal. Devidamente deferida, após a manifestação da Superior Instância, realizada a audiência constata-se, das oitivas realizadas, que tanto o Sr. Tarcisio de Almeida Melo, quanto o Sr. José Carlos Nascimento Correa, nada sabiam especificar quanto aos referidos vícios nos aparelhos objetos da lide. O primeiro, eletricista responsável pelas obras, nada sabia dos ares condicionados, afirmando apenas ter "escutado falar" sobre os acontecimentos posteriores. A segunda testemunha, zelador do condomínio, afirmou não ter acompanhado os serviços e apenas "escutou falar" que os referidos ares condicionados não voltaram a funcionar.

Neste ponto, cabe esclarecer que a parte autora sequer solicitou a comprovação dos fatos alegados na inicial por meio de perícia ou apresentou qualquer parecer técnico, desta forma, não produziu qualquer elemento de prova apto à comprovação da regularidade da ligação objeto da lide, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil. As singelas manifestações das testemunhas, sem qualquer aprofundamento técnico, não são suficientes para a prova do nexo causal de falha de prestação de serviço imputado.

(...)

O pleito reparatório não merece chancela tanto porque ausente aprova do vício do produto ou do atendimento. A visita do técnico não prova por si só o vício posto que ajustes podem ter ocorrido e não há prova robusta das premissas de vícios dos produtos, fato que afasta a demanda de reparação, em todas as suas esferas (material e/ou moral).".

Daí o inconformismo recursal do autor, que já adianto comportar parcial provimento.

Consta dos autos que o autor comprou cinco aparelhos de ar condicionado da ré e, mesmo após a colocação do gás nos aparelhos, conforme orientado pela assistência técnica da fabricante, os equipamentos não funcionaram, tendo o autor retornado o contato com a assistência técnica, sem êxito. Não tendo sido sanado o problema no prazo legal, o autor optou pela restituição dos valores pagos, nos termos do artigo 18, § 1º, inciso II, do CDC.

Já a contestação da ré, em tom genérico, se limitou a pontuar que "O procedimento realizado de recarga de gás do aparelho de ar condicionado não é um procedimento coberto pela garantia contratual por não se tratar de um defeito ou vício de fabricação, mas sim de um simples ajuste.", e que "após este procedimento, se por um acaso o aparelho esteja de fato com algum mau funcionamento, **a parte autora deve acionar o serviço de assistência técnica da empresa fabricante para análise do produto e verificação da necessidade de reparo do mesmo, o que não foi feito pela parte autora**." (destaquei, fls. 40).

Acesso ao Sumário

Ocorre que a petição inicial veio acompanhada de troca de e-mails entre o autor e a assistência técnica da ré, dando conta dos indícios de mau funcionamento nos aparelhos e que o atendimento iniciado em 08/11/2018, ao menos até o ajuizamento da ação em 22/03/2019, não havia sido solucionado com êxito (fls. 21/26).

Tais documentos – desconsiderados pela sentença – sequer foram impugnados pela apelada, o que revela que o fato de a assistência técnica não ter respondido à solicitação do autor restou incontroverso nos autos.

A decisão de saneamento de fls. 191/193, reconhecendo a facilidade probatória de acesso a informações técnicas por parte da fornecedora, inverteu o ônus da prova na forma do artigo 6º, inciso VIII, do CDC e determinou que a ré provasse a inexistência de responsabilidade pelos danos alegados.

É bem verdade que a oitiva das testemunhas arroladas pelo autor em nada acrescentou de útil ao conjunto probatório dos autos.

Mas, como visto, competia à apelada a prova de peso e, considerando que nada veio aos autos, a tese inicial se revela verossímil e a existência de vício nos produtos, não sanado pela assistência técnica que foi acionada, incontroversa.

Portanto, com a devida vênia ao entendimento adotado pela sentença, o caso é de julgar procedente o pedido indenizatório por danos materiais quantificados na inicial em R$10.642,57, conforme nota fiscal a fls. 20.

Já o dano moral não restou provado, não se tratando de situação que permite o reconhecimento presumido.

Os fatos indicam apenas vício nos produtos adquiridos e o aborrecimento daí decorrente, não tendo sido demonstrada qualquer circunstância excepcional, que não o próprio inadimplemento contratual (resolvendo-se, portanto, com a indenização meramente material), a indicar abalo psicológico no apelante.

Como sabido, o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem a ela se dirige.

Sobre esse ponto examine-se a doutrina:

"Regra geral, 'no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral'.

Mas esta regra não tem sido aplicada em termos absolutos pela jurisprudência, pois 'há danos morais que se presumem, de modo que ao autor basta a alegação, ficando a cargo da outra parte a produção de provas em contrário; assim, os danos sofridos pelos pais por decorrência da perda dos filhos e viceversa, por um cônjuge relativamente à perda do outro; também os danos sofridos pelo próprio ofendido, em certas circunstâncias especiais, reveladoras da existência da dor para o comum dos homens. Há outros, porém, que devem ser

Acesso ao Sumário

provados, não bastando a mera alegação, como a que consta da petição inicial (simples aborrecimento, naturalmente decorrente do insucesso do negócio)'.

Com efeito, em função da diversidade do dano moral pretendido, tem-se aceito um tratamento diferenciado no que se refere ao ônus probatório" (*in* **"Dano Moral", Yussef Said Cahali, 2ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 703**).

Não existe prova alguma de dano moral pelos fatos narrados na inicial.

O entendimento corrente nesta Câmara é de que, **ressalvados casos excepcionais**, o descumprimento contratual não enseja automaticamente dano moral indenizável.

Vale observar, ainda, que a alegada perda do tempo útil, utilizada como um dos fundamentos para o dano moral defendido no recurso, não foi ventilada na petição inicial, tratando-se de inovação recursal.

Assim sendo, o caso é de reforma da sentença para, julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenar a ré na devolução da quantia de R$10.642,57, corrigidos monetariamente desde o desembolso e acrescidos de juros moratórios a contar da citação, restando improcedente o pleito indenizatório por dano moral.

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte fica responsável pelo pagamento de metade das custas e despesas processuais. Condeno a ré, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios ao advogado do autor fixados em 10% do valor atualizado da condenação, ao passo que o autor deve pagar honorários advocatícios ao advogado da ré de 10% sobre o valor atualizado da indenização por dano moral, isto é, a parcela do valor da causa do qual decaiu.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005132-91.2018.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante APEMA CONSULTORIA E EMPREENDIMENTOS LTDA – EPP, são apelados JONATHAS ANTONIO DOS SANTOS e MARIA DA CONCEIÇÃO DE SOUSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.391)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO

MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente) e ALFREDO ATTIÉ.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

LUÍS ROBERTO REUTER TORRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Promessa de Compra e Venda (lote de terreno) – Ação de Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse e Indenização com Pedido de Tutela de Urgência – Distrato motivado por conveniência dos compradores – Sentença de parcial procedência – Apelação da autora, requerendo o total provimento da presente ação – Exame: Manutenção da retenção do percentual de 10% fixado em sentença, que se mostra adequado ao caso concreto – Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/18 (Lei do Distrato) – Irretroatividade da lei posterior a contrato celebrado antes de sua vigência (C. STJ, REsp 1.635.428/SC) – Mantido a indenização no percentual de 0,5% do valor do contrato por cada mês de ocupação – A devolução dos valores aos requeridos deverá ser realizada em única parcela, conforme a Súmula de nº 2 deste E. Tribunal de Justiça – Inteligência dos artigos 6º e 53, do CDC – Precedentes desta C. 27ª Câmara de Direito Privado – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por "APEMA – CONSULTORIA E EMPREENDIMENTO LTDA" em face de JONATHAS ANTONIO DOS SANTOS e MARIA DA CONCEIÇÃO DE SOUZA DOS SANTOS contra a r. sentença de fls. 132/135, na Ação de Rescisão Contratual c/c Pedido de Tutela de Urgência de Reintegração de Posse e Indenização –Promessa de Compra e Venda, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela parte então autora, consistente em síntese para a imediata reintegração de posse à autora, rescisão contratual, na condenação dos requeridos ao pagamento de indenização que será apurado na liquidação de sentença, despesas administrativas e IPTU, aluguel no valor de 1% sobre o compromisso de compra e venda.

Proferida a r. Sentença cujo dispositivo se colaciona a seguir:

"Ante o exposto, nos termos do art. 487, inciso I do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos iniciais, o que faço para: a)

Acesso ao Sumário

DECLARAR rescindido o contrato firmado entre as partes e DETERMINAR a reintegração da autora na posse do imóvel nos termos acima consignados; b) CONDENAR a autora a restituir ao requerido o percentual de 90% das quantias pagas, de uma só vez, com correção monetária pela tabela do TJSP a partir do desembolso, da qual deverão ser descontados os débitos inerentes à posse do réu sobre o imóvel; c) CONDENAR os réus a indenizar a autora em 0,5% do valor do contrato por cada mês de ocupação desde outubro de 2016 até a efetiva retomada do bem, com correção monetária a partir de cada vencimento e juros de mora legais da citação; d) CONDENAR a autora a indenizar o réu pelas eventuais acessões e benfeitorias realizadas no imóvel até outubro de 2016 (período de adimplência e boa-fé – art. 1.255, CC), o que será apurado em fase de liquidação de sentença mediante a realização de prova pericial, conforme fundamentado. Sucumbentes majoritariamente arcarão os réus com o pagamento das custas e despesas processuais e com honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% do valor da condenação (art. 85, § 2º e 86, parágrafo único, ambos do CPC), observando-se as condições de exigibilidade do art. 98, § 3º, do CPC, em razão da gratuidade judiciária concedida. P.I.C.".

Inconformada, a autora-apelante interpôs o Recurso de Apelação (fls. 138/141), para que seja reformada a r. sentença, aduzindo em síntese, que além da fixação de aluguel servir como indenização pelos lucros cessantes, presta-se a evitar o enriquecimento sem causa do compromissário, que usufruiu de imóvel alheio sem honrar com seu compromisso, que seja estipulado em 1% ao mês do valor atualizado do compromisso de compra e venda.

Aduz que a devolução de valores pagos deverá seguir o que foi contratualmente ajustado entre as partes na clausula 21ª, ou seja, 50% do valor pago devidamente corrigido e de maneira parcelada.

Aduz ainda, que eventuais gastos com eventuais obras de benfeitorias, deverão vir carreados com documentação que de rimo a indenização.

Pugna, para que o presente recurso seja conhecido e provido, reformando-se parcialmente a r. sentença, julgando-se totalmente procedente a presente ação nos exatos termos da peça inicial.

Recurso recebido com preparo (fls. 142/143).

Os apelados, devidamente intimados nas fls. 146, apresentaram suas contrarrazões, requerendo que seja confirmada a r. sentença prolatada na sua integralidade (fls. 147/154).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

O recurso está formalmente em ordem.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso **NÃO** merece **PROVIMENTO**.

Malgrado a insistência da parte apelante, a r. decisão deve ser confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, entretanto, devem ser acrescentadas algumas considerações.

Importante ressaltar, que se trata de verdadeira relação de consumo a estabelecida entre as partes, por conseguinte, de rigor a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, inclusive, já está pacificado que o consumidor inadimplente ou desistente tem o direito de obter a devolução das parcelas pagas quando da rescisão contratual do compromisso de compra e venda de imóvel, conforme o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*, que:

> *"Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".*

Consequente lógico deste panorama é a autorizada aplicação da almejada incidência da inversão do ônus probatório, aplicando-se o artigo 6º, VIII do CDC que reza:

> *"Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
>
> *(...)*
>
> *VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".*

Pois bem, é incontroversa a celebração, 23/04/2013, de compromisso de compra e venda de imóvel consistente em um terreno lote 14 da quadra 31, pelo valor de R$ 26.975,37, sendo dado como sinal o valor de R$ 5.000,00 e mais 69 parcelas mensais no valor de R$ 310,00 do saldo remanescente.

Ocorre que os requeridos deixaram de pagar as parcelas do contrato firmado, referente à parcela de agosto de 2016, assim, deixando de cumprir o ajustado, sendo instados para tanto, quedaram-se inertes.

Contudo, em que pese ter inserida a cláusula de quitação no distrato, a perda de 50% dos valores pagos pelos autores se mostra abusiva, pois, coloca o consumidor em desvantagem exagerada.

Diante dos valores pagos pelos compradores tem-se como adequado, manter a restituição de 90% das quantias pagas, retendo-se, portanto, 10% em favor da vendedora, para compensá-la pelas despesas administrativas e fiscais

Acesso ao Sumário

realizadas com a celebração do contrato, cabendo ressaltar, que o imóvel poderá ser revendido por valor até superior ao do contrato firmado, tendo em vista a sua valorização.

Conclui-se ser abusiva qualquer retenção apenas acima deste patamar, razão pela qual fica mantida a devolução dos valores pagos no percentual de 90%.

De acordo com a jurisprudência desta C. 27ª Câmara de Direito Privado:

"COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. BEM IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS. Sentença de procedência. Apelo da ré. Autor que desistiu da aquisição após cerca de 1 ano e meio. Desistência do comprador. Nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por iniciativa do comprador, é admitida a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. Precedentes do STJ. ***Manutenção em 10%, ausente qualquer circunstância apta à majoração do valor****. Juros de mora que, todavia, incidem a partir do trânsito em julgado, conforme jurisprudência do STJ. Sucumbência mínima do autor que não autoriza a redistribuição dos ônus, ex vi do art. 86, parágrafo único, do CPC. Sentença minimamente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1002306-04.2020.8.26.0428; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paulínia – 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/05/2022; Data de Registro: 25/05/2022)* ***(grifo nosso).***

Vale mencionar que a Lei nº 13.786/2018 (Lei do Distrato) não incide aos contratos de promessa de compra e venda, realizados em momento anterior à sua vigência, caso dos autos, de conforme o Recurso Especial de nº 1.635.428/SC, submetido ao regime dos recursos repetitivos do E. STJ.

No que diz respeito ao pedido da majoração da fixação de aluguel para servir como indenização pelos lucros cessantes, sendo que se presta a evitar o enriquecimento sem causa do compromissário, que usufruiu de imóvel alheio sem honrar com seu compromisso, sendo assim, faz jus o vendedor à recomposição dos prejuízos suportados a título de indenização por lucros cessantes, contudo, devendo ser mantida a porcentagem de 0,5% (meio por cento) ao mês, bem como, mantidos os critérios de atualização monetária e juros de mora fixados na r. sentença, pois, valor suficiente para pagamento de indenização, tendo em vista se tratar de lote de terreno.

Conforme os precedentes desta C. 27ª Câmara de Direito Privado:

"Apelação. Ação Indenizatória – Danos Materiais. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré ao pagamento de 0,5% do valor do contrato firmado entre às partes, mensalmente, até a

Acesso ao Sumário

efetiva entrega das chaves. Pretensão à reforma. Acolhimento parcial. Afastamento da preliminar de cerceamento de defesa. Documentos juntados pela própria ré que comprovam que o atraso na entrega do imóvel não foi decorrente exclusivamente da pandemia. Prazo adicional para entrega do imóvel que deve ser contado em dias corridos, nos termos da Súmula nº 164 deste E. TJSP. Dano ao adquirente que é presumido. Aplicação Tese firmada quando do Julgamento do Tema 996 pelo C. STJ e Súmula 162 desta Corte. ***Quantum adequadamente fixado em 0,5% do valor do contrato, mensalmente, e não em 1% conforme pretensão inicial. Precedentes desta corte em casos análogos.*** *Obrigação contratual. Incidência de juros a partir da citação. Aplicação do artigo 405, do CPC. Autor que decaiu de 50% do pedido inicial. Sucumbência recíproca configurada. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido". (TJSP; Apelação Cível 1016576-76.2021.8.26.0564; Relator (a): Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2022; Data de Registro: 27/05/2022)* ***(grifo nosso);***

"APELAÇÃO. Promessa de Venda e Compra. Ação declaratória de inexigibilidade e estorno de valores cumulada com indenização por danos materiais e morais, julgada parcialmente procedente. Recurso da ré. Atraso na entrega da obra. Ocorrência. Aplicação da Súmula nº 161/TJSP quanto à justificativa para o atraso na entrega dos imóveis (caso fortuito ou força maior). Validade da cláusula que estabelece o prazo de tolerância não superior a 180 dias, porém é abusiva a sua fixação em dias úteis, hipótese dos autos. Lucros cessantes devidos (Súmula nº 162/TJSP). ***Redução do percentual para 0,5% ao mês, relativamente a cada contrato, contados do fim do prazo estipulado para a entrega dos imóveis até a efetiva entrega das chaves, mantidos os critérios fixados na sentença.*** *Manutenção do percentual fixado a título de honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela ré. Sentença parcialmente modificada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1002934-57.2016.8.26.0161; Relator (a): Sergio Alfieri; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/05/2022; Data de Registro: 30/05/2022)* ***(grifo nosso).***

No que tange na devolução da quantia paga pelos compradores, deverá ocorrer em única parcela, como previsto na Súmula de nº 2 deste E. Tribunal de Justiça:

"A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição".

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, diante da acertada decisão de primeiro grau, conclui-se que a r. sentença não merece qualquer reparo.

De forma a evitar a oposição de embargos de declaração destinados meramente ao prequestionamento e de modo a viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional suscitada nos autos, uma vez que apreciadas as questões relacionadas à controvérsia por este Colegiado, ainda que não tenha ocorrido a individualização de cada um dos argumentos ou dispositivos legais invocados, cenário ademais incapaz de negativamente influir na conclusão adotada, competindo às partes observar o disposto no artigo 1.026, § 2º do Código de Processo Civil:

> *"Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.*
>
> *§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa".*

No tocante aos honorários advocatícios sucumbenciais, cabível a sua majoração, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal.

Em sentença, os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o valor da causa atualizado, e pelo presente ficam majorados para 12% do mesmo referencial. Observe-se o benefício da justiça gratuita concedido ao autor/requerido (se for o caso).

Por fim, tendo em vista que não vieram aos autos elementos competentes a autorizar a pretensa reforma, de rigor, o desprovimento do presente recurso, sendo plausível a manutenção *"in totum"* da r. sentença atacada, pelos seus próprios e jurídico fundamentos.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017327-87.2021.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante JOÃO CARLOS LEMES, é apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S.A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.510)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO E ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 30 de junho de 2022.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação. Indenização por danos morais e lucros cessantes. A pretensão da ré de que o início das obras fique condicionado à liberação do financiamento é visivelmente abusiva, posto que permite a obtenção de vantagem excessivamente onerosa para o autor, sendo de rigor sua nulidade de pleno direito. Tema 966 do STJ. O atraso é incontroverso, assim cabível indenização pelo período de atraso até a entrega do imóvel. Devida a indenização por lucros cessantes limitada no percentual de 0,5% sobre o valor do imóvel, corrigido monetariamente, conforme vem reiteradamente decidido esta Câmara e juros de mora desde a citação. Indevidos os danos morais. A inadimplência contratual não gera indenização por danos morais, por si só. Apelo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória de danos morais e lucros cessantes ajuizada contra MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A. Narra o autor ser adquirente da unidade consistente no apto 202, bloco 07, do Spazio Bréscia, a ser construída pela ré, cuja entrega ocorreu com 9 meses de atraso. Por isso, postula o recebimento de indenização de danos morais no importe de R$ 10 mil, mais outra parcela a título de lucros cessantes no valor de R$ 9 mil.

A sentença de págs. 178/181, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação.

Apelação interposta às págs. 184/201 na qual o autor alega que sofrera com o atraso na entrega do imóvel. Insurge-se com a sentença que reconheceu a mora, todavia, considerou a cláusula que imputa a contagem do prazo a favor da vendedora.

Contrarrazões apresentadas às págs. 207/217.

É o relatório.

O princípio da autonomia de vontade não ostenta mais o caráter absoluto,

Acesso ao Sumário

além de outros que restaram introduzidos com a reforma constitucional e, depois, com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Exige a nova ordem positiva que as partes atuem com boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e, principalmente a ausência de onerosidade excessiva.

Nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, considera-se abusiva as cláusulas que *"estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade"*.

Dessa forma, a pretensão da ré de que o início das obras fique condicionado à liberação do financiamento é visivelmente abusiva, eis que permite a obtenção de vantagem excessivamente onerosa para o autor, sendo de rigor sua nulidade de pleno direito.

Ademais, é sabido que para a liberação do financiamento há necessidade de percorrer todo o procedimento administrativo, com a apresentação de toda a documentação necessária a fim de se averiguar a segurança do negócio entabulado, não podendo se esperar, no ramo da construção, que toda esta burocracia seja imposta ao consumidor.

Conforme a cláusula 5ª do contrato, o prazo de entrega das chaves ficou avençado para março de 2011 ou 18 meses contados da data da assinatura do contrato de financiamento.

A unidade foi entregue em dezembro de 2011, logo, patente o atraso.

O atraso é incontroverso, assim cabível indenização pelo período de atraso até a entrega do imóvel.

Neste sentido, Súmula 162 deste Egrégio Tribunal:

Súmula 162: "Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio".

Ementa:

Rescisão contratual, indenização por danos materiais e morais c/c repetição de indébito e lucros cessantes. Contrato por instrumento particular de promessa de compra e venda de imóvel e outros pactos. Atraso na entrega do imóvel evidenciado, caracterizada a abusividade na cláusula de tolerância para a hipótese dos autos. Rescisão do contrato que é de rigor, com devolução de todos os valores pagos pelo Autor, inclusive comissão de corretagem e taxa de assessoria técnica imobiliária. Multa contratual que não pode ser exigida, pois estipulada para hipótese de atraso na entrega do imóvel, o que não se conforma com o pedido de rescisão contratual. **Lucros cessantes que são devidos, pelo período de atraso ora estabelecido e fixados em 0,5% sobre o valor do contrato atualizado.** Dano

Acesso ao Sumário

moral afastado, vez que os autos retratam mero descumprimento contratual. Devolução em dobro que não é cabível, em razão de inexistir conduta de má-fé da Ré. Sucumbência estabelecida como prevalente pela Ré, com honorários em 15% da condenação. Sentença reformada. Recursos providos em parte. (Apelação Cível n. 1015593-92.2013.8.26.0100, Des. Rel. João Pazine Neto)

Ainda voto desta Câmara e Relatoria:

Apelação cível – Ação de indenização por danos materiais e morais – Atraso na obra – Ação julgada improcedente – Ilegitimidade passiva inexistente nulidade da sentença por falta de fundamentação que não ficou caracterizada – Preliminares rejeitadas – Cláusula prevendo tolerância de 180 dias para entrega que não se mostra abusiva – Atraso abusivo e incontroverso, sem justificativa – **Cabível a condenação no pagamento de indenização em caso de privação do uso da unidade fixada 0,5% do valor do contrato, corrigido monetariamente** - Critério razoável e proporcional – Multa moratória indevida sob pena de incidir em *bis in idem* – Prejuízos compensados com fixação da indenização pela privação – Taxa de corretagem que deve ser restituída – Não há no contrato, tampouco pacto acessório, cláusula que preveja a obrigação de seu pagamento a cargo do comprador – Ausente, ainda, demonstração de que foi esclarecida a sua cobrança ao consumidor – Ausente estipulação em contrário, a corretagem deve ser paga pelo vendedor art. 724 do CC – SATI que é abusiva e deve ser restituída – Utilização da tabela Price que, por si só, não caracteriza abusividade se não demonstrada a capitalização de juros – Juros após a mora da ré que não se admite – Devolução da correção monetária indevida – Congelamento do saldo devedor, que não pode ocorrer, sob pena de enriquecimento ilícito – Trata-se de simples atualização da moeda – Substituição, no entanto, do INCC pelo IPCA como indexador, desde a mora, para correção do saldo devedor, com devolução do valor cobrado a maior – Despesas condominiais e IPTU devidas pelo comprador somente após entrega das chaves – Taxa de interveniência indevida – Danos morais descabidos – Simples inadimplemento contratual que não tem o condão de gerar dano moral – Devoluções que devem ser feitas de forma singela e não em dobro – Litigância de má fé não caracterizada – Sucumbência recíproca – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido. **APELAÇÃO C**ÍVEL: 1003231-98.2015.8.26.0161

Este é o entendimento firmado no Tema 966 do STJ:

Ementa: APELAÇÃO. Compra e venda. Atraso na entrega de imóvel. Sentença de

Acesso ao Sumário

improcedência. Insurgência do autor. Impossibilidade de se adotar como prazo alternativo à entrega do imóvel a data de assinatura do contrato de financiamento firmado entre a construtora e a instituição financeira. Prazo que deve ser contato a partir da assinatura do contrato firmado entre em partes, quando reconhecida a abusividade da cláusula contratual com base no entendimento firmado no ***Tema 966*** do ***STJ***. Recurso a que se nega provimento. (Apelação cível n. 1004809-35.2021.8.26.0566, Rel. Des. Maurício Campos da Silva Velho)

Assim, devida a indenização por lucros cessantes limitada no percentual de 0,5% sobre o valor do imóvel, corrigido monetariamente, conforme vem reiteradamente decidido esta Câmara e juros de mora desde a citação.

Indevidos os danos morais. A inadimplência contratual não gera indenização por danos morais, por si só.

E esta Câmara vem entendendo pela inocorrência de dano moral em caso de simples atraso de obra.

Confira-se votos desta relatoria:

Apelação Cível. Ação de indenização decorrente de compromisso de compra e venda. Atraso na entrega do imóvel que ultrapassou o prazo de tolerância de seis meses. Ilegitimidade passiva da corré afastada. Ambas respondem de forma solidária a cadeia de fornecedores, da qual participam construtora e incorporadora oferecendo e incentivando o produto ao consumidor. A cláusula que prevê o prazo de tolerância de seis meses não é abusiva, apenas o extravasamento deste prazo. Presente o nexo causal configurador da responsabilidade das rés pelo atraso na entrega do imóvel a dar ensejo à indenização a título de lucros cessantes. **Danos morais descabidos.** O pedido de restituição do valor pago a título de taxa de corretagem e SATI não comporta devolução. Prévia concordância. Sucumbência mantida. Apelo do autor desprovido e dado parcial provimento ao recurso do réu. A.C. 0007733-33.2013.8.26.0011.

Apelação Cível. Ação de rescisão de contrato de compra e venda – Atraso na entrega do imóvel – Rescisão contratual por culpa exclusiva da vendedora – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Atraso na entrega da obra é incontroverso, sem justa causa. Inadimplemento exclusivo da construtora – Rescisão do contrato com retorno das partes ao *"status quo ante"* com devolução em uma só vez (Súmula nº 2 do TJSP) dos valores integrais pagos pela autora, incluindo taxa de corretagem e serviço de assessoria técnica imobiliária – SATI, tudo corrigido monetariamente e com juros legais (Súmula nº 3 do TJSP) – **Danos morais incabíveis – Simples inadimplemento contratual que não gera dano moral** – Precedentes jurisprudenciais – Sucumbência que passa a ser re-

cíproca – Apelos parcialmente providos. 0059056-62.2012.8.26.0577

Do exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 1000703-52.2018.8.26.0334, da Comarca de Macaubal, em que é apelante MOISES CANDIDO DOS SANTOS, são apelados MARCELO GUIZILINI, ADALBERTO PIRES DE LIMA e MARCIA HELENA GUIZILINI LIMA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Eduardo Nimer Elias – OAB/SP 192.572.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.832)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CÉSAR PEIXOTO (Presidente sem voto), MÁRCIO BOSCARO E EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 5 de julho de 2022.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO PAULIANA – Pedido de reconhecimento de fraude contra credor em razão da transferência de imóvel simulada entre os réus – Improcedência – Juízo de Primeiro Grau que reconheceu que a transferência de uma parte de um imóvel pertencente ao devedor não o reduziu ao estado de insolvência – Inconformismo do autor – Reconhecimento da existência do negócio jurídico ocorrido entre as partes, consistente na compra e venda de gado, com pagamento mediante a emissão de cheques – Devedor insolvente que alienou fração ideal de bem imóvel a irmã após realização do negócio e esquivou-se do pagamento da dívida quando acionado em ação monitória proposta pelo autor – Requisitos da ação pauliana consistentes da anterioridade do crédito, *eventus damni* e *consilium fraudis* presentes – Negócio jurídico inoponível ao credor – Sentença reformada – Apelo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 590/594, acrescento que a sentença julgou improcedente ação pauliana proposta por vendedor de gado em face do comprador, por não reconhecer a existência de fraude contra o credor. Em razão da sucumbência, condenou o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor da causa.

Inconformado, apela o autor (fls. 598/601) aduzindo, em suma, que o corréu Marcelo, seu devedor, alienou a sua irmã Márcia, também requerida na ação, uma parte de seu único imóvel, apenas com o intuito de afastar eventual penhora de cobranças judiciais (fls. 473/474) e fraudar os créditos devidos, visto que o negócio foi realizado em janeiro de 2016 e em fevereiro do mesmo ano o recorrido fez a simulação da venda do referido imóvel a irmã, um mês depois, e o pagamento da venda do gado foi realizado com cheques sem provisão de fundos, encontrando-se o réu, portanto, em estado de insolvência.

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 607/617.

2. Extrai-se dos autos que em janeiro de 2016 o autor vendeu ao réu Marcelo cabeças de gado pelo valor de R$ 190.000,00, com pagamento mediante emissão de e 09 cártulas de cheque no valor de R$10.000,00 e 04 cártulas de cheque no valor de R$25.000,00, o primeiro cheque emitido em 01 de janeiro de 2016 e o último pós-datado para 30 de maio de 2016.

Em fevereiro de 2016, todavia, o réu Marcelo alienou a sua irmã Márcia, também requerida nestes autos, 33,3333% do imóvel rural matriculado sob o nº 28.747 do Cartório de Registro de Monte Aprazível, cota parte que lhe pertencia em razão de transferência de seus genitores, pelo valor de R$ 15.000,00 (fls. 13/15).

Aduz o autor que o réu realizou a transferência do bem de maneira fraudulenta, apenas para frustrar futura cobrança dos cheques dados em pagamento, já que estes foram emitidos sem fundos, tanto que, em 2018 o autor propôs ação monitória almejando o pagamento dos títulos (Processo nº 1000206-38.2018.8.26.0334), que sequer foi embargada pelo réu.

Buscando anular referido negócio jurídico, por se tratar de fraude e subterfúgio utilizado pelo corréu Marcelo para esvair-se da obrigação do pagamento devido, propôs o autor a presente demanda.

Em contestação (fls.114/125) o requerido Marcelo alegou que não formalizou nenhum negócio jurídico com o requerente, pois não foi concluída a venda do mencionado gado, objeto das emissões do cheque. Já em contestação apresentada pela segunda requerida, Marcia (fls. 129/139), esta fundamenta que pagou corretamente o valor do imóvel comprado do primeiro requerido e justificou que a transferência ocorreu a preço vil porque era para quitar uma dívida

Acesso ao Sumário

existente entre eles.

Para rechaçar o pleito autoral, entendeu o julgador a quo que: *"A fraude contra credores, em negócios onerosos, ocorre quando o devedor, em estado de insolvência notória ou conhecida pelo terceiro contratante, aliena bem da sua propriedade com dolo de prejudicar o credor pela diminuição do seu patrimônio (art. 159 do CC). No caso, embora inexistam documentos sobre a situação econômica do réu Marcelo na época, pelo próprio depoimento pessoal do autor, que afirmou que sempre aceitava cheques de "Marcelinho" porque eram "bons", conclui-se que Marcelo desfrutava da confiança do autor porque tinha meios para cumprir suas obrigações ao menos até então. Diante disso, inexiste demonstração cabal de que o réu estava em estado de insolvência notória ou conhecida por Márcia (que sequer foi ouvida) ou mesmo de que agiu com o propósito de lesar o autor. A declaração de fls. 473 não altera tal conclusão porque não goza de presunção de veracidade e sua subscritora não foi levada a juízo para ser ouvida no tempo oportuno, o que viola o contraditório."* (fls. 591).

Contra esta decisão insurge-se o autor, com razão.

Com efeito, dispõe o artigo *158, do Código Civil que "Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos."*

Por sua vez, regem seus parágrafos seguintes que: *"§ 1 o Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. § 2 o Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles"*.

Já o artigo 159, do mesmo diploma legal diz que *"Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante"*.

Como se vê, a ação pauliana tem por escopo conferir aos credores a possibilidade de desconstituir negócios elaborados de maneira fraudulenta por devedores insolventes que buscam se desfazer de seu patrimônio que poderiam servir de garantia para pagamento de uma dívida preexistente, ou seja, de fraudar um crédito.

Em outras palavras, três são os requisitos para o cabimento da ação pauliana: a) a existência de um crédito anterior à alienação; b) a insolvência do devedor; c) o *consilium fraudis*, com o escopo de prejudicar o credor, pelo esvaziamento da garantia patrimonial.

No caso dos autos, embora não existam documentos comprovando o negócio jurídico realizado entre o autor e o réu Marcelo, e este negue que tenha ocorrido sua concretização, a prova testemunhal produza nos autos da ação monitória proposta pelo apelante não deixa dúvidas que entre as partes ocorreram transações comerciais no início do ano de 2016, antes da alienação da fração

Acesso ao Sumário

ideal do imóvel, realizada entre os corréus.

De qualquer forma, a existência do crédito tornou-se inequívoca com a prolação da sentença proferida na ação monitória proposta inicialmente, não contestada pelo devedor e acolhida pelo juízo sentenciante, de forma a constituir o crédito como título executivo judicial, tendo transitado esta decisão.

Ademais, se não houvesse qualquer negócio subjacente, qual a razão para a emissão das cártulas e, se indevida, por qual motivo o devedor não procurou anulá-las ?

Confirmada a existência de negócio jurídico anterior entre as partes, esta configurado o segundo requisito para cabimento da medida, qual seja o estado de insolvência do devedor, pois este em nenhum momento procurou fazer prova em contrária, tampouco demonstrou interesse no pagamento da dívida exigida na ação monitória proposta pelo autor (autos nº 1000206-38.2018.8.26.0334), na qual foi revel.

Nem se diga que competia ao autor a prova da insolvência, pois tal pretensão implicaria obrigação deste de produzir prova negativa, isto é, de que o devedor não possui outros bens aptos a garantir a dívida, daí porque, sem dúvida, é encargo do devedor a demonstração inversa, ou seja, que possui patrimônio capaz de responder pelo pagamento dos débitos.

Se não bastasse o próprio julgador monocrático em sua decisão reconheceu o estado de insolvência do devedor, quando relatou que nos autos da ação monitória, iniciado o cumprimento de sentença, foi essa extinta por inércia do credor, por ausência de localização de bens penhoráveis (fl. 591).

Por último o requisito do *consilium fraudis*, está bem caracterizado pelo fato da adquirente do bem do devedor ser sua irmã, não podendo esta, por óbvio, desconhecer sua condição financeira.

Chama a atenção, nesse passo, a admissão pela corré, irmã do devedor, de que a venda e compra do imóvel foi realizada por preço vil, em razão de dívida anterior do alienante, sem que haja, contudo, provas nesse sentido.

Acesso ao Sumário

Confira-se sobre os temas, vetusta jurisprudência desta Corte e Câmara: *"AÇÃO PAULIANA - Ônus da prova da insolvência, na ação pauliana, incumbe ao devedor ou terceiro interessado na manutenção dos atos, e não ao credor - Fraude contra credores - Crédito anterior em favor da autora - Posterior alienação do imóvel pela devedora - Execução de título judicial em curso - Ato de disposição patrimonial em prejuízo dos credores 'Consilium fraudis' e 'eventus damni' caracterizados - Sentença confirmada - Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça - Recursos das rés não providos"* (TJSP 7ª Câmara de Direito Privado Apelação nº 0015375-90.2006.8.26.0047 Relator Desembargador Élcio Trujillo j. 2.3.2011).

Ou ainda: *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PAULIANA - Revelia dos réus*

capazes - Procedência, declarada a ineficácia da alienação do imóvel do co -executado, garantidor do título em execução - Inconformismo dos sucessores do devedor falecido e do avalista - Prejuízo ao credor constatado - Constatação, outrossim, da anterioridade do crédito à alienação, do eventus damni e do consilium fraudis - Compra e venda entre familiares que resultou na insolvência do avalista - Inércia do adquirente na produção de prova suficiente e capaz de legitimar a alienação, bem como de demonstrar a existência de outros bens do executado, passíveis de penhora Procedência mantida - Negado provimento ao recurso" (9ª Câmara de Direito Privado Apelação Cível nº 9111939-95.2001.8.26.0000 Relator Desembargador Viviane Nicolau j. 23.3.2010).

E mais: *"APELAÇÃO - Ação pauliana - A fraude contra credores, que enseja a anulação do negócio, com retorno do bem ao patrimônio do devedor, demanda prova do ato de liberalidade capaz de levá-lo à insolvência, desde que o credor seja quirografário; o crédito seja anterior ao ato de alienação ou oneração; tenha havido dano ao direito do credor, bem como ciência desse prejuízo ou o 'consilium fraudis' - Não se exige, deste modo, a preexistência de ações ajuizadas em face do devedor, para caracterização do vicio do negócio jurídico - Parentesco próximo como presunção de fraude – Suficiência para justificar a ação revocatória - Artigo 107 do CC - Prova em contrário, a cargo dos devedores, não produzida Recursos desprovidos"* (9ª Câmara de Direito Privado Apelação nº 9112149-49.2001.8.26.0000 Relator Desembargador Sérgio Gomes j. 24.4.2006).

Nessas condições, forçoso o reconhecimento de que a alienação da fração ideal do imóvel matriculado sob o nº 28.747 do Cartório de Registro de Monte Aprazível, ocorrida entre os demandados, conforme registro público encartado a fls. 13/15, não é oponível ao autor, podendo este bem servir de garantia à dívida pretérita.

Observa-se, a respeito, que na fraude contra credores, em prevalecendo a letra da lei, o ato deveria ser anulado, e o resultado da ação pauliana seria a reintegração dos bens fraudados ao patrimônio do devedor insolvente, beneficiando o próprio fraudador.

Nessa hipótese, poderia o devedor ser beneficiado se, por exemplo, o crédito do autor da pauliana depois não viesse a ser executado, ou, mesmo se depois o devedor, obtivesse o reconhecimento da prescrição, ou da extinção da obrigação.

Nesse último caso, a penhora seria levantada e o bem, em razão da anulação do ato de transmissão, ficaria com o devedor, pois, até no Cartório de Registro de Imóveis já estaria cancelado o registro ao comprador. Ou, ainda, se o valor da dívida fosse inferior ao valor do bem, poderia o devedor pagá-la, retornando o bem ao seu patrimônio, prejudicando o comprador.

Acesso ao Sumário

Melhor assim, que se declare o ato apenas ineficaz perante o demandante da pauliana com vista à preservação dos interesses do credor, sem permitir oportunidade para que o devedor fraudador possa se beneficiar da própria torpeza.

Ante o resultado deste recurso, necessária a redistribuição do ônus de sucumbência, para que sejam os réus condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, parágrafo 2º do CPC.

3. Ante o exposto, para os fins acima, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005302-22.2020.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado NOVA CASA DO TELEFONE EIRELI-ME.

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 25.690)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2022.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Tutela cautelar antecedente. Contratos bancários. Pandemia do Coronavírus. Sentença de parcial procedência, mantendo e ampliando a tutela deferida até setembro de 2021 e conferindo período de moratória, não correndo juros nos pactos celebrados. Apelo da parte ré pugnando pela reforma da r. decisão. Sem razão. Preliminar. Sentença *extra petita*. Inocorrência. Mérito. Teoria da imprevisão (clausula *rebus sic stantibus*). Disseminação do vírus causador da Covid-19 causadora de impacto de ordem financeira em uma parte da população, afetando as relações jurídicas, devendo seus efeitos ser analisados pelo Poder Judiciário individualmente. Empresa atuante no comércio de comunicação e equipamentos de informática que demonstrou, por meio de e-mails

e extratos, prejuízos em seu faturamento decorrentes da situação de pandemia mundial. Evidente o abalo econômico na atividade exercida pela requerente em razão dos meios de enfrentamento da emergência de saúde pública. Manutenção do decidido. Apelo desprovido.

VOTO

Relatório:

Trata-se de tutela cautelar antecedente proposta por *Nova Casa Do Telefone Eireli-ME* em face do *Banco Bradesco S/A*. Alega a autora, em síntese, que *mantem conta junto ao réu vinculada a empréstimos, seguros, capitalização e que a pandemia a impossibilitou de cumprir seus compromissos, a contar de março de 2020. Entende o contrato com onerosidade excessiva e pede por tutela de urgência para não negativação e apresentação de contratos e extratos com demonstrativo de taxas efetivas."* (fls. 331).

Sobreveio sentença a fls. 331/332, cujo relatório se adota, julgando parcialmente procedente o pedido, *mantendo-se e ampliando a tutela deferida até setembro de 2021 e, conferido período de mora, não correndo juros, há extensão (e não perdão) da dívida pelo período. Resistente a ré quanto a parte essencial do pleito (a suspensão de exigibilidade pelo COVID-19), arcara com as custas e honorários que fixo em 10% do valor atualizado da causa.*

Apela a parte ré (fls. 351/366) pleiteando a reforma da r. decisão alegando, em resumo, que **(A)** julgamento *extra petita*; **(B)** ausência de provas acerca da impossibilidade de honrar com os contratos entabulados; **(C)** *não há que se falar em condenação do Banco Recorrente em honorários advocatícios sucumbenciais e despesas processuais à serem fixados em grau de recurso, haja vista que a ação deverá ser julgada totalmente improcedente pelos motivos acima alegados, bem como a r. sentença deve ser reformada* (fls. 364).

Houve contrarrazões pugnando pela manutenção do decidido (fls. 375/382). O recurso foi regularmente processado.

FUNDAMENTAÇÃO:

Ab initio, observo que o apelo é tempestivo e o preparo foi recolhido a fls. 367 e 371.

Prosseguindo, a r. sentença recorrida, lavrada pelo digno magistrado Eduardo Hipolito Haddad, merece ser mantida.

Trata-se de tutela cautelar antecedente. Aduz a autora, ora apelada, que possui conta junto ao réu vinculada a empréstimos, seguros, capitalização e que a pandemia a impossibilitou de cumprir seus compromissos, a contar de março de 2020. Sustenta a existência de onerosidade excessiva e pede por tutela de

Acesso ao Sumário

urgência para não negativação de seu nome, bem como a apresentação de contratos e extratos com demonstrativo de taxas efetivas.

Pois bem.

No que tange à preliminar de nulidade da r. sentença por ser *extra petita*, esta não merece prosperar. Ao reverso do sustentado pela financeira, a r. sentença apenas delimitou um prazo a fim de determinar a suspensão da cobrança das parcelas pelo Banco apelante.

Avanço ao mérito.

Observa-se que, pelo princípio do ***pacta sunt servanda***, o contrato faz lei entre as partes, podendo ser excepcionado pela **teoria da imprevisão (*clausula rebus sic stantibus*)** desde que verificado fato superveniente imprevisível e extraordinário.

De fato, a conjuntura econômico-social decorrente da pandemia relacionada à COVID-19 constitui situação excepcional que impõe às partes contratantes, no espírito de cooperação mútua, a adoção de medidas tendentes ao enfrentamento da crise.

No presente caso, a narrativa da recorrente, corroborada pela prova documental juntada ao feito, revela que a parte autora, empresa que atua no comércio de comunicação e equipamentos de informática, demonstrou por meio de e-mails e extratos, que sofreu prejuízos em seu faturamento, em razão das medidas adotadas, decorrente da suspensão das atividades em virtude da situação de pandemia mundial.

Cediço que as medidas adotadas, visando impedir a disseminação do vírus causador da Covid-19, mais especificamente a partir da segunda quinzena de março do ano de 2020, causam impactos de ordem financeira em uma parte da população, afetando as relações jurídicas, devendo seus efeitos sobre estas ser analisados pelo Poder Judiciário individualmente.

À vista de tudo isso e, após analisar cuidadosa e individualmente cada um dos argumentos trazidos pelas partes em sede recursal, conclui-se que nenhum deles é robusto o suficiente para arranhar a solidez da r. sentença que, portanto, não está a merecer qualquer reparo.

Tendo em vista a sucumbência mínima da parte autora, de rigor a manutenção da condenação do Banco réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora elevados para 20% do valor atualizado da causa (originalmente fixado em R$ 16.523,64 fls. 11).

Ficam prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais ventilados na apelação e nas contrarrazões, não sendo preciso transcrevê-los aqui um a um, nem mencionar cada artigo por sua identificação numeral. Assim já se pacificou nos tribunais superiores.

Acesso ao Sumário

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo não provimento do apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000201-14.2022.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes DIRECIONAL ENGENHARIA S/A e QRTZ5 INCORPORAÇÕES DE IMÓVEIS SPE LTDA, é apelada ZILEIDE RODRIGUES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(voto nº 28.125)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente sem voto), J.B. PAULA LIMA E WILSON LISBOA RIBEIRO.

São Paulo, 11 de julho de 2022.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de Indenização por Danos Morais – Contrato de Promessa de Compra e Venda de Unidade Autônoma – Alegação de que foi vítima de propaganda enganosa, pois adquiriu imóvel com características diversas do apartamento decorado mostrado pelas rés na ocasião da venda – Sentença de procedência – Inconformismo das rés – Arguição preliminar de cerceamento do direito de defesa diante do julgamento antecipado da lide, no mérito, alegação de que a construção da unidade imobiliária "sub judice" observou rigorosamente o projeto original, não havendo que se falar falha ou alteração indevida – Preliminar rejeitada – Caso em que, ao se valer da exposição de imóvel decorado como técnica de venda de unidades imobiliárias, as rés geraram aos seus clientes a expectativa de receber imóvel com características assemelhadas, não sendo razoável que a vendedora, ao final, entregue imóvel muito diverso daquele que serviu de referência para orientar a com-

Acesso ao Sumário

pra do adquirente – Entrega de imóvel à autora com formatação de cômodos, posicionamento de colunas e acabamento diverso do apartamento decorado que lhes foram mostrado no stand de vendas que se revela abusivo, por se tratar de propaganda enganosa – Danos morais caracterizados – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba, em Ação Indenização por Danos Morais, proposta por ZILEIDE RODRIGUES DOS SANTOS contra DIRECIONAL ENGENHARIA S/A e QRTZ5 INCORPORAÇÕES DE IMÓVEIS SPE LTDA., que julgou a ação procedente, para condenar a ré no pagamento à parte autora de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pela "Tabela Prática do TJSP" a partir da publicação da sentença, além de juros simples de mora de 1% (um por cento) ao mês da citação. Também condenou as rés no pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Embargos de declaração opostos pelas partes que foram rejeitados.

Apelam as rés, arguindo, em preliminar, o cerceamento do direito de defesa diante do julgamento antecipado da lide, no mérito, alegando que a construção da unidade imobiliária *"sub judice"* observou rigorosamente o projeto original, não havendo se falar em falha ou alteração indevida, notadamente porque o memorial descritivo entregue a apelada constava como seria o *shaft* da cozinha, coluna do banheiro, ausência de instalação de ponto de ar condicionado, revestimento do banheiro, as instalações hidráulicas, bem como os acabamentos. Aduz que o apartamento modelo quando utilizado seria meramente ilustrativo, subsidiariamente pretende a redução da condenação imposta.

Recurso tempestivo, preparado e contrarrazoado.

É o breve relatório do necessário.

Primeiramente, impõe-se a rejeição da preliminar de cerceamento do direito de defesa suscitada nas razões recursais das rés, uma vez que o magistrado não é obrigado a deferir todas as provas postuladas pelos litigantes, quando entender que os elementos existentes nos autos são suficientes para o julgamento da demanda, como ocorre no caso *"sub judice"*.

Oportuno, anotar, ainda, que **"Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme**

Acesso ao Sumário

prevê o art. 130 do Código de Processo Civil" (STJ, AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª TURMA, j. 16.12.2010, DJe 4.2.2011).

Ademais, como preleciona CASSIO SCARPINELLA BUENO, **"o julgamento antecipado da lide justifica-se quando o juiz está convencido de que não há necessidade de qualquer outra prova para a formação de sua cognição sobre quem, autor ou réu, será tutelado pela atuação jurisdicional. Em termos mais técnicos, o julgamento antecipado da lide acaba por revelar a desnecessidade da realização da fase instrutória, suficientes as provas eventualmente já produzidas até então com a petição inicial, com a contestação e, bem assim, com as manifestações que, porventura, tenham sido apresentadas por força das providências preliminares, é dizer, ao ensejo da fase ordinatória"** (Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, v. 2, t. 1, ed. Saraiva, p. 219).

Superada a questão prejudicial, passo a análise do mérito.

O caso dos autos versa sobre a Ação de Indenização por Danos Morais em que a autora alega que o imóvel objeto do contrato de promessa de compra e venda de unidade autônoma celebrado com as rés, foi entregue com características totalmente diversas do imóvel decorado que lhe foi apresentado pelos prepostos das rés, como cantos com coluna, ausência de instalação de ponto de ar condicionado, encanamento exposto, portas tipo bandeira fixa de baixa qualidade. Por isso, requer a reparação por danos morais.

O MM. Juiz "*quo*" acolheu o pleito formulado pela autora e condenou as rés ao pagamento de indenização por danos morais sob o fundamento de que a autora não foi devidamente informada de que o projeto de seu apartamento seria diferente daquele exposto.

Pois bem.

Ao contrário do que se alega nas razões recursais, restou incontroverso que as rés induziram a autora em erro ao vender unidade imobiliária com características diversas daquelas do apartamento decorado que foi mostrado pelos seus prepostos.

Com efeito, ainda que seja tolerável a existência de modificações ou adaptações no projeto originário do imóvel e que a construção tenha observado o memorial descritivo, é certo que a decisão da compra exercida pela adquirente, ora autora, ocorreu após a visita ao imóvel decorado, como ocorre com a maioria dos consumidores, o que torna descabida a alegação das rés de que a decoração era meramente ilustrativa, sendo necessária consulta ao memorial descritivo.

Ora, ao se valer da exposição de imóvel decorado como técnica de venda de unidades imobiliárias, as rés geraram aos seus clientes a expectativa de receber imóvel com características assemelhadas, não sendo razoável que as

Acesso ao Sumário

vendedoras, ao final, entreguem imóvel muito diverso daquele que serviu de referência para orientar a compra dos adquirentes.

Verifica-se que a fls. 3/9 da petição inicial as fotos trazidas pela autora mostram o apartamento decorado perfeitamente acabado bem diferente do entregue a apelada com cantos com coluna, ausência de instalação de ponto de ar condicionado, encanamento exposto, portas tipo bandeira fixa de baixa qualidade, colunas aparentes prejudicando a instalação de móveis, conforme fls. 3/9.

A propósito:

APELAÇÃO – Ação de Indenização por Danos Morais – Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel – Pretensão de ressarcimento por danos morais decorrentes da entrega de imóvel com características diversas do apartamento decorado mostrado pelas rés na ocasião da venda Sentença de procedência – Inconformismo das rés, suscitando preliminarmente, a ocorrência de decadência, a ausência de pressuposto valido para o desenvolvimento da ação e, ainda, o cerceamento de defesa. No mérito, alegam que a construção da unidade imobiliária "sub judice" observou rigorosamente o projeto original, não havendo se falar falha ou alteração indevida Descabimento – Preliminares afastadas – Pretensão da autora que tem natureza indenizatória, sendo aplicável o prazo prescricional quinquenal aludido do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor – Caso em que, ao se valer da exposição de imóvel decorado como técnica de venda de unidades imobiliárias, as rés geraram aos seus clientes a expectativa de receber imóvel com características assemelhadas, não sendo razoável que as vendedoras, ao final, entreguem imóvel muito diverso daquele que serviu de referência para orientar a compra dos adquirentes – Entrega de imóvel ao autor com formatação de cômodos, posicionamento de janela e acabamento diverso do apartamento decorado que lhe foi mostrado no stand de vendas que se revela abusivo, por se tratar de propaganda enganosa Danos morais caracterizados – Recurso desprovido. (TJSP - Apelação nº 1009651-49.2020.8.26.0451 - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO - julgamento: 14.5.2021)

Logo, não é aceitável que o imóvel entregue ao adquirente tenha formatação de cômodos, acabamentos diversas do apartamento decorado que lhe foi mostrado no stand de vendas, por se tratar de propaganda enganosa.

Oportuno registrar que remeter o adquirente à leitura pormenorizada do memorial descritivo ou de outro documento técnico não afasta obrigação das vendedoras em vender o produto com as mesmas características que apresentaram *"in loco*" na ocasião da celebração do negócio.

Acesso ao Sumário

A propósito, oportuno transcrever trecho do entendimento esposado pelo eminente Desembargador BERETTA DA SILVEIRA, com assento na Colenda 3ª Câmara de Direito Privado, no julgamento de caso assemelhado:

> "**Ocorre que a função do apartamento decorado disponibilizado aos eventuais adquirentes é justamente atrair clientes para efetiva negociação. Assim, deve ser encarado como parte da proposta, de forma que todas as possíveis diferenças devem ser detalhadamente informadas para que a parte hipossuficiente não seja lesada ao receber o produto negociado. Embora sejam toleradas algumas alterações em virtude de divergências naturais, como a localização e a numeração do apartamento, a modificação drástica de elementos relevantes do projeto original configura publicidade enganosa, prática vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, IV; art. 37, §1º). Atribuir toda a discrepância a aspectos técnicos contidos no memorial de incorporação fere o dever/direito de informação, pois se sabe que o ato de compra é realizado com base no que se vê do apartamento decorado, e não no que raramente se lê em textos longos e de difícil compreensão. Independentemente da observância de normas técnicas e profissionais, as apelantes não respeitaram o compromisso que tinham com a apelada no que tange ao produto que lhe foi apresentado no momento da assinatura do contrato. Dito isso, evidente a prática de ato ilícito que vincula solidariamente as empresas perante a recorrida. O dano moral causado pode ser presumido diante das circunstâncias narradas nos autos, visto que a aquisição de imóvel residencial gera expectativas que, se frustradas, abala gravemente seu titular"** (Apelação nº 1001754-04.2019.8.26.0451, julgado em 26.08.2019)

Desse modo, deve ser mantida a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais, na medida em que é incontroverso o nexo de causalidade entre a conduta das rés e o dano sofrido pela autora.

O fato da unidade não ter sido entregue em condições totalmente diversas daquelas que lhe foram prometidas à época da celebração do negócio, demonstra o ato ilícito praticado pelas rés, tendo como vítima a autora.

Note-se, portanto, que não se trata de mero inadimplemento contratual, mas da frustração, dor e angústia da autora de não receber a sonhada casa própria em condições bem inferiores àquelas que lhes foram prometidas.

Ademais, há de se ressaltar a função punitiva que tal indenização caracteriza para quem é condenado a pagar, principalmente, quem atua no mercado usando o ato ilícito como meio de operação, hipótese *"sub judice"*.

O *quantum* indenizatório estabelecido na sentença deve ser mantido, uma vez que o valor que se afigura dentro dos limites razoáveis da reparação, que se

Acesso ao Sumário

de um lado deve se prestar a inibir a reiteração do ato ilícito, de outro não pode se constituir em instrumento de enriquecimento sem causa, cumprindo acrescentar, apenas, que como já judiciosamente decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, citada verba "não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório".

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Por fim, levando em conta o trabalho adicional desenvolvido pelo patrono do apelado em decorrência do presente recurso, majorados os honorários advocatícios aplicados na sentença, ficam definitivamente fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, com fundamento no artigo 85, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005231-31.2020.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante SÔNIA CRISTINA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada DANIELLE FERNANDES MONTEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.910)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente), NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA E SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 13 de julho de 2022.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – SOCIEDADE LIMITADA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS – Sentença de indeferimento da inicial pautada na ausência de interesse processual – Fundamento firmado em inexistência de dever de prestar contas entre sócios – Duvidosa condição de sócia da autora – Autora que foi casada com um dos sócios e que teria recebido 1250 cotas da sociedade – Situação jurídica não demonstrada nos registros empresariais – Sócio falecido que dispunha de 400 cotas na data do falecimento – Registros em-

presariais que apontam para a existência de apenas dois sócios, o espólio e a apelada – Condição de sócia e o montante de sua suposta participação são questões a serem enfrentadas para a análise da legitimidade de parte da autora – Recurso provido para anular a r. sentença, com recomendação.

Dispositivo: deram provimento ao recurso para anular a r. decisão de primeiro grau.

VOTO

Recurso de apelação interposto pela Sra. **Sonia Cristina Ribeiro**, dirigido à r. sentença proferida pelo Exmº. Dr. Valdeci Mendes de Oliveira, MM. Juiz de Direito da E. 4ª Vara Cível da Comarca de Marília São Paulo (fl. 40) que indeferiu a petição inicial denominada "ação de exigir contas" ajuizada em face da Sra. **Danielle Fernandes Monteiro** (fl. 1-8).

Reiterando argumentos iniciais, dentre outros, em apertada síntese, a recorrente alega: (a) interesse processual no ajuizamento da ação de prestação de contas entre sócios; (b) possibilidade de ajuizamento de ação de prestação de contas entre sócios; (c) concessão da gratuidade de justiça.

Por fim postula pelo provimento do recurso, para que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita, reconhecer a ocorrência de error in procedendo do Juízo singular, anulação da r. sentença diante da presença do interesse processual, julgando-se, por fim procedente a ação de prestação de contas (fl. 43-57).

Dispensada do preparo em razão do deferimento da justiça gratuita (fl. 63).

Recurso não respondido.

Sem oposição ao julgamento virtual.

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 19 de junho de 2020 (fl. 42), e o recurso de apelação foi interposto no dia 10 de julho de 2020 (fl. 43), no prazo legal.

É o relatório do essencial.

I. DOS CONTORNOS DE FUNDO

Colhem-se as seguintes informações de fundo da r. sentença (fl. 40):

[..]

VISTOS, ETC.

1. Cuida-se de ação de prestação de contas promovida pela sócia **SONIA CRISTINA RIBEIRO** contra a sócia **DANIELLE FERNANDES MONTEIRO**, tudo relativamente à empresa Maritelas Indústria e Co-

Acesso ao Sumário

mércio de Telas Ltda.

2. Analisando os argumentos expedidos na petição inicial, data vênia, é caso de indeferimento da petição inicial (CPC/2015, art. 485, VI).

Em primeiro lugar, a Autora dispõe dos balanços anuais e contábeis para conferência.

Em segundo lugar, o pedido em consideração ao pedido para exibição de documentos, a própria Autora, na qualidade de sócia poderia solicitá-los diretamente ao escritório responsável pela contabilidade da empresa.

E, em terceiro lugar, não cabe a ação de prestação de contas entre sócios porque o vínculo jurídico entre sócios, por sua própria natureza, não é apto a ensejar o dever de prestar contas. Confira-se a jurisprudência: *"Prestação de contas – Dever de prestá-las e direito de exigi-las – Inexistência entre sócios – Irrelevância que se trata de sociedade de fato... o vínculo jurídico entre sócios, por sua própria natureza, não é apto a ensejar o dever de prestar contas "* (RJTJ LEX 177/121-122). E mais, analogicamente: *"Ação de prestação de contas – Inadmissibilidade – A ação de prestação de contas não se presta à conferência de obrigação assumidas em contrato sinalagmático de parceria agrícola, porquanto ausente a figura da gestão que autoriza o seu exercício"* (Ap. 282.232, 5ª Câm., Relator Juiz Ricardo Brancato, Boletim da AASP nº 1707 de 11 a 17.09.1991, pág. 06). Acentue-se que o sócio inconformado ou desconfiado pode bater em retirada ou propor ação dissolutória, sendo desnecessária e incabível a ação de prestação de contas entre sócios.

3. No mais, se a Autora já tem conhecimento da locação do imóvel e o valor dos alugueres, não precisa de uma prestação de contas antecedente para ajuizar a verdadeira demanda que precisa para discutir seus direitos, mormente porque somente efetuou pedidos para exibição de documentos, que podem ser obtidos ou junto ao escritório de administra a contabilidade da empresa ou por ação específica.

4. P.I.C. Para fins de apreciação do pedido de assistência judiciária gratuita, deve a Autora comprovar nos autos seu estado de insuficiência financeira.

Marília, 10 de junho de 2020.

II. DO MÉRITO RECURSAL

De início, observa-se que a análise do pedido de concessão de gratuidade de justiça, formulado nas razões recursais (fl. 56) restou prejudicado em razão do seu deferimento posterior pela decisão Judicial de primeiro grau (fl. 63), que deferiu o benefício postulado.

No mais, conforme consta da própria exordial, o objeto da ação de prestação de contas é a exibição de documentos, a saber, do contrato de aluguel e

Acesso ao Sumário

dos recibos de pagamentos do período de 1º de setembro de 2015, até a presente data.

Pelo que consta dos registros empresariais juntados, a autora não possui participação societária na qualidade de sócia administrativa da pessoa jurídica denominada "MARITELAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TELAS LTDA." (fl. 11-13), e não possui poderes de gerência e de administração em conjunto com a apelada

Conforme pesquisa na Junta Comercial do Estado de São Paulo na data de 7 de julho de 2022 e dados que já constam dos autos em fl. 11-13, com o falecimento de Paulo Henrique Micheleti, quem ostenta a condição de sócio é o espólio, detentor de cotas no montante de R$ 400,00, sendo a outra sócia administradora, a Sra. Danielle Fernandes Monteiro de Mello, possuidora de cotas no valor de R$ 4.600,00.

Embora a inicial afirme que, em ação de divórcio no ano de 2005, a autora veio a receber 1250 cotas da sociedade, correspondentes a 25% do capital social (fl. 2, primeiro parágrafo), esse dado não consta dos registros empresariais.

Assim, a própria condição de sócia e o montante de sua suposta participação são questões a serem enfrentadas à análise da legitimidade de parte da autora, tudo a merecer apreciação em primeiro grau antes da decisão de mérito ou de extinção como ocorreu no presente caso.

III. DISPOSITIVO

Em razão do exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a r. decisão de primeiro grau e determinar o prosseguimento do feito, com recomendação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017128-71.2021.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante DALINE DEBIAZE VICENTE, são apelados ROSELI CLAUDIA PIRES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), ANA LUCIA DE CASSIA DE FRANCO PAES LEME e ADILSON DE OLIVEIRA PAES LEME.

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 46.161)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), MARIO A. SILVEIRA E SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de julho de 2022.
SÁ DUARTE, Relator

Ementa: COBRANÇA – Locação de imóvel residencial – Pretensão julgada improcedente – Comprovação, pela locatária, do pagamento do aluguel e encargos da locação cobrados – Despesas com reparo do imóvel indevidas, posto que não realizada vistoria conjunta da situação do imóvel ao término da locação – Sentença mantida – Apelação não provida.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de improcedência da pretensão de cobrança fundada em contrato de locação de imóvel residencial, condenada a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00.

Inconformada, a autora sustenta que os réus, em diversas ocasiões, deixaram de cumprir a obrigação de pagamento do aluguel, conforme evidencia a planilha juntada aos autos, portanto, ao final do prazo da locação restaram em aberto diversos meses. Alega que não pode subsistir o entendimento do D. Juízo *"a quo"*, no sentido de que "não há nos autos qualquer documento que indique a veracidade das alegações da requerente", tendo em vista que não lhe cabe a produção de prova de fato negativo, mas aos réus a prova do pagamento. Afirma que, ao contrário do que constou da r. sentença, o aluguel cobrado não se refere ao último aluguel devido, sendo referente ao mês de junho de 2020. Acentua que a locatária, ao assinar o distrato, assumiu que possuía pendências financeiras no imóvel. Com relação aos danos materiais, afirma que, conforme amplamente demonstrado, a locatária em distrato assumiu que existiam reparos a serem realizados no imóvel e se recusou a participar da vistoria final. Sustenta que, dessa forma, deve ser ressarcida pelos consertos efetuados. Requer o provimento do recurso para o fim de julgar procedente a pretensão inicial.

Recurso tempestivo, preparado e respondido apenas pela ré locatária.

É o relatório.

A apelação não comporta provimento.

A apelante ajuizou ação de cobrança fundada em contrato de locação de imóvel de sua propriedade, sob a alegação de que a locatária entregou o imóvel ao final da locação sem pagar o aluguel e encargos referentes a um mês de locação, além do que teve despesas com reparos no imóvel, pleiteando a condenação dos réus – locatária e fiadores – ao pagamento dos respectivos valores.

Acesso ao Sumário

A locatária, na contestação, alegou que o contrato de locação previa o pagamento do aluguel "a vencer", de modo que não teria que pagar o último mês do aluguel, bem como que não estava inadimplente e que não participou da vistoria ao final da locação, razão pela qual os danos materiais reclamados pela apelante seriam indevidos.

Em réplica, a autora admitiu ser indevido o pagamento do aluguel relativo ao último mês, alegando que, de qualquer forma, a locatária deixou de realizar o pagamento do aluguel e encargos em diversos meses.

Instada pelo Juízo a especificar sobre qual mês se refere o único aluguel e encargos cobrados na inicial, a apelante esclareceu que se referiam ao mês de junho de 2020 (fls. 141/142).

A locatária, entretanto, comprovou o pagamento do aluguel e encargos relativos ao mês de junho de 2020, efetuado a 08.09.2020 com os necessários acréscimos (fls. 72/73), ou seja, antes do ajuizamento da ação, que se deu a 16.08.2021, de modo que, limitado o pedido inicial à cobrança dos valores devidos no referido mês, inquestionável a improcedência de tal pleito.

As despesas com reparo do imóvel também não podem ser exigidas dos réus.

Para tanto, era de rigor que, ao término da locação, fosse realizada vistoria conjunta devidamente documentada, de modo a se ter certeza da situação do bem na ocasião, providência não adotada pela apelante, posto que, como restou incontroverso nos autos, a vistoria de saída, representada pelo laudo de fls. 32/35, não contou com a participação de nenhum dos réus, tratando-se, portanto, de documento unilateral, sem o valor probatório pretendido pela apelante. Não consta, também, que os apelados tenham sido notificados da data em que seria realizada a vistoria final do imóvel.

Nesse passo, não comporta reforma a r. sentença de improcedência da pretensão de cobrança deduzida na inicial.

Por fim, em razão da instauração desta etapa recursal, da qual a apelante sai vencida, os honorários advocatícios de sucumbência por ela devidos devem ser majorados para R$ 2.000,00, a teor do disposto no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Isto posto, voto pelo não provimento da apelação, majorados os honorários advocatícios de sucumbência, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005121-

Acesso ao Sumário

09.2021.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante EBAZAR. COM.BR LTDA - ME, é apelado PAULO HENRIQUE PEREIRA THOMAZ31324468823.

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 14.692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO RODRIGUES (Presidente), FÁBIO PODESTÁ E RÉGIS RODRIGUES BONVICINO.

São Paulo, 14 de julho de 2022.

DÉCIO RODRIGUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por lucros cessantes e pedido de tutela de urgência. Conta para comercialização de produtos na plataforma de e-commerce da apelante. Bloqueio realizado de forma injustificada, sem que se demonstrasse fundamento. Sentença de procedência. Contrato que vincula o vendedor e a plataforma digital. Lucros cessantes a serem calculados na forma fixada pela r. sentença. Manutenção da r. sentença. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação por meio da qual quer ver, a ré, reformada a r. sentença de fls. 414/419, declarada a fls. 430/431, que julgou procedentes os pedidos iniciais, para fins de confirmar a tutela deferida e torná-la definitiva para condená-la à obrigação de fazer consistente em desbloquear e/ou reativar a conta do demandante nos mesmos moldes anteriores ao bloqueio; **subsidiariamente, caso não seja possível o restabelecimento da conta e retorno ao *statu quo ante***, condená-la ao pagamento dos danos materiais sofridos no valor de R$ 20.732,74 (fls. 133/136), além dos lucros cessantes a serem calculados em liquidação de sentença por cálculos aritméticos, devidamente corrigidos nos termos da tabela prática do TJSP, e com juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, relativamente aos valores que a empresa autora deixou indevidamente de auferir durante o período de bloqueio de sua conta junto a ré até a sentença, calculados pela média dos últimos 06 meses anteriores ao bloqueio; e para determinar que o desbloqueio dos anúncios alvo das denúncias da plataforma ocorram no prazo de 3 dias, a contar da publicação da sentença, sob pena de multa diária de R$ 200,00, limitada a R$ 10.000,00. Condenou-a, ainda, ao

Acesso ao Sumário

pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

Sustenta, a empresa apelante, que já cumpriu a determinação judicial ativando a conta da empresa autora e os seus anúncios. Alega ilegitimidade passiva ao argumento de que a suspensão da conta da autora em sua plataforma se deu por razão de denúncia decorrente de análise realizada exclusivamente pelo programa em que terceiros titulares de direito de propriedade intelectual, que se sintam lesados por algum anúncio, realizaram. Argumenta que não analisa o mérito das denúncias, apenas remove os denunciados de sua plataforma digital. Alega ausência de responsabilidade, já que se demonstrou que terceiros realizaram denúncias aos anúncios da autora por uso indevido de marcas. Alega, ainda, impossibilidade de reparação por lucros cessantes, dada a sua falta de comprovação.

O recurso foi respondido a fls. 490/495.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Versa, a presente ação, sobre o pedido de obrigação de fazer c.c. indenização de ordem material e moral por meio da qual a empresa autora informa que comercializa produtos por meio da plataforma da apelante e, devido a denúncias realizadas por terceiros, por meio do canal Brand Protection Program (BPP) Programa de Proteção à Propriedade Intelectual, teve sua conta e anúncios suspensos. Requereu, liminarmente, o restabelecimento de sua conta na plataforma digital da agravante, o que foi deferido.

Afirma, a apelante, que a empresa autora, ao anunciar na sua plataforma digital, concordou com o termo contratual em que há previsão expressa no sentido de que a responsabilidade pelas denúncias, suspensões e remoções de anúncio são integralmente dos membros do BPP, sendo certo que foi demonstrado nos autos que houve denúncia por parte de dois membros do BPP: Maurício e Claudemir, sob alegação de uso indevido de marcas.

Porém, como já mencionado anteriormente nos autos, o liame jurídico estabelecido em contrato eletrônico vincula especificamente as partes e não os terceiros Maurício e Claudemir, que promoveram denúncia contra a empresa autora junto ao apelante.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva da apelante, que desde já se afasta, já que o que se pretende discutir é a intermediação e agenciamento de comércio de produtos e serviços no formato *marketplace* ou *e-commerce*, que vinculam empresa autora e apelante e não terceiros denunciantes.

Relatou, o autor, que teve sua conta suspensa e bloqueada junto à plataforma digital da ré por meio da qual comercializava produtos da marca “Forever Liss”, como revendedor autorizado. O bloqueio se deu em razão de denúncias

Acesso ao Sumário

feitas por terceiros: Claudemir, que alegou ser detentor da marca "Cauter Restore" e Maurício, que fiz ser detentor da marca "Semi Definitiva 3-D Organic Zero".

Houve envio de ofícios aos terceiros Claudemir e Maurício, que jamais foram respondidos (fls. 383/389). Não há razão lógica para as denúncias, na medida em que não há ligação entre as marcas mencionadas. O que houve foi apenas a coincidência de alguns termos do produto vendido pela empresa autora, da marca "Forever Liss", com os nomes dos produtos dos denunciantes: Cauterização Forever Liss Cauter Restore Sem Formol Original" e "Forever Liss Nova Semi Definitiva 3-D Zero e Banho Verniz 1 Kg".

Na instrução processual se apurou que os produtos vendidos pela empresa autora tinham nota fiscal (fls. 42/61). Na audiência, a preposta do Mercado Livre informou que a BPP serve para proteger os titulares de uma propriedade intelectual que, se se sentirem lesados, podem fazer denúncias em anúncios na plataforma. Após a resposta do vendedor, o titular da marca é quem decide se haverá ou não bloqueio da conta do suposto infrator, não havendo responsabilidade do Mercado Livre sobre tal decisão.

Como se vê, não houve qualquer demonstração plausível para que a conta da empresa autora fosse bloqueada como foi, totalmente desmotivada ou fundamentada.

Diante de tais considerações, em razão da conduta da apelante, a obrigação de fazer consistente em restabelecer a conta da empresa autora e o reconhecimento dos lucros cessantes a serem calculados em sede de liquidação de sentença, são medidas que se impõem, nos exatos termos da r. sentença. E não se diga que não foram demonstrados os lucros cessantes, eis que esses são facilmente apuráveis segundo critérios fixados na r. sentença, que ora serão mantidos.

O valor devido a título de indenização pelos lucros cessantes deverá ser apurado em liquidação por cálculos aritméticos levando em consideração a média mensal do faturamento da empresa apelada nos seis meses anteriores ao bloqueio. Anote-se, desde já, que por faturamento entende-se o lucro do autor, isto é, dos valores vendidos devem ser subtraídos os custos da atividade.

Por fim, tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido em decorrência da interposição do presente recurso, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios aos patronos da autora para 15% sobre o valor da condenação, com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso. Sucumbência na forma acima determinada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022161-20.2019.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CARREFOUR COMÉRCIO E INDUSTRIA LTDA, é apelado/apelante ANTONIO CHIARANTANO JUNIOR.

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 em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.377)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) E CARLOS RUSSO.

São Paulo, 15 de julho de 2022.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação – Ação de indenização por danos materiais e morais – Queda em estabelecimento comercial – Supermercado – Piso molhado sem sinalização – Rompimento de tendão em joelho – Nexo causal demonstrado – Responsabilidade objetiva – Danos materiais demonstrados – Danos morais configurados – Indenização reduzida – Sucumbência recíproca – Honorários devidos pelo autor calculados sobre o valor da indenização por danos materiais.

O fato narrado é típico acidente de consumo no qual o dano e o nexo causal são evidentes diante todo o conjunto probatório. Ficou configurada a falha na prestação de serviços da ré, pois, deixou de fornecer condições adequadas de segurança aos seus clientes (art. 14, § 1º, do CDC). Isso porque ficou demonstrado que o local onde o autor se acidentou era na parte interna do supermercado, e não possuía sinalização mínima para identificar o piso estava molhado. - Evidente o dano moral diante do abalo físico e psíquico vivenciado pelo autor. Indenização reduzida para valor que é justo, razoável e proporcional aos fatos narrados. - Os danos materiais não podem ser presumidos, e no caso sob exame, ficaram parcialmente demonstrados (art. 373, I, do CPC). A indenização deverá ser calculada em sede de liquidação de sentença, considerando os

Acesso ao Sumário

documentos juntados aos autos. Os honorários advocatícios devidos pelo autor devem ter como base de cálculo tão somente os valores pleiteados a título de danos materiais, considerando que a condenação à indenização por danos morais em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (Súmula 326, do STJ).

Apelação provida em parte.

Recurso adesivo provido em parte.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 332/326, declarada a fls. 340/343, julgou parcialmente procedente a ação para condenar o réu ao ressarcimento dos danos materiais causados ao autor, mediante o pagamento de R$ 27.970,12, corrigidos monetariamente pelos índices da tabela prática do TJSP desde o ajuizamento e acrescidos de juros legais desde a data da citação; e indenização por danos morais causados no valor de R$ 20.000,00, corrigidos monetariamente pelos índices da tabela prática do TJSP desde a data da sentença e acrescidos de juros legais desde a data do fato danoso. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com as custas e despesas processuais, e honorários advocatícios, sendo os devidos pelo réu fixados em 10% do valor da condenação, e os devidos pelo autor em 10% da diferença entre o valor postulado e o valor fixado a título de danos morais.

Apelação do réu a fls. 345/361 alegando, em síntese, a ausência de pressupostos da responsabilidade civil; a culpa exclusiva da vítima; a ausência de comprovação dos danos materiais; a inexistência de danos morais; pede a improcedência do pedido, e, alternativamente, que os danos materiais sejam arbitrados de acordo com os prejuízos comprovadamente suportados e que guardem relação com o acidente, e que seja afastada ou reduzida a indenização por danos morais. Contrarrazões a fls. 367/382 pelo desprovimento do recurso.

Recurso adesivo do autor a fls. 383/391 com pedido de majoração da indenização por danos morais, e de afastamento da condenação às verbas sucumbenciais. Contrarrazões a fls. 397/404 pelo desprovimento do recurso.

À fl. 407 o autor foi intimado para complementar o preparo recursal. Veio manifestação com juntada de guia de recolhimento e comprovante de pagamento a fls. 410/412.

É o relatório.

Narra o autor que, em 22 de dezembro de 2016, sofreu acidente na rampa interna do estabelecimento do réu, em virtude do derramamento de sabão líqui-

do no piso da loja, sem qualquer aviso no local ou presença de funcionários de limpeza. Afirma que o serviço emergencial demorou para chegar e os prepostos do réu se recusaram a levá-lo ao hospital, de modo que teve que chamar um táxi. Informa que sofreu o rompimento de três ligamentos do joelho em virtude da queda, passando por intervenção cirúrgica. Sustenta que sofreu danos materiais, consistentes no pagamento da cirurgia, fisioterapia, hidroterapia e locação de veículo para transporte para a realização do tratamento, além de cancelamento de viagem; e ainda, danos morais e danos estéticos, em virtude de cicatriz extensa no joelho. Pede a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

De analisar-se os recursos conjuntamente.

O fato narrado é típico acidente de consumo no qual o dano e o nexo causal são evidentes diante todo o conjunto probatório. Ficou demonstrado que o autor sofreu uma queda no interior do estabelecimento réu causada por líquido no piso, sendo que não havia sinalização no local, e como afirmou o autor, também não havia nenhum funcionário no local. O próprio réu afirmou em sua contestação que o piso estava sendo limpo (fl. 131).

Em razão da queda, o autor teve o "rompimento de tendão quadríceps" de seu joelho esquerdo com necessidade de cirurgia (fls. 41/54), e, em razão do trauma, teve de realizar tratamento fisioterápico, conforme à solicitação médica de fl. 44, além de ter que adiar uma viagem internacional e uma cirurgia que já estavam marcadas.

Não ficou demonstrada nenhuma causa excludente de responsabilidade, ônus o qual incumbia ao réu (art. 373, II, do CPC e 6º, VIII, do CDC). Estão configurados, portanto, a responsabilidade civil e o nexo causal, como acertadamente decidido em primeiro grau (arts. 927, do CC e 12, do CDC).

Ademais, configurada a falha na prestação de serviços do réu, pois, deixou de fornecer condições adequadas de segurança aos seus clientes (art. 14, §1º, do CDC). Isso porque o local onde o autor se acidentou era na parte interna do supermercado, e não possuía sinalização mínima para identificar o piso estava molhado, sendo que, como já dito, não veio prova demonstrando o contrário.

Incontroverso, portanto, que o autor faz jus ao recebimento de indenização por dano moral, diante do abalo físico e psíquico vivenciado, que não pode ser considerado como mero aborrecimento. A quantificação deste tipo de indenização deve pautar-se pela razoabilidade, envolvendo o caráter repressivo de novas ofensas, por parte do agressor, e o caráter compensatório à vítima, levando-se em conta, ainda, a condição socioeconômica das partes e as circunstâncias do caso sob exame. Diante de tais fatores, de reduzir-se a indenização para R$ 15.000,00, valor que é razoável e proporcional aos fatos narrados.

Em relação aos danos materiais, configurados por gastos com tratamento

Acesso ao Sumário

de fisioterapia, equipamentos para recuperação, remédios, estacionamento e locomoção, além de passagem para a viagem internacional que teve de ser adiada, merece reforma parcial a r. sentença. Isso porque os danos materiais não se presumem, e devem ser comprovados.

No caso sob exame, há a comprovação de pagamento referente a sessões de fisioterapia (fl. 73), locomoção por carro de aplicativo no dia do acidente e no dia da alta hospitalar (fls. 85/86), estacionamento (fl. 66 e 67), equipamentos para fisioterapia e/ou recuperação da lesão (fl. 68), e vários cupons fiscais e notas fiscais de gastos com remédios.

Todavia, observa-se tão somente a receita médica com prescrição de remédio a fls. 216 e 223, emitidas pelo hospital que atendeu o autor, com a indicação de alguns remédios. Entre os vários documentos juntados pelo autor, observa-se que em vários há a descrição de outros remédios que não estão relacionados nas referidas receitas.

Destaca-se que os alegados gastos com locomoção somente fiaram demonstrados no dia do acidente e no dia da alta hospitalar (fls. 85/86). Os documentos de fls. 227/237 não são comprovantes de pagamento e não servem para comprovar os alegados danos materiais nesse sentido.

Observa-se que há a receita emitida pelo "INF - Instituto de Neurologia Funcional" a fls. 219, 224 e 226 com a prescrição de remédios. Contudo, são datadas de março e maio de 2019, sem a referência ao membro lesionado, não estando comprovado o nexo causal com o acidente relatado nestes autos. Da mesma forma, os demais documentos com remédios que não estão relacionados nas receitas médicas emitidas pelo hospital (fls. 216 e 223), não deverão ser incluídos na indenização, por não haver a comprovação de nexo causal.

Logo, a indenização por danos materiais será referente tão somente aos gastos relacionados como sessões de fisioterapia (fl. 73), locomoção por carro de aplicativo no dia do acidente e no dia da alta hospitalar (fls. 85/86), estacionamento (fl. 66 e 67), equipamentos para fisioterapia e/ou recuperação da lesão (fl. 68), e os remédios descritos na receita médica de fls. 216 e 223. O valor deverá ser calculado conforme aos documentos indicados e os cupons fiscais/notas fiscais juntados aos autos, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir de cada desembolso (art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ).

Por fim, com a reforma parcial, a sucumbência é recíproca, considerando que o autor decaiu de parte de seu pedido em relação aos danos materiais. Em relação aos danos morais, tem razão o autor, considerando que a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (Súmula 326, do STJ). Dessa forma, os honorários advocatícios devidos pelo autor ficam fixados em 10% sobre a diferença entre o valor pleiteado a título de danos materiais, e o valor efetivo da indenização por danos materiais (artigos

Acesso ao Sumário

85, § 2º, e 86, do CPC).

Por conseguinte, dou provimento em parte à apelação do réu para: i) reduzir a indenização por danos morais para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária a partir deste arbitramento (Súmula 362, do STJ) e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ); ii) determinar que a indenização por danos materiais deve corresponder aos gastos relacionados como sessões de fisioterapia (fl. 73), locomoção por carro de aplicativo no dia do acidente e no dia da alta hospitalar (fls. 85/86), estacionamento (fl. 66 e 67), equipamentos para fisioterapia e/ou recuperação da lesão (fl. 68), e os remédios descritos na receita médica de fls. 216 e 223 conforme aos cupons fiscais/notas fiscais juntados aos autos, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir de cada desembolso (art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ); e dou provimento em parte ao recurso adesivo para fixar os honorários advocatícios devidos pelo autor em 10% sobre a diferença entre o valor pleiteado a título de danos materiais, e o valor efetivo da indenização por danos materiais (artigos 85, § 2º, e 86, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004994-41.2020.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes RODRIGO MARQUES BATISTA DE LIMA e TALITA ROMANO SANTOS, é apelado DECOLAR.COM LTDA.

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 46.767)**

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

São Paulo, 15 de julho de 2022.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Transporte aéreo internacional – Alegada aquisição de passagens aéreas para viagem de lua de mel à África do Sul, que não foi realizada em virtude de falência da companhia aérea responsável pelo voo e, ainda, porque

Acesso ao Sumário

a ré não reacomodou os autores em outros voos em outra empresa, o que ensejou a resolução do contrato na via administrativa e devolução parcial da quantia paga – Procedência em parte – Insurreição visando a condenação da ré ao pagamento da indenização por dano moral postulada – Fatos vivenciados pelos autores inseridos no âmbito daquelas intercorrências que não ultrapassam os meros aborrecimentos da vida cotidiana – Dano moral não comprovado – Procedência em parte mantida – Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização por dano material e moral (alegada aquisição de passagens aéreas para viagem de lua de mel à África do Sul, que não foi realizada em virtude de falência da companhia aérea responsável pelo voo e, ainda, porque a ré não reacomodou os autores em outros voos em outra empresa, o que ensejou a resolução do contrato na via administrativa com devolução parcial da quantias paga, fls. 1/22) intentada por Rodrigo Marques Batista de Lima e Talita Romano Santos em face de Decolar.com Ltda., julgada procedente em parte pela r. sentença de fls. 230/234, de relatório a este integrado, para condenar a ré a restituir integralmente a quantia de R$5.375,00, deduzido o reembolso já efetuado de R$5.116,28, corrigida monetariamente desde o desembolso e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação e, em razão a sucumbência recíproca, impor às partes o rateio igualitário das custas e despesas processuais e condená-las ao pagamento de honorários advocatícios do *ex adverso* fixados em R$800,00, nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Inconformados, pelas razões expostas a fls. 240/262, os autores postulam o provimento a fim de que a ré seja condenada ao pagamento da indenização por dano moral postulada.

A insurgência é tempestiva, foi respondida e recolheu- se o preparo (fls. 263/264).

É o relatório.

2. A irresignação não comporta provimento.

3. A r. sentença analisou corretamente todos os pontos controvertidos de relevância para a solução da lide e as provas produzidas, chegando à bem delineada conclusão de que inexistiu dano moral a ser indenizado, posto que, a despeito da não reacomodação dos apelantes em outros voos operados por outras companhias aéreas, os fatos vivenciados situaram-se no âmbito das intercorrências que não excedem os limites de tolerância que a vida cotidiana impõe

Acesso ao Sumário

assimilar.

Transcreve-se, a seguir, trecho da r. sentença que, dirimindo a pendência suscitada, traduz o entendimento adequado ao caso em tela, tornando superadas as alegações envidadas nas razões recursais.

"A lide amolda-se à legislação consumerista, consubstanciando-se os autores, no artigo 2º, *caput*, da Lei n°. 8.078/90, como consumidores, porquanto se tratam de destinatários finais do serviço, apresentando, portanto, condição de hipossuficiência frente à requerida. De outro lado, a requerida constitui-se como fornecedora, em consonância ao artigo 3º, caput, do mesmo diploma legal, uma vez que é prestadora de serviço no mercado de consumo sendo, portanto, responsável, ao menos em tese, pelos vícios em qualquer fase da prestação de serviços, conforme disposto no artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Incontroverso que os autores, por intermédio da requerida, adquiriram passagens aéreas com destino a Joanesburgo e Cidade do Cabo com data de ida para 28.06.2020 e retorno previsto para 08.07.2020 (fls. 41/43).

Incontroverso também que a companhia aérea contratada (South Africa Airways) encerrou suas operações no Brasil no final de fevereiro de 2020, de forma a inviabilizar a prestação de serviços contratada.

Incontroverso que, logo após a notícia do destino da empresa aérea, os autores entraram em contato com a requerida em busca de opções de realocação em voos operados por outras companhias aéreas (fls. 55), obtendo resposta positiva para saída em 02.07.2020 e retorno em 12.07.2020 pela companhia LATAM, porém sem emissão de vouchers ou documento equivalente.

E, por fim, incontroverso que, diante da delonga na solução do caso, os autores solicitaram o estorno em 16.03.2020 (fls. 57), recebendo como resposta a necessidade de priorizar os viajantes que estavam fora de casa ou aqueles que tinham viagens agendadas em menos de 3 dias.

Questiona-se a existência de danos materiais e morais indenizáveis.

In casu, inegável que os autores pagaram por um serviço de transporte que não foi prestado nem poderia. Optaram inicialmente pela realocação de voos, porém, devido à falta de informações, decidiram pelo cancelamento.

Observo que o pedido de cancelamento foi efetuado antes mesmo do decreto de calamidade pública, razão pela qual não se aplica ao caso presente a legislação que regulou o período.

Quando do conhecimento de que a empresa aérea South Africa não mais operaria no Brasil, cabia à requerida entrar em contato com os consumidores sugerindo a realocação em voos de outras companhias aéreas em datas próximas ou proceder à restituição imediata das quantias pagas, conforme art. 20 da Lei n. 8.078/90.

Acesso ao Sumário

Ao que consta, a requerida teria entrado em contato para realocação, a qual sequer foi finalizada com a emissão da documentação pertinente, razão pela qual pouco depois os autores optaram pelo cancelamento e tem razão na pretensão.

(...)

No que concerne ao pedido de indenização por danos morais, verifico que razão não assiste aos autores. Embora a situação narrada tenha causado inúmeros transtornos com reclamações no site 'Reclame Aqui' e também junto ao PROCOM, entendo que não houve violação a algum direito da personalidade apto a ensejar a indenização pretendida." (fls. 232/233).

Como se vê, duas situações (que fogem totalmente ao controle da apelada) deram causa aos aborrecimentos sofridos pelos autores: o primeiro, o cancelamento do voo, em tempo de pandemia, pela companhia aérea (que operaria o voo) que deixou de operar no Brasil e, segundo, a própria pandemia em si, a qual, como cediço, atingiu diretamente as companhias aéreas, que se viram obrigadas a cancelar inúmeros voos a fim de evitar a circulação do vírus Sars-cov2, impossibilitadas de realocar os passageiros em outros voos (quase que inexistentes) em outras datas (em tempo de pandemia) e, ainda, de promover, imediatamente, a devolução das quantias pagas pelos consumidores prejudicados com os cancelamentos de voos por todas as companhias aéreas em período de circulação restrita causada pela pandemia do novo coronavírus.

Nesse contexto, dúvida não há de que a atividade desenvolvida pela apelada ou a qualidade do serviço por ela prestado restou também restou prejudicado, já que ela integra a cadeia de consumo, portanto, estava impossibilitada de garantir que os voos para os quais os apelantes foram reacomodados efetivamente fossem operados pela companhia aérea Latam dada a incerteza causada pela pandemia em todo o mundo.

Não há dúvida que o cancelamento do tão sonhado voo de viagem para lua de mel causou aborrecimento aos apelantes, mas, no vertente caso, o dissabor, a angústia, o constrangimento e a irritação decorrentes do cancelamento não foram capazes de romper o equilíbrio psicológico e a paz de espírito dos apelantes, pois a apelada na medida do possível, tentou todas as medidas pertinentes para recompor a situação de normalidade que deixou de existir a partir da ocorrência de fortuitos externos (quebra da companhia aérea do voo originário e a pandemia que impossibilitou os apelantes de viagem para o local destino) e amenizar os desconfortos inerentes à ocasião.

Registra-se que o dano moral não é in re ipsa, portanto, era imperioso que os apelantes tivessem comprovado que o cancelamento efetivamente causou lesão a algum dos atributos do direito de personalidade que ultrapassasse ou fosse além do mero aborrecimento da vida cotidiana não indenizável, o que não se

Acesso ao Sumário

verificou na hipótese sub judice.

Nesse sentido tem decidido a mais recente jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere das ementas a seguir transcritas.

"DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO DOMÉSTICO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. Ação de compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de cancelamento de voo doméstico.

2. Ação ajuizada em 03/12/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 17/07/2018. Julgamento: CPC/2015.

3. O propósito recursal é definir se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de cancelamento de voo doméstico.

4. Na específica hipótese de atraso ou cancelamento de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida.

5. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode- se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros.

6. Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável.

7. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários." (STJ-3ª T, REsp nº 1.796.716-MG, J. 27.08.2019, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 29.08.2019)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE VERIFICADA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. DIREITO DO CONSUMIDOR. ATRASO EM VOO DO-

Acesso ao Sumário

MÉSTICO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. OMPANHIA AÉREA QUE FORNECEU ALTERNATIVAS RAZOÁVEIS PARA A RESOLUÇÃO DO IMPASSE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não é automática, dependendo da constatação, pelas instâncias ordinárias, da presença ou não da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor.

Precedentes.

2. A jurisprudência mais recente desta Corte Superior tem entendido que, na hipótese de atraso de voo, o dano moral não é presumido em decorrência da mera demora, devendo ser comprovada, pelo passageiro, a efetiva ocorrência da lesão extrapatrimonial sofrida.

3. Na hipótese, o Tribunal Estadual concluiu pela inexistência de dano moral, uma vez que a companhia aérea ofereceu alternativas razoáveis para a resolução do impasse, como hospedagem, alocação em outro voo e transporte terrestre até o destino dos recorrentes, ocorrendo, portanto, mero dissabor que não enseja reparação por dano moral.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, em regra, os danos materiais exigem efetiva comprovação, não se admitindo indenização de danos hipotéticos ou presumidos. Precedentes.

5. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em novo exame, negar provimento ao recurso especial." (STJ-4ª T, AgInt no AREsp nº 1.520.449-SP, J. 19.10.2020, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe 16.11.2020).

Enfim, inexistentes os pressupostos do dever de indenizar, a rejeição do pleito de indenização por dano moral era mesmo a solução adequada que ao caso se impunha.

4. Isto posto nega-se provimento ao recurso e, por força do § 11 do art. 85 do CPC, majoram-se os honorários advocatícios fixados em primeiro grau para R$1.200,00, com os consectários legais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0011117-91.2011.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, são apelados GRÃO SANTO CAFE LTDA ME, JOSE ANESIO PAVAO e SIMONE MARIO ONOFRE PAVÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.935)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIO DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), ANNA PAULA DIAS DA COSTA E SPENCER ALMEIDA FERREIRA.

São Paulo, 21 de junho de 2022.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Execução de Título Extrajudicial. Prescrição intercorrente. Processo arquivado por mais de nove anos, por inércia da parte interessada. Prescrição intercorrente reconhecida. Sentença que extinguiu a execução, condenando o banco exequente ao pagamento das verbas sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios devidos ao patrono dos executados. Insurgência do exequente. Descabimento de fixação de verba honorária diante do princípio da causalidade em razão da inadimplência dos executados. Aplicação da jurisprudência fixada no STJ, no sentido de que, pelo princípio da causalidade, descabe a condenação em honorários de advogado, em favor do executado, nos casos de extinção da execução pela prescrição intercorrente. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 118/125) interposto contra a r. sentença (fls. 114 e 115) que, reconhecendo a ocorrência de prescrição intercorrente, extinguiu esta execução de título extrajudicial promovida pelo *Banco Bradesco S/A* em face de *Grão Santo Café Ltda ME*, *José Anésio Pavão* e *Simone Mário Onofre Pavão*, com fulcro no artigo 924, inciso V, do Código de Processo Civil, condenando o banco exequente a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios devidos ao patrono dos executados, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução.

Em suas razões recursais, busca a instituição financeira o afastamento de sua condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais ao patrono dos executados, argumentando que não poderia *"o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação"* e que em casos como este, o princípio da causalidade incidiria em desfavor do executado, que deu causa ao ajuizamento da

Acesso ao Sumário

execução (fls. 118/125).

Tempestivamente interposto e regularmente preparado, recebe-se o recurso em seus regulares efeitos.

Ofertadas contrarrazões (fls. 142/147).

Atribuído à causa o valor de R$ 223.626,68 (duzentos e vinte e três mil, seiscentos e vinte e seis reais e sessenta e oito centavos), em 17/06/2011.

É o relatório.

Cuida-se, na origem, de execução extrajudicial por meio da qual narrou o exequente, em síntese, que seria credor da importância de R$ 223.626,68 (duzentos e vinte e três mil, seiscentos e vinte e seis reais e sessenta e oito centavos), relacionada à contratação da Cédula de Crédito Bancário – Empréstimo – Capital de Giro – nº 3.390.397 pela empresa executada (fls. 02/04).

Arquivados os autos em agosto de 2012, a pedido do exequente, com fulcro no artigo 791, inciso III, do antigo Código de Processo Civil (fl. 94).

Requerido o desarquivamento dos autos pelo exequente em julho de 2021 (fl. 96).

Apresentada exceção de pré-executividade pelos executados, que arguiram a ocorrência de prescrição intercorrente (fl. 104/108).

Instada a instituição financeira a se manifestar acerca de eventual prescrição (fl. 109), ela se pronunciou, admitindo a sua ocorrência (fls. 111/113).

Proferida sentença que extinguiu a execução em virtude do reconhecimento da prescrição intercorrente, nos termos do artigo 924, inciso V, do Código de Processo Civil (fls. 114 e 115).

Pois bem.

Respeitado o entendimento adotado pelo magistrado de primeiro grau, o recurso comporta provimento.

O princípio da sucumbência deve ser apenas *"um primeiro parâmetro para a distribuição das despesas do processo, sendo necessária a sua articulação com o princípio da causalidade"* (STJ: REsp 684.169/RS, 3ª T. Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.03.2009).

Nesse passo, os encargos da sucumbência devem ser carreados àquele que deu causa à instauração do processo, que, na hipótese dos autos foram os próprios executados, diante de sua inadimplência.

Com efeito, de acordo com o princípio da causalidade *"aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo."* (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Júnior, in Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed. RT).

Acesso ao Sumário

Sobre a matéria, leciona Cândido Rangel Dinamarco: *"(...) a sucumbência não é em si mesma um princípio, senão apenas um indicador do verdadeiro princípio, que é a causalidade (Chiovenda, Piero Pajardi, Yussef Cahali). Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo obter aquilo a que já tinha direito."* (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil - vol II. 3ª edição).

O d. juízo *a quo* aplicou o princípio da causalidade, que não se traduz apenas em sucumbência, de forma que nem sempre a parte sucumbente é aquela que ajuizou a ação. No caso dos autos, os executados deram causa à propositura da execução em razão de sua inadimplência, mostrando-se inviável, portanto, o recebimento de verbas honorárias.

Nesse sentido já julgou esta Corte:

"Apelação. Reconhecimento de prescrição intercorrente. Sentença que não fixou honorários em favor dos executados. Decisão mantida. Incidência do princípio da causalidade. Aquele que não realiza o adimplemento espontâneo dá ensejo à propositura da execução. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 0006854-67.1997.8.26.0114; Relator (a): Campos Mello; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2020; Data de Registro: 14/02/2020).

Também esta Câmara:

"PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Reconhecimento. Execução de título extrajudicial. Escritura Pública de Confissão de Dívida. Suspensão por ausência de bens. Prazo de prescrição cujo termo inicial é contado um ano após a suspensão. Prazo prescricional consumado antes da entrada em vigor do CPC/15. Inaplicabilidade do artigo 1.056 do referido estatuto. Inércia configurada. Entendimento do STJ em IAC 001 (REsp 1.604.412-SC). Extinção que, todavia, não acarreta a responsabilidade do credor pela sucumbência. Inadimplemento do executado e prescrição reconhecida em virtude de causa superveniente. Aplicação do princípio da causalidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2180137-79.2019.8.26.0000; Relator: Fernando Sastre Redondo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 25/09/2019; Data de Registro: 25/09/2019).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO Executado que busca receber honorários sucumbenciais Descabimento Ausência de bens do executado Hipótese peculiar, em que não se aplica o princípio da sucumbência Executado

Acesso ao Sumário

que deu causa à demanda Descabida fixação de verba sucumbencial Precedente da 2ª Seção do STJ Sentença mantida Recurso não provido. (TJSP; Apelação 0000244-47.2021.8.26.0048; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Relator: Mario de Oliveira; Data do Julgamento e da Publicação: 17/12/2021).

E o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. ***RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.*** *AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS HERDEIROS PARA REGULARIZAÇÃO PROCESSUAL.* ***HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE****. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.*

1. ***Com relação ao cabimento dos honorários na demanda executória, seja qual for a classe do título exibido pelo credor, ou do procedimento de execução, este decorre do fato de que ela se baseia no descumprimento imputável de uma obrigação.***

2. A Quarta Turma do STJ já reconheceu que ***"a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente"*** *(REsp 1.769.201/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 20/03/2019), assim como na desistência da execução pelo credor, em razão da inexistência de bens penhoráveis (Resp n. 1.675.741/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão).*

3. Em razão dos ditames da causalidade, o fato de o exequente não localizar o devedor (ou seus herdeiros) para quitar o débito não pode ensejar a condenação do credor em honorários advocatícios com a extinção do feito pela prescrição intercorrente. Isto porque a prescrição foi motivada por causa superveniente não imputável ao credor, já que o devedor "desapareceu" após deixar de cumprir com a sua obrigação. A inércia do exequente, portanto, ocorreu em razão da conduta do executado.

4. Na hipótese, um dos executados, foi devidamente citado e "declinou não possuir bens passíveis de penhora", tendo o oficial de justiça certificado, em relação ao outro, o seu falecimento. No entanto, o exequente acabou não conseguindo encontrar, após diversos pedidos de diligências e sobrestamento do feito para a sua localização, os herdeiros do falecido para regularização do polo passivo, tendo o magistrado extinto o feito em razão da prescrição intercorrente.

5. Agravo interno não provido". (AgInt no Recurso Especial nº 1.783.853/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, T4, julgado em 25/06/2019, DJe 27/06/2019) grifo nosso

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRES-

Acesso ao Sumário

CRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.

1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não- cumprimento de sua obrigação.

2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp nº 1.769.201/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, T4, julgado em 12/03/2019, DJe do dia 20/03/2019) grifo nosso

Trata-se, portanto, de hipótese em que não se pode falar em vencido ou vencedor, o que torna descabida a atribuição de verba sucumbencial.

Na verdade, fixar verba honorária sucumbencial no presente caso seria premiar quem foi declarado devedor e que, em tese, resta inadimplente e sem bens a garantir o débito, o que, sem dúvida, afrontaria os mais comezinhos princípios norteadores da exata realização do justo.

Desse modo, considerando o peculiar desfecho da causa, inviável falar-se em fixação de verba honorária.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso para afastar a condenação da instituição financeira apelante ao pagamento da verba honorária ao patrono dos executados.

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 da Apelação Cível nº 1070779-22.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL JUNIOR DA SILVA FREITAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.461)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GIL COELHO (Presidente sem voto), MARINO NETO E MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 23 de junho de 2022.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – Empréstimos pessoais com previsão de descontos diretamente na conta bancária - Pretensão de limitação de descontos efetivados pelo réu a 30% dos vencimentos líquidos do requerente – Sentença improcedência – Insurgência do autor – Descabimento - Impossibilidade de aplicação analógica da limitação dos descontos decorrentes de empréstimos consignados, prevista na Lei nº 10.820/2003, àqueles realizados diretamente em conta corrente com autorização do consumidor – Tese fixada pelo C. STJ em sede de julgamento de recursos repetitivos (REsp nº 1.877.113) – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em "ação de obrigação de fazer" proposta por RAFAEL JUNIOR DA SILVA FREITAS contra BANCO DO BRASIL S.A, julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade de justiça (fls. 444/448).

Recorre o autor RAFAEL JUNIOR DA SILVA FREITAS. Sustenta que os descontos realizados por força de contratos firmados com o banco réu incidentes em folha de pagamento e diretamente na conta corrente não podem juntos superar 30% dos seus rendimentos líquidos (CPC, art. 833, IV c.c Lei nº 10.820/2003, art. 2º, § 2º, I). Insiste que o banco não pode se apropriar da integralidade do salário da parte, ainda que haja cláusula permissiva no contrato. Busca a reforma da r. sentença para que a ação seja julgada procedente, com a determinação de limitação dos descontos efetivados pelo banco réu (fls. 453/504).

Acesso ao Sumário

Recurso recebido e não contrariado. É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Cuida-se de *"ação de obrigação de fazer"* proposta por RAFAEL JU-

NIOR DA SILVA FREITAS contra BANCO DO BRASIL S.A.

Incialmente, registre-se que, em relação ao contrato de empréstimo consignado debitado diretamente na folha de pagamento ("BB Renov Consignação", com parcelas no valor de R$ 653,60), tem-se que não houve impugnação específica do autor em relação à r. sentença, a qual reconheceu que os descontos não superam o limite de 35% dos vencimentos do servidor público.

Assim, a controvérsia recursal cinge à legalidade dos descontos efetivados diretamente na conta corrente do autor em função de contratos de empréstimo, bem assim à necessidade de limitação desses descontos a 30% dos vencimentos da requerente.

Todavia, em que pese os argumentos apresentados pelo autor, não se mostra possível aplicar aos empréstimos pessoais com autorização de desconto em conta corrente a limitação de margem de consignação prevista na Lei nº 10.820/2003.

Realmente, o C. Superior Tribunal de Justiça, ao examinar a referida questão em sede de recurso especial repetitivo, firmou entendimento no sentido da inaplicabilidade da limitação prevista na Lei Federal nº 10.820/2003, que disciplina o contrato de crédito consignado em folha de pagamento, aos contratos em que há autorização expressa do consumidor para descontos em sua conta bancária:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PRETENSÃO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS DAS PARCELAS DE EMPRÉSTIMO COMUM EM CONTA-CORRENTE, EM APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 10.820/2003 QUE DISCIPLINA OS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> ***1. A controvérsia inserta no presente recurso especial repetitivo está em definir se, no bojo de contrato de mútuo bancário comum, em que há expressa autorização do mutuário para que o pagamento se dê por meio de descontos mensais em sua conta-corrente, é aplicável ou não, por analogia, a limitação de 35% (trinta e cinco por cento) prevista na Lei n. 10.820/2003, que disciplina o contrato de crédito consignado em folha de pagamento (chamado empréstimo consignado).***
>
> *2. O empréstimo consignado apresenta-se como uma das modalidades de empréstimo com menores riscos de inadimplência para a instituição financeira mutuante, na medida em que o desconto das parcelas do mútuo dá- se diretamente na folha de pagamento do trabalhador regido pela CLT, do servidor público ou do segurado do RGPS (Regime Geral de*

Acesso ao Sumário

Previdência Social), sem nenhuma ingerência por parte do mutuário/correntista, o que, por outro lado, em razão justamente da robustez dessa garantia, reverte em taxas de juros significativamente menores em seu favor, se comparado com outros empréstimos.

2.1 Uma vez ajustado o empréstimo consignado em folha de pagamento, não é dado ao mutuário, por expressa disposição legal, revogar a autorização dada para que os descontos afetos ao mútuo ocorram diretamente em sua folha de pagamento, a fim de modificar a forma de pagamento ajustada.

2.2 Nessa modalidade de empréstimo, a parte da remuneração do trabalhador comprometida à quitação do empréstimo tomado não chega nem sequer a ingressar em sua conta-corrente, não tendo sobre ela nenhuma disposição. Sob o influxo da autonomia da vontade, ao contratar o empréstimo consignado, o mutuário não possui nenhum instrumento hábil para impedir a dedução da parcela do empréstimo a ser descontada diretamente de sua remuneração, em procedimento que envolve apenas a fonte pagadora e a instituição financeira.

2.3 É justamente em virtude do modo como o empréstimo consignado é operacionalizado que a lei estabeleceu um limite, um percentual sobre o qual o desconto consignado em folha não pode exceder.

Revela-se claro o escopo da lei de, com tal providência, impedir que o tomador de empréstimo, que pretenda ter acesso a um crédito relativamente mais barato na modalidade consignado, acabe por comprometer sua remuneração como um todo, não tendo sobre ela nenhum acesso e disposição, a inviabilizar, por consequência, sua subsistência e de sua família.

3. Diversamente, nas demais espécies de mútuo bancário, o estabelecimento (eventual) de cláusula que autoriza o desconto de prestações em conta-corrente, como forma de pagamento, consubstancia uma faculdade dada às partes contratantes, como expressão de sua vontade, destinada a facilitar a operacionalização do empréstimo tomado, sendo, pois, passível de revogação a qualquer tempo pelo mutuário. Nesses empréstimos, o desconto automático que incide sobre numerário existente em conta-corrente decorre da própria obrigação assumida pela instituição financeira no bojo do contrato de conta-corrente de administração de caixa, procedendo, sob as ordens do correntista, aos pagamentos de débitos por ele determinados, desde que verificada a provisão de fundos a esse propósito.

3.1 Registre-se, inclusive, não se afigurar possível - consideradas as características intrínsecas do contrato de conta-corrente - à instituição fi-

Acesso ao Sumário

nanceira, no desempenho de sua obrigação contratual de administrador de caixa, individualizar a origem dos inúmeros lançamentos que ingressam na conta-corrente e, uma vez ali integrado, apartá-los, para então sopesar a conveniência de se proceder ou não a determinado pagamento, de antemão ordenado pelo correntista.

3.2 Essa forma de pagamento não consubstancia indevida retenção de patrimônio alheio, na medida em que o desconto é precedido de expressa autorização do titular da conta-corrente, como manifestação de sua vontade, por ocasião da celebração do contrato de mútuo. Tampouco é possível equiparar o desconto em conta-corrente a uma dita constrição de salários, realizada por instituição financeira que, por evidente, não ostenta poder de império para tanto. Afinal, diante das características do contrato de conta-corrente, o desconto, devidamente avençado e autorizado pelo mutuário, não incide, propriamente, sobre a remuneração ali creditada, mas sim sobre o numerário existente, sobre o qual não se tece nenhuma individualização ou divisão.

3.3 Ressai de todo evidenciado, assim, que o mutuário tem em seu poder muitos mecanismos para evitar que a instituição financeira realize os descontos contratados, possuindo livre acesso e disposição sobre todo o numerário constante de sua conta-corrente.

4. Não se encontra presente nos empréstimos comuns, com desconto em conta-corrente, o fator de discriminação que justifica, no empréstimo consignado em folha de pagamento, a limitação do desconto na margem consignável estabelecida na lei de regência, o que impossibilita a utilização da analogia, com a transposição de seus regramentos àqueles. Refoge, pois, da atribuição jurisdicional, com indevida afronta ao Princípio da Separação do Poderes, promover a aplicação analógica de lei à hipótese que não guarda nenhuma semelhança com a relação contratual legalmente disciplinada.

5. Não se pode conceber, sob qualquer ângulo que se analise a questão, que a estipulação contratual de desconto em conta-corrente, como forma de pagamento em empréstimos bancários comuns, a atender aos interesses e à conveniência das partes contratantes, sob o signo da autonomia da vontade e em absoluta consonância com as diretrizes regulamentares expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, possa, ao mesmo tempo, vilipendiar direito do titular da conta-corrente, o qual detém a faculdade de revogar o ajuste ao seu alvedrio, assumindo, naturalmente, as consequências contratuais de sua opção.

6. A pretendida limitação dos descontos em conta-corrente, por aplicação analógica da Lei n. 10.820/2003, tampouco se revestiria de instrumento

Acesso ao Sumário

idôneo a combater o endividamento exacerbado, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário.

6.1 Essa pretensão, além de subverter todo o sistema legal das obrigações - afinal, tal providência, a um só tempo, teria o condão de modificar os termos ajustados, impondo-se ao credor o recebimento de prestação diversa, em prazo distinto daquele efetivamente contratado, com indevido afastamento dos efeitos da mora, de modo a eternizar o cumprimento da obrigação, num descabido dirigismo contratual -, não se mostraria eficaz, sob o prisma geral da economia, nem sequer sob o enfoque individual do mutuário, ao controle do superendividamento.

6.2 Tal proceder, sem nenhum respaldo legal, importaria numa infindável amortização negativa do débito, com o aumento mensal e exponencial do saldo devedor, sem que haja a devida conscientização do devedor a respeito do dito "crédito responsável", o qual, sob a vertente do mutuário, consiste na não assunção de compromisso acima de sua capacidade financeira, sem que haja o comprometimento de seu mínimo existencial. Além disso, a generalização da medida - sem conferir ao credor a possibilidade de renegociar o débito, encontrando-se ausente uma política pública séria de "crédito responsável", em que as instituições financeiras, por outro lado, também não estimulem o endividamento imprudente - redundaria na restrição e no encarecimento do crédito, como efeito colateral.

6.3 A prevenção e o combate ao superendividamento, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário, não se dão por meio de uma indevida intervenção judicial nos contratos, em substituição ao legislador. A esse relevante propósito, sobreveio - na seara adequada, portanto - a Lei n. 14.181/2021, que alterou disposições do Código de Defesa do Consumidor, para "aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

7. Ratificação da uníssona jurisprudência formada no âmbito das Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, explicitada por esta Segunda Seção por ocasião do julgamento do REsp 1.555.722/SP.

8. Tese Repetitiva: ***São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento.***

9. Recurso especial provido." (REsp 1877113/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/03/2022,

Acesso ao Sumário

DJe 15/03/2022)

A esse respeito, confira-se trecho de voto do E. Des. Gilberto dos Santos, integrante dessa C. 11ª Câmara de Direito Privado:

"(...)

No tocante aos contratos com descontos em conta corrente, curvo-me à orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento dos recursos repetitivos (Resp nº 1877113), que fixou a seguinte tese jurídica:

(...)

Foi pontuado na referida decisão que o desconto automático em conta corrente não decorre de imposição legal, como nos casos de consignado em folha de pagamento, mas de livre manifestação de vontade das partes, sendo possível a revogação da autorização a qualquer momento.

Portanto, os descontos realizados em conta corrente somente poderão perdurar enquanto for mantida a permissão do correntista, submetendo aos consectários contratuais caso seja revogada.

Nem mesmo o fato de os rendimentos serem depositados na conta corrente do mutuário é capaz de mudar a sorte do caso, pois é possível que a portabilidade do recebimento do salário para outra instituição financeira, inclusive por parte dos funcionários públicos

(...)." (TJSP; Apelação Cível 1003801- 97.2020.8.26.0003; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022)

Outrossim, em casos análogos, assim já decidiu esse E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Contrato bancário Empréstimo pessoal – Limitação dos valores descontados em conta corrente mantida para recebimento dos proventos – Descabimento – Limitação prevista no § 1º do art. 1º da lei nº 10.820/2003 que somente se aplica aos empréstimos consignados em folha de pagamento – Entendimento firmado pelo E. STJ no julgamento de Recurso Especial Repetitivo (tema 1085) – Apelação desprovida, com majoração da verba honorária." (TJSP; Apelação Cível 1000043-61.2021.8.26.0590; Relator (a): Gil Coelho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/04/2022; Data de Registro: 12/04/2022

"APELAÇÃO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO c.c. OBRIGAÇÃO DE FAZER e TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA – Contrato de mútuo – Limitação dos descontos das parcelas do empréstimo debitadas na conta corrente da parte demandan-

Acesso ao Sumário

te – Sentença de parcial procedência – Insurgência da ré – Descontos efetuados em conta corrente de titularidade do autor – Possibilidade – Previsão contratual – Consignados em conta corrente que não se submetem a essa restrição – Aplicação da tese firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Recursos Especiais repetitivos n.º 1.863.973/SP, 1.877.113/SP e 1.872.441/SP (Tema 1085) – Sentença de parcial procedência reformada para improcedência – RECURSO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1000025-46.2020.8.26.0082; Relator (a): Lavínio Donizetti Paschoalão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Boituva - 2ª Vara; Data do Julgamento: 05/05/2022; Data de Registro: 05/05/2022)

Portanto, revendo posicionamento anteriormente adotado, a fim de preservar a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, nos termos do art. 926 do Código de Processo Civil, impõe- se a manutenção da r. sentença que julgou improcedente a ação.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral daqueles que foram deduzidos na r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Em virtude do que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, majoro a condenação do autor, quanto ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, para 15% do valor da causa, observada a gratuidade de justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006499-36.2021.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADRIANA FRANCISCA FERREIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.909)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO E SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 4 de julho de 2022.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação de obrigação de fazer com pedido liminar c/c repetição de indébito e indenização por dano moral – Cartão de Crédito Consignado – Contrato eletrônico – Cobrança de RMC (Reserva de Margem Consignável) – Erro Substancial quanto a natureza do contrato – Sentença de improcedência – Insurgência – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Ao juiz é facultada a formação do seu livre convencimento – Magistrado que já possuía elementos suficientes à sua convicção – Aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor, eis que a autora é destinatário final Instituição financeira que demonstrou a contratação do empréstimo por meio da juntada do termo de adesão a cartão de crédito consignado bem como autorização para desconto em benefício previdenciário, faturas e TED – Não se pode dizer que a autora foi induzida a cometer erro substancial na contratação de cartão de crédito consignado quando os termos da pactuação são claros, sendo capazes de proporcionar ao cliente perfeita formação de sua vontade e o entendimento dos efeitos de sua declaração – Autora que utiliza normalmente do cartão de crédito – Alegação de vício de consentimento que não restou demonstrada – Anuência expressa relativamente à margem consignável lançada em seu benefício previdenciário – Exercício regular de direito verificado Inexistência de ilícito – Danos morais não configurados – Sentença mantida – Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 270/271, que nos autos da Ação de obrigação de fazer com pedido liminar c/c repetição de indébito e indenização por dano moral, ajuizada por **Adriana Francisca Ferreira dos Santos**, o juiz sentenciante proferiu: *"Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos e extingo o feito com resolução do mérito nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Condeno a autora ao pagamento das custas antecipadas pelo requerido e ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, respeitada a gratuidade de justiça da autora".*

Inconformada apela a autora (fls. 274/290) aduzindo em síntese que o julgamento antecipado cerceou seu direito de defesa, eis que pretendia a produção

Acesso ao Sumário

de prova pericial, o que torna nula a sentença.

Alega que a assinatura aposta no contrato apresentado nos autos diverge da assinatura do instrumento procuratório, sendo clara a diferença entre elas e ao indeferir a prova pericial feriu o artigo 432 do CPC.

Relata que a autenticidade da documentação apresentada nos autos só poderá ser declarada por profissional especializado, sendo imprescindível a realização de perícia grafotécnica e documentoscópica.

Salienta que embora tenha sido deferida inversão do ônus da prova, aplicando o CDC ao caso, o magistrado se mostrou contraditório ao afirmar que caberia a autora se desincumbir do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I do CPC.

Diz que em demanda de índole negativa, que reclama a aplicação do CDC, como no caso, o ônus da prova de demonstrar a pactuação e a informação clara e precisa é exclusiva do apelado, nos termos do art. 429, II do CPC.

Lembra que fez prova dos descontos reputados como ilegais, de modo que todas as provas que estavam ao seu alcance foram produzidas, sendo ônus da ré comprovar a clareza de informações e licitude da contratação, ônus do qual o banco não se desincumbiu.

Frisa que conforme alegado na inicial e reiterado em réplica ao contratar junto com o apelado pretendia apenas a contratação de empréstimo consignado tradicional, mas o serviço oferecido foi diverso do solicitado, omitindo o réu informações a respeito do cartão consignado.

Informa que embora exista contrato firmado entre as partes, não se pode ignorar a realidade fática de que em tal contrato e descontos de RMC houve vício de informação, até porque não é crível que alguém que precise de empréstimo o faça da maneira mais onerosa.

Questiona a ilegalidade cometida pelo apelado, que em verdadeiro abuso de poder ludibriou a apelante, suprimindo informações do contrato assim, nos termos do art. 171, II do CC são anuláveis os negócios jurídicos por vício resultante de erro e no caso a apelante em nenhum momento tinha a intenção de contratar cartão de crédito consignado e sim empréstimo consignado.

Acesso ao Sumário

Alega que deve ser fixada indenização por dano moral, ante a existência de descontos indevidos em seu benefício previdenciário, já decorre de contrato viciado, tratando de dano moral *in re ipsa*.

Destaca que a restituição dos valores deve se dar de forma dobrada nos termos do art. 42 do CDC, já que nítida a má-fé do réu, devendo ainda ser invertido o ônus da sucumbência. Clama pela reforma da r. sentença.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, isento de preparo (fls. 57), com resposta (fls. 294/307).

Realizada intimação nos termos da Resolução n. 549/2011, sem insurgência.

É o relatório do necessário.

2. Narra a autora que recebe benefício previdenciário e que contratou em março de 2019 o que acreditava ser empréstimo consignado tradicional para pagamento por meio de descontos em folha, entretanto a utilização da reserva de margem ocorreu em julho de 2019 impossibilitando sua utilização em outra instituição, evidenciando prática abusiva.

Diz que não obteve cópia do contrato tendo conhecimento apenas dos descontos de R$ 11,23 e R$ 73,10, descriminados como RMC e, em seu extrato do INSS não constam o número de parcelas.

Afirma que ao procurar a ré foi informada que se tratava de cartão de crédito consignado, fato que desconhecia e verificou que a quantia deposita em sua conta no momento da contratação, na verdade correspondia ao limite do cartão e não a empréstimo consignado, fazendo com que os juros nunca acabem.

Pretende em tutela a imediata suspensão dos descontos realizados e, no mérito a procedência da ação para cessar os descontos em definitivo, com a restituição em dobro dos valores indevidamente descontados, além de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00, com inversão do ônus da prova (fls. 01/49).

Postergada a análise do pedido de tutela (fls. 50/51); apresentada contestação e documentos (fls. 60/198); indeferida tutela antecipada (fls. 199); manifestação do banco informando que a autora continua utilizando o cartão e requerendo a aplicação da litigância de má-fé (fls. 201208); réplica (fls. 209/234); agravo de instrumento (fls. 235/248); acórdão (fls. 253/259); determinada a especificação de provas (fls. 260), o banco pede o depoimento pessoal da autora (fls. 263/264) e a autora pede perícia nos documentos exibidos pelo réu (fls. 265/269); sobrevindo sentença de improcedência da qual se insurge a autora.

Anote-se que a apelação interposta é tempestiva e isenta de preparo, 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.

O recurso, contudo, não merece provimento.

Preliminarmente afasta-se a alegação de cerceamento de defesa e necessidade de realização de perícia grafotécnica e documental, eis que a análise do contrato juntado, constata-se que se trata de contrato digital, não havendo se falar em divergência da assinatura nele aposta com o instrumento procuratório.

Imperioso anotar que o contrato colacionado possui autenticação ele-

Acesso ao Sumário

trônica (fls. 89) relativa a espécie de contratação utilizada, sendo evidente e dispensável a oposição de assinatura em negociações desta natureza.

Assim, o julgamento antecipado não implicou em cerceamento de defesa, porque 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).

Tal fato se dá porque o juiz é o destinatário final das provas. A ele é legalmente conferida a prerrogativa de dispensar provas que entenda desnecessárias à formação de seu convencimento acerca das matérias controversas. Somente ele, pelo livre convencimento diante dos elementos existentes nos autos, pode estabelecer se é caso de instrução ou de julgamento antecipado.

Assim, a instrução probatória encontra-se condicionada não só à possibilidade jurídica da prova, como também ao interesse e relevância da sua produção, cabendo ao Juiz indeferir aquelas que se mostrem inúteis ou meramente protelatórias.

No mérito, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, nos termos da Súmula 297 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, em se tratando de alegação de dano decorrente da prestação defeituosa do serviço, o dispositivo em relação ao qual deve ser dirimido o conflito é o artigo 14 do CDC, que dispõe:

> *"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.*
>
> *(...) § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".*

Desse modo, tem-se que o fornecedor responde pelos danos causados ao consumidor independentemente de sua culpa, somente se eximindo de indenizá-lo se comprovar não ter sido o serviço defeituoso ou ser a culpa exclusivamente da vítima ou de terceiro.

Acesso ao Sumário

No caso em apreço consta dos autos que a apelante ingressou a demanda afirmando existência de relação jurídica com o réu, alegando, contudo, que em momento algum houve a intenção de contratar cartão de crédito consignável, modalidade mais gravosa ao consumidor que o empréstimo consignado, sendo evidente o prejuízo que este serviço não requisitado lhe causa.

Pois bem. Como cediço, o negócio jurídico é válido quando presentes os

requisitos enunciados no artigo 104 do Código Civil, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

No entanto, é possível a anulação do negócio jurídico, desde que ocorra alguma das hipóteses elencadas no artigo 171 do mesmo diploma legal. Entre as referidas hipóteses está o erro (art. 171 II, CC), caracterizado como um vício no ato de vontade do emissor da declaração constante do negócio jurídico: o *erro ocorre quando a declaração de vontade não expressa a real vontade do emitente.*

Quanto a possibilidade de anulação dos negócios jurídicos em razão de erro substancial, rezam os arts. 138 e 139 do Código Civil:

> *"Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.*
>
> *Art. 139. O erro é substancial quando:*
>
> *I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;*
>
> *II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;*
>
> *III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico".*

No caso em análise, contudo, não se pode falar que a autora tenha sido induzida a cometer erro substancial na contratação em questão, pois os termos da pactuação são claros, sendo capazes de proporcionar à cliente perfeita formação da sua vontade e o entendimento dos efeitos da sua declaração. Senão vejamos.

Do acervo probatório existente nos autos restou incontroverso a existência de reserva de margem consignável no benefício da apelante (fls. 38/48), referente a um cartão de crédito.

Observa-se que devidamente citado o réu alegou regularidade na contratação, colacionando cópia do **Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado emitido pelo BANCO BMG S/A e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento**, documento eletronicamente assinado, bem como documento de identidade e *'selfie'* da autora (fls. 85/92).

Nota-se que ao contrário do alegado pela autora, constata-se do contrato colacionado que há clara explicação e de forma destacada quanto ao tipo de contratação (fls. 86):

> *"**1.1. Autorização para desconto: O(A) TITULAR autoriza a sua fonte empregadora, de forma irrevogável e irretratável, a realizar o desconto***

Acesso ao Sumário

mensal em sua remuneração/benefício, em favor do BANCO BMG S/A, para o pagamento correspondente ao valor mínimo indicado na fatura mensal do cartão de crédito consignado ora contratado. 1.2. O(A) TITULAR declara estar ciente de que o produto ora contratado refere-se à um Cartão de Crédito Consignado, *declarando, ainda, estar de acordo com valor a ser averbado, conforme disposto no quadro II deste termo (...)"*

Corroborando a existência de contratação e ciência da autora tem-se que o banco trouxe ainda diversas faturas (fls. 93/121), onde se denota que a autora utiliza de forma regular o cartão de crédito realizando diversas compras e inclusive pagamentos de algumas faturas (fls. 96/113), restando comprovado, ainda, que a autora realizou saque no valor de R$ 1.201,66 (fls. 105), com prova da transferência do valor mutuado para a conta da apelante (fls. 121).

Devidamente intimada para se manifestar da defesa e documentos apresentados a apelante apenas informa que se tratam de documentos unilaterais.

Ora, em que pese se tratar de documentos (faturas) emitidos de forma unilateral pela ré, a apelante não arguiu falsidade deles, ou de se seu conteúdo, mas de maneira genérica alega sua unilateralidade.

Contudo, imperioso anotar que da análise das faturas constata- se a existência de relação duradoura, desde 2019, com diversos pagamentos, o que faz presumir ciência e concordância da autora ao contrato, que também fora juntado e consta sua assinatura eletrônica.

Desse modo, restou expressa e claramente pactuado entre as partes a contratação do cartão consignado e que apenas o valor mínimo da fatura seria descontado em folha de pagamento da autora, sendo que o restante deveria ser pago por ela até o vencimento, em qualquer a agência bancária, o que foi feito em algumas faturas.

Assim, em que pese a hipossuficiência da consumidora, não é crível que a autora após assinar o contrato em questão com o título e cláusulas em destaque, anuindo expressamente com ele, utilizar por mais de um ano o cartão de crédito, venha alegar erro substancial.

Portanto, sem nenhum fundamento a alegação da apelante de que foi induzida a erro pelo banco-apelado ao assinar o contrato de adesão para disponibilização de cartão de crédito com reserva de sua margem consignável.

Ressalte-se que não há nos autos qualquer prova acerca da ocorrência de vício do consentimento no momento da contratação, ao contrário a documentação trazida pela ré não deixa qualquer dúvida quanto a natureza da contratação.

E ademais, não tendo a autora negado o recebimento da importância que lhe foi transferida em razão de *'saque autorizado'* por cartão de crédito e regular utilização do cartão, impossível acolher a tese de vício de consentimento.

Na espécie, não se vislumbra sequer indício de que a autora tenha sido induzida em erro na contratação do empréstimo ou de que o banco réu tenha agido dolosamente, não sendo possível a presunção de má-fé.

Portanto, não há que se falar em declaração de inexistência de débito, ou em dever de restituir os valores pagos tampouco em dever de indenizar.

Nesse sentido já se manifestou este E. Tribunal de Justiça:

"AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – Contratação de Cartão de Crédito com Reserva de Margem Consignada – Comprovação, pelo réu, de solicitação/autorização da autora, tendo sido emitido cartão de crédito – Conduta do banco que se revela regular, no caso dos autos, diante da comprovação da contratação expressa e ausência de qualquer vício de consentimento, sendo claros os termos do pacto – Crédito disponibilizado – Art. 6º da Lei nº 10.820/03, com redação dada pela Lei nº 13.175/2015 – Sentença de improcedência mantida – Ratificação do julgado – Possibilidade – Art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – RECURSO NÃO PROVIDO". (Apelação n. 1000706-26.2017.8.26.0145, 38ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Spencer Almeida Ferreira, j. 29/01/2018).

"DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Empréstimo consignado – Desconto em benefício previdenciário sob a rubrica 'RMC – Reserva de Margem Consignável' – Negativa da autora de que tenha contratado com o réu a justificar a reserva lançada em seu benefício previdenciário – Instituição ré que trouxe aos autos documentos que evidenciam a relação jurídica entre as partes – Reserva de margem consignável que decorreu de saque efetuado através de cartão de crédito, cujo crédito foi transferido para a conta da autora – Exercício regular de direito verificado – Autora que inova em suas razões recursais, reconhecendo a contratação – Autora que procurou alterar a verdade dos fatos e induzir o juízo a erro ao pleitear declaração de inexigibilidade de débito sabidamente inadimplido e indenização por danos morais inexistentes – Dolo processual evidente – Aplicação das penas relativas à litigância de má-fé – Sentença mantida – Apelo desprovido, com imposição de penalidade." (Apelação n. 1007470-56.2017.8.26.0071, 12ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Jacob Valente, j. 17/11/2017).

Desse modo, mantém-se íntegra a sentença cuja reforma se persegue.

Por fim, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, são devidos honorários recursais, cumulativos, ao vencedor.

Sendo assim, fixados em primeira instância os honorários de advogado em 10% do valor atualizado da causa, majora-se tal arbitramento para 15%, nos

Acesso ao Sumário

termos da legislação processual vigente, considerando maior tempo e trabalho gastos para a solução da demanda, com execução condicionada, porém, à perda da condição de necessitado da autora.

3. Destarte, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005567-83.2022.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante MAURICIO ROBSON DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOSNMULTISEGMENTOS NPL IPANEMA VI - NÃO PADRONIZADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.675)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDGARD ROSA (Presidente), ALBERTO GOSSON E CAMPOS MELLO.

São Paulo, 13 de julho de 2022.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória de prescrição c.c. reparação por danos morais Dívida cedida, prescrita. Reconhecimento da inexigibilidade, vedados os atos de cobrança em sede judicial ou extrajudicial. Danos morais, porém, não reconhecidos. Atos de cobrança que não desbordaram do mero aborrecimento. Dívida incluída em plataforma *SERASA LIMPA NOME*, cujo acesso é exclusivo pelo consumidor mediante login e senha. Ausência de publicidade. Determinação de baixa na plataforma.
– RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1) Trata-se de tempestiva apelação (fls. 239/344), interposta contra a respeitável sentença de fls. 234/236, que julgou improcedentes os pedidos iniciais de declaração de prescrição de dívidas e de reparação por danos morais, revogada a gratuidade conferida ao autor.

Acesso ao Sumário

Inconformado, o autor apela para pedir a reforma da sentença. Pede o restabelecimento da gratuidade judiciária. Entende que a sentença não apresenta a devida fundamentação. No mérito, reitera que se trata de cobrança ilícita de dívida prescrita. Cita as consequências da prescrição da dívida e menciona hipótese de coação para o pagamento. Tece comentários sobre o aplicativo *"Serasa Limpa Nome"* e a sua utilização como forma de coação ao pagamento. Aduz a diminuição do *"score"* como fator de dano. Cita precedentes jurisprudenciais e reitera o pedido reparatório do dano moral.

Contrarrazões a fls. 348/352.

É o relatório.

2) Defiro ao apelante a gratuidade.

O ajuizamento de outras ações por meio de escritório de advocacia especializado não permite concluir pela alteração daquele quadro inicial de hipossuficiência financeira, provado por documentos, e admitido pelo Juízo *a quo*.

3) A ação proposta pede o reconhecimento da prescrição das dívidas relativas aos contratos: (i) 22100900686012, no valor de R$ 500,60, vencimento original em 19/02/2015; (ii) 22100900767969, no valor de R$ 500,50, vencimento original em 01/03/2015; (iii) 22100900767977, no valor de 484,90, vencimento original em 31/01/2015; e, (iv) 22125600305478, no valor de R$ 754,50, vencimento original em 28/02/2015.

Por sentença, a ação foi julgada improcedente e o autor condenado a arcar com os encargos decorrentes da sucumbência.

Respeitada a convicção do Magistrado, as dívidas indicadas nos documentos de fls. 69, 70, 71 e 72, estão fulminadas pela prescrição, nos termos do artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

Desse modo, encontra-se fulminada a pretensão do credor ao cumprimento da obrigação, inviabilizando a cobrança das dívidas, em Juízo ou fora dele, até mesmo como imperativo lógico do princípio da razoabilidade e como corolário do princípio da segurança jurídica.

De acordo com o art. 189 do Código Civil: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206 ".

Ensina **PONTES DE MIRANDA** que:

"No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. [...] A prescrição não atinge, de regra, somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança

Acesso ao Sumário

direta (aliter, alegação de compensação, que depois estudaremos), ou outra manifestação pretensional" (Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo VI. Exceções. Exercício dos Direitos. Prescrição. São Paulo: RT, 2013, p. 219 e 221).

Este egrégio Tribunal já consagrou o entendimento de que, conquanto não fulminada a obrigação em si, a prescrição afasta a possibilidade do exercício prático da cobrança da dívida, não somente em Juízo, mas também fora dele. A propósito:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA RÉ. RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA DÍVIDA POR MEIOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. PRECEDENTES DESTE E. TJSP. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COMPATÍVEL COM OS CRITÉRIOS DO ART. 85, § 2º, DO CPC E COM AS PARTICULARIDADES DO CASO. RECURSO DESPROVIDO. (AP. 1001452-09.2020.8.26.0008, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ALBERTO GOSSON, j. Em sessão virtual, 26 de agosto de 2020).
>
> Apelação Cível. Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito c.c. Indenização por Dano Moral e Pedido de Tutela de Urgência. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Prescrição incontroversa. Obrigação "natural" das dívidas prescritas, que não pode ser cobrada, judicial ou extrajudicialmente. Inexigibilidade com exclusão da informação da Plataforma "Serasa Limpa Nome", em virtude do regramento contido no artigo 43, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.078/1990. Pretensão indenizatória extrapatrimonial. Impossibilidade de acolhimento. Autor que não fez prova de que seu nome foi negativado em órgão de proteção ao crédito. Plataforma "SERASA Limpa Nome". Portal para negociação de dívida de acesso exclusivo da parte. Dano moral. Inocorrência. Sentença parcialmente reformada. Ônus sucumbenciais readequados. Recurso provido em parte, nos termos da fundamentação. (Apelação Cível 1001064-88.2021.8.26.0326; 23ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. HELIO NOGUEIRA, julgado em 17/12/2021).
>
> AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. Protesto de duplicatas por indicação. Sentença de procedência em parte, declarando a inexigibilidade dos débitos indicados na inicial e condenando a corré Dismar Distribuidora a indenizar a parte autora no valor de R$8.000,00, em razão do dano moral sofrido. Irresignação da corré Dismar. Descabimento. Sentença que não se revela 'extra petita'. Preliminar rejeitada. Duplicata é título de crédito causal, com origem em contrato de prestação de serviços

Acesso ao Sumário

ou de compra e venda mercantil. 'In casu", restou incontroverso que a emissão das duplicatas 'sub judice' teve origem em compra e venda havida entre a parte ré e o irmão da parte autora, consumidor final que procurou a loja ré para adquirir uma TV, um fogão e um refrigerador. Ausente hipótese de compra e venda mercantil, inexiste causa subjacente apta à emissão das cártulas. Inexistência, ainda, de aceite, ou comprovação da efetiva entrega das mercadorias a autorizar o protesto por indicação. Dívidas prescritas que, ademais, não devem ser objeto de cobrança judicial ou extrajudicial. Inexigibilidade bem reconhecida. Protesto indevido.

Dano *'in re ipsa'*. *'Quantum'* indenizatório que não comporta redução, estando aquém dos valores arbitrados por esta C. Câmara. Aplicação do art. 252 do RITJSP. Condenação em honorários advocatícios majorada para R$1.500,00. Incidência da norma prevista no artigo 85, §11, do CPC. Recurso não provido. (Apelação Cível 1005427-98.2018.8.26.0302; 24ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. WALTER BARONE, julgado em 17/12/2021).

Ainda nesse sentido: TJSP AP. 1001781-55.2019.8.26.0008 rel. Des. Tavares de Almeida - 24ª Câmara de Direito Privado j. 18/12/2019; TJSP AP. 1009541-89.2018.8.26.0590 rel. Des. Irineu Fava - 17ª Câmara de Direito Privado j. 09/09/2019; TJSP AP. 1001224-83.2019.8.26.0003 rel. Des. Hélio Faria - 18ª Câmara de Direito Privado j. 30/07/2019; TJSP AP. 1028798-24.2018.8.26.0001 rel. Des. Marco Fábio Morsello - 11ª Câmara de Direito Privado j. 19/06/2019; TJSP AP. 1004118-58.2013.8.26.0127 rel. Des. Matheus Fontes - 22ª Câmara de Direito Privado j. 30/06/2016.

Assim, sendo o caso de reconhecimento da prescrição, não poderá ser admitida a prática de atos extrajudiciais de cobrança.

4) Mas não há falar em danos morais indenizáveis.

É que a plataforma digital conhecida como *"Serasa Limpa Nome"*, segundo informações extraídas do próprio sítio eletrônico da entidade, não constitui cadastro restritivo, e nem sequer interfere no cálculo do Serasa *Score* que, consoante informação do próprio sítio eletrônico, é constituído do histórico financeiro, compromisso com créditos, consultas em nome do consumidor e evolução da saúde financeira.

Não há prova de **interferência negativa** no score, e tal fato não se presume, devendo ser provado, caso a caso, não se olvidando o que, a propósito, dispõe a Súmula 550 do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

Acesso ao Sumário

A adesão à plataforma é de livre escolha pelo consumidor, somente acessada mediante *"login"* e aposição de senha, e não produz os efeitos deletérios da publicidade de um cadastro de proteção ao crédito.

Não há prova de que o nome do autor/apelante foi negativado em relação aos débitos que constituem o escopo desta ação, e tampouco há prova de que o mencionado apontamento no cadastro "Limpa Nome" tenha, de forma concreta e objetiva, impedido o consumidor de realizar operações de crédito.

Assim, não se caracterizou hipótese de padecimento moral indenizável, que não se presume e deveria, portanto, ser descrito e provado, concretamente.

Nesse sentido, multiplicam-se os precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do tema:

> APELAÇÃO. DEMANDA DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, COM PEDIDO CUMULADO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. DECISÃO MODIFICADA EM PARTE. 1. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. HIPÓTESE EM QUE NÃO ESTÁ CARACTERIZADA SITUAÇÃO EM QUE O DANO POSSA SER PRESUMIDO, INFERIDO A PARTIR DE MERO JUÍZO DE EXPERIÊNCIA. 2. NECESSÁRIA REDISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA NORMA CONTIDA NO CAPUT DO ART. 86 DO C.P.C. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação nº 1052046-45.2020.8.26.0002, Rel. Des. CAMPOS MELLO, julgado em 22 de maio de 2021).
>
> AÇÃO DECLARATÓRIA DÍVIDA PRESCRITA DÉBITO INEXIGÍVEL - INCLUSÃO DO NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CONTAS ATRASADAS INSCRITAS EM PLATAFORMA DE RENEGOCIAÇÃO DE DÉBITOS - "SERASA LIMPA NOME" - PORTAL ACESSÍVEL APENAS ÀS PARTES CONTRATANTES AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação 1040315-76.2020.8.26.0576, Rel. Des. MATHEUS FONTES, julgado em 21 de junho de 2021).
>
> TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Julgamento antecipado do mérito que não importou cerceamento de defesa. Danos morais. Descabimento. Cobrança irregular que não gerou negativação indevida. Mero aborrecimento. Débito no sistema "Serasa Limpa Nome" que não significa inscrição automática em cadastro de inadimplentes. Precedentes. Recurso desprovido. (Apelação Cível 1002216-79.2020.8.26.0562, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des.

Acesso ao Sumário

MILTON DE CARVALHO, julgado em 06/11/2020).

Apelação Cível. Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenizatória por danos morais. Alegação de indevida inscrição de débitos na plataforma "Serasa Limpa Nome". Sentença de parcial procedência. Apelo da autora. Ausência de inscrição da dívida nos cadastros de inadimplentes. Anotações de débitos na plataforma "Serasa Limpa Nome". Plataforma que possibilita ao consumidor consultar e negociar suas pendências financeiras com as empresas parceiras desse sistema, sem publicidade da dívida a terceiros. Danos morais não evidenciados. Apelação não provida. (Apelação Cível 1017161-68.2021.8.26.0002, 35ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Des. MORAIS PUCCI, julgado em 03/03/2022).

Em suma, o caso é de se reconhecer a prescrição das dívidas, vedar quaisquer atos de cobrança, devendo ser promovida a baixa no cadastro *Serasa Limpa Nome*, sem reconhecimento, contudo, de dano moral indenizável.

Diante da sucumbência recíproca, as custas do processo serão rateadas, cabendo a cada parte pagar a metade.

Em relação aos honorários advocatícios, o autor/apelante arcará com honorários advocatícios dos patronos das rés/apeladas, no equivalente a 15% do valor pretendido sob a rubrica de danos morais, ressalvada a gratuidade com que litiga. O réu arcará com o pagamento de honorários advocatícios, ao patrono do autor, arbitrados, por equidade, em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), o que se mostra suficiente para remunerar o trabalho desenvolvido em demanda de extrema simplicidade, de reduzido valor, julgada com brevidade e sem a realização de audiência ou outros atos processuais que demandassem deslocamento físico.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso do autor**, para vedar atos de cobrança em relação às dívidas prescritas, determinada a baixa do nome do autor do cadastro *"Serasa Limpa Nome"*, alterada a disciplina da sucumbência, tendo em conta o decaimento recíproco, nos moldes acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010144-86.2019.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante TRANSPORTES TRANSLOVATO LTDA, é apelado THIAGO ALEXANDRE DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nega-

Acesso ao Sumário

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.572)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROSANGELA TELLES (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI E PAULO AYROSA.

São Paulo, 13 de julho de 2022.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. RECURSO IMPROVIDO. No caso, embora não intimada especificamente para manifestação sobre a juntada, a apelante teve ciência inequívoca dos documentos. Com efeito, manifestou-se posteriormente nos autos eletrônicos sem qualquer ressalva sobre os referidos documentos ou alegação de nulidade por ausência de intimação, o que, de todo modo, não teria o condão de modificar o desfecho da demanda. Não se pode olvidar que "a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão", conforme dispõe o art. 278 do Código de Processo Civil (CPC), o que deixou de fazer a apelante.

APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VEÍCULO UTILIZADO PARA ATIVIDADE DE TAXISTA DANIFICADO PELO CAMINHÃO CONDUZIDO PELO CORRÉU, DE PROPRIEDADE DA SUA EMPREGADORA CORRÉ. CULPA DO CORRÉU PELO ACIDENTE E DANOS MATERIAIS DEVIDAMENTE COMPROVADOS. APELANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ONUS PROBATÓRIO PREVISTO NO ART. 373, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Restou comprovado que o acidente de trânsito decorreu exclusivamente da culpa do corréu na condução do caminhão de propriedade da segunda

Acesso ao Sumário

corré, sua empregadora. É certo que o autor utilizava o veículo danificado no acidente para desenvolver a atividade de taxista, o qual ficou em oficina mecânica para conserto durante 20 dias, quando necessitou locar outro veículo para uso pessoal e deixou de exercer sua atividade profissional durante esse período. Assim, sopesados os elementos dos autos, conclui-se que os danos materiais foram devidamente comprovados, tanto na modalidade danos emergentes quanto lucros cessantes. Enfim, a parte apelada (autora) provou os fatos constitutivos do seu direito essencialmente necessários, nos termos do art. 373, I, do CPC. De outro lado, a parte apelante (requerida) não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do art. 373, II, do CPC, lembrando que sua responsabilidade civil é objetiva à luz do art. 932, III, do CPC.

VOTO

THIAGO ALEXANDRE DA SILVA ajuizou *"ação de indenização por acidente de trânsito c/c danos materiais c/c lucros cessantes"* em face de **ANTONIO PAULO DE OLIVEIRA** e **TRANSPORTES TRANSLOVATO LTDA**.

A douta Juíza de primeiro grau, por respeitável sentença de fls. 136/139, cujo relatório adoto, integrada por embargos de declaração as fls. 152, julgou os pedidos, nos seguintes termos: *"Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para condenar os requeridos a pagarem ao autor o valor de R$ 5.804,60 (cinco mil oitocentos e quatro reais e sessenta centavos), com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde a propositura da ação e juros de 1% ao mês do evento danoso. Em razão da sucumbência recíproca, mas em maior parte dos réus, estes arcarão com 70% das custas e despesas processuais e honorários fixados em 10% do valor da condenação atualizado, observando-se a gratuidade em relação ao réu Antonio, a quem defiro a gratuidade. O autor pagará o restante das custas e despesas processuais e honorários fixados em 10% da diferença entre o total pretendido e o deferido, ambos atualizados. P.I.C e oportunamente, arquivem-se."*.

Inconformada, apelou a corré **TRANSPORTES TRANSLOVATO LTDA**. aduzindo, preliminarmente, a nulidade da sentença em razão da ausência de contraditório e ampla defesa, pois são inválidos os documentos juntados

Acesso ao Sumário

em razão da preclusão. No mérito, assevera a inexistência de nexo de causalidade para embasar sua condenação, destacando a divergência entre as datas do acidente e da documentação juntada, sendo esta posterior àquela. Ademais, não houve comprovação dos lucros cessantes reclamados, não sendo possível condenação amparada apenas em *"probabilidade de lucros ou conjecturas sobre o futuro",* sendo de rigor a improcedência dos pedidos (fls. 154/162).

Em suas contrarrazões, a parte autora pugnou pelo improvimento do recurso aduzindo, em síntese, que a sentença está devidamente fundamentada. O acidente foi provocado pelo funcionário da apelante, restando cabalmente provados, por documentos, os fatos constitutivos do seu direito (fls. 202/206).

O corréu ANTONIO não apresentou contrarrazões.

O recurso é tempestivo e foi devidamente preparado após concessão de prazo para sua complementação.

É o relatório.

O recurso de apelação não comporta provimento.

A alegação de nulidade por ausência de contraditório quanto aos documentos juntados as fls. 90/91 não comporta acolhida.

Com efeito, não se vislumbra qualquer prejuízo, uma vez que, embora não intimada especificamente com essa finalidade, a apelante **teve ciência inequívoca da juntada dos documentos.**

Isso porque, na sequência, foi intimada para especificação de provas (fls. 116/118) e se manifestou nos autos sem qualquer ressalva sobre os referidos documentos ou alegação de nulidade por ausência de intimação (fls. 135). Pelo contrário, asseverou que o processo comportava julgamento antecipado ante a prova documental existente.

Nesse contexto, inegável que sua manifestação nos autos posteriormente à juntada evidencia a ciência inequívoca dos documentos.

Finalmente, não se pode olvidar que *"a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão"* (art. 278 do CPC), o que deixou de fazer a apelante, conforme acima destacado.

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de rescisão contratual – Insurgência contra decisão que chamou os autos à conclusão para prolação da sentença – Existência de documentos juntados com a réplica – Réus que alegam a falta de intimação acerca dos documentos – Manifestação posterior à réplica, que configura ciência inequívoca dos réus quanto à juntada de documentos pela parte contrária – Ausência de qualquer ressalva – Inexistência de nulidade – Indeferimento de provas, por desnecessidade – Pretensão dos réus à produção de prova testemunhal

Acesso ao Sumário

– Prova que é impertinente para os fins almejados – Cerceamento de defesa não configurado – Decisão mantida – Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2190391-43.2021.8.26.0000; Relator (a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Embu das Artes - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 24/02/2022; Data de Registro: 24/02/2022)

De todo modo, eventual manifestação da ré não teria o condão de modificar o desfecho da demanda à luz dos demais elementos existentes nos autos.

Sopesando os elementos constantes dos autos, restou seguramente comprovado que o acidente de trânsito decorreu exclusivamente da culpa do corréu ANTONIO na condução do caminhão de propriedade da corré TRANSLOVATO (empregadora daquele). Isso porque estava estacionado e não tomou os devidos cuidados ao ingressar na via, atingindo o veículo conduzido pela parte autora. Aliás, o funcionário da ré declarou à polícia que o retrovisor possuía ponto cego e dificultou sua visão do trânsito no momento do evento (fl. 15). Não bastasse isso, inexiste discussão sobre a culpa pelo acidente no recurso interposto.

Não é demais lembrar que a empregadora responde objetivamente pela reparação civil por atos praticados culposamente pelo seu empregado ANTONIO, conforme dispõem os arts. 932, III, e 933, do CC, bem como a Súmula 341 do Colendo Supremo Tribunal Federal (STF).

Por conseguinte, era de rigor a sua condenação solidária ao pagamento de indenização pelos danos materiais provocados pelo empregado, com fundamento nos arts. 186, 927 e 932, III, do Código Civil (CC).

Segue-se que a parte apelada requereu a condenação dos corréus ao ressarcimento dos gastos com a locação de outro automóvel para uso pessoal (enquanto aquele envolvido no acidente, que era o que utilizava para o trabalho, aguardava o conserto), bem como aquilo que deixou de ganhar no período (por ter ficado privado do carro que utilizava no desempenho de sua atividade).

Respeitados os argumentos da parte apelante, é certo que a parte autora utilizava o veículo danificado no acidente de trânsito para desenvolver a atividade de taxista (fl. 90/91), o qual ficou em oficina mecânica para conserto entre 07 e 27/05/2019 (fl. 22), período em que obviamente não pode utilizá-lo para o trabalho.

Nesse aspecto, irrelevante discussão sobre a data da documentação do termo de posse para transporte de passageiros (fls. 90/91), pois, ainda que se admitisse a hipótese de não estar devidamente regularizado perante os órgãos competentes na data do evento, isso não teria o condão de afastar o dever de indenizar. Assim, resultaram comprovados os danos emergentes, consubstanciados nas despesas do autor para locação de outro veículo (entre 26/04/2019 a 27/05/2019 - fl. 23), sem embargo da redução do período determinada na respeitável sentença (sem recurso da parte autora nesse aspecto).

Acesso ao Sumário

Outrossim, no que diz respeito aos lucros cessantes, a parte autora demonstrou, por documentos, o que razoavelmente deixou de ganhar (notas fiscais de fls. 25/27), não se tratando de mera presunção como infundadamente alegado pela apelante.

Ademais, cabe observar que foram excluídos na sentença os valores reputados sem respaldo jurídico (redução proporcional para 20 dias), mostrando-se adequada a indenização nesses aspectos, mormente porque a douta Magistrada sopesou muito bem os elementos dos autos na sua fixação, nos termos do art. art. 944, *caput*, do Código Civil (CC).

Portanto, dadas todas essas particularidades, correta a sentença de procedência parcial da demanda, cujos fundamentos ora se utilizam como razões de decidir, a saber:

> No que diz respeito aos danos, os documentos de fls. 90/91 demonstram que o autor utilizava o veículo envolvido no acidente para desenvolver a atividade de taxista, tanto que o carro é expressamente mencionado na autorização dada pela Prefeitura. Às fls. 22 se comprovou que o veículo foi levado na oficina para reparo em 07/05/2019 e foi retirado em 27/05/2019, portanto, por vinte dias o requerente não pode utilizá-lo. Não se pode concluir que não pode utilizar por período maior, já que os danos foram de pequena monta e não há provas de que isso o impedia de desempenhar seu trabalho ou exigia a locação de outro automóvel. E diante da privação do uso por esse período, o autor alugou um carro, consoante documento de fls. 23, devendo ser ressarcido por isso, mas não no montante pretendido e sim pelo tempo em que o seu automóvel ficou na oficina, ou seja, por vinte dias, que corresponde a R$1.246,00 (R$ 1869,00 : 30 X 20). No que diz respeito aos lucros cessantes, como já mencionado, demonstrado o trabalho realizado pelo autor e que ele ficou impossibilitado de prestar seus serviços pelo período de vinte dias, também merece a reparação correspondente. Somando-se as notas fiscais de fls. 25/27, tem-se que elas totalizam R$ 20.513,34. Ao se dividir esse montante por 90, que é a quantidade total de dias em três meses, tem-se como média o correspondente a R$ 227,93, que multiplicado por vinte equivale a R$ 4.558,60, essa a quantia que os réus deverão indenizar a tal título. Os valores serão atualizados desde a propositura da ação pela tabela prática do TJSP e acrescidos de juros de 1% ao mês a partir do evento danoso e, assim, a parcial procedência é de rigor (fls. 138/139).

Nesse contexto, forçoso concluir que a apelada (autora) provou os fatos constitutivos do seu direito essencialmente necessários, nos termos do art. 373, I, do CPC, fazendo jus à reparação dos danos causados pelo preposto da apelante.

De outro lado, parte requerida não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do art. 373, II, do CPC.

Acesso ao Sumário

Em suma: como o reclamo recursal se mostrou insubsistente para comprometer o convencimento externado na respeitável decisão monocrática, é de rigor a sua manutenção por seus próprios e por estes fundamentos.

Por fim, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, devem ser majorados os honorários advocatícios dos patronos da parte apelada. O acréscimo dos honorários será suportado apenas pela parte apelante.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento ao recurso** interposto pela parte ré TRANSPORTES TRANSLOVATO LTDA., para manter hígida a r. sentença proferida. Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, acresço 5% (cinco por cento) aos honorários advocatícios dos patronos da parte apelada fixados na sentença, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001053-40.2021.8.26.0106, da Comarca de Caieiras, em que é apelante JOYCE DA SILVA FERREIRA ASSIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.411)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), PENNA MACHADO E CÉSAR ZALAF.

São Paulo, 14 de julho de 2022.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Ementa: Apelação. Ação revisional. Contrato de financiamento para aquisição de veículo. Improcedência. Inconformismo da autora. Inexistência de abusividade e ilegalidade em relação a taxas de juros pactuadas, capitalização de juros, utilização da Tabela Price e Tarifa de Cadastro. Existência de ilegalidade em relação à cobrança do Seguro. Precedentes. Ação ora julgada procedente em parte. Recurso par-

Acesso ao Sumário

cialmente provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de págs. 142/145, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a ação proposta por *Joyce da Silva Ferreira Assis* contra *Aymoré Crédito*, *Financiamento e Investimento S/A*, na qual a autora pretende a revisão do contrato de financiamento e a restituição do indébito ante a existência de juros abusivos e tarifas ilegais.

A autora apela com vistas à inversão do julgado, arguindo, em preliminar, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, vez que pretendia produzir prova pericial.

No mérito, aduz existir ilegalidades e abusividades no contrato relativas a cobrança de taxa de juros superior à taxa média praticada no mercado, utilização da Tabela Price como sistema de amortização, capitalização mensal dos juros, bem como no que diz respeito à cobrança das tarifas de cadastro e de seguro.

Por fim, sustenta sobre a descaracterização da mora no caso de reconhecimento da abusividade dos encargos e sobre a impossibilidade de cobrança da comissão de permanência.

Tudo não sem antes requer o recebimento do recurso em ambos os efeitos (págs. 148/159).

O recurso foi processado e respondido (págs. 163/189).

É o relatório.

Nada obsta o conhecimento do recurso.

Anote-se que não existem motivos para a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, não havendo qualquer indicação de risco grave ou de difícil reparação, anotado também o pronto julgamento da apelação.

Não há **que se falar em nulidade da sentença, vez que não ocorreu cerceamento de defesa, e a perícia contábil não é indispensável para a análise do** caso concreto.

Logo, **fica afastada a preliminar de cerceamento de defesa.**

Quanto ao mais, as partes, em 08/03/2017, celebraram contrato de financiamento para aquisição de veículo (págs. 17/18), no valor de R$ 14.305,25, com incidência de juros à taxa de 2,13% a.m. e de 28,78% a.a., com custo efetivo total à taxa de 2,88% a.m. e 41,31% a.a., com a cobrança de tarifa de cadastro no valor de R$ 675,00 e Tarifa de Seguro de R$ 709,79.

Aplica-se ao caso concreto o Código de Defesa do Consumidor, consoante a Súmula nº 297 do STJ. Portanto, é possível a revisão contratual, nos termos dos artigos 4º, III, 6º, IV, e 51, do CDC.

Acesso ao Sumário

Do que se verifica dos autos, a pretensão recursal da autora inova quanto à descaracterização da mora e à cobrança de comissão de permanência, motivo pelo qual resta prejudicado o recurso com relação a esses temas.

No que diz respeito aos juros remuneratórios, a atual orientação jurisprudencial é no sentido de que as taxas dos juros remuneratórios cobradas pelas instituições financeiras não encontram limitação no ordenamento jurídico, conforme o julgamento do REsp nº 1.061.530/RS (2008/0119992-4), decidido com repercussão geral da matéria pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito da matéria, importante ainda mencionar o teor das seguintes Súmulas do STJ e do STF:

> ***Súmula nº 382 do STJ:*** *a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano, por si só, não indica abusividade.*
>
> ***Súmula nº 596 do STF:*** *As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.*
>
> ***Súmula nº 648 do STF:*** *A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar.*
>
> ***Súmula Vinculante nº 7 do STF:*** *A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.*

No caso trazido a exame, conforme se lê da cédula de crédito bancário à pág. 18, há previsão da incidência tanto de taxas de juros de 2,13% a.m. e de 28,78% a.a., quanto da taxa de 2,88% ao mês e 41,3% a.a., que se refere ao Custo Efetivo Total, e o que nada tem de ilegal ou abusivo.

E, à págs. 29 e 110, verifica-se que a taxa de juros média de mercado para aquisição de veículos ao tempo da contratação era de 1,86% a.m. e 24,39% a.a., o que demonstra que as taxas de juros cobradas pela instituição financeira requerida não são excessivamente discrepantes da taxa média de mercado divulgada para o período.

Assim, não há que se falar em abusividade da taxa de juros pactuada, pois os juros somente poderiam ser considerados abusivos se restasse comprovado pela parte autora que realmente destoavam da taxa média de mercado praticada quando da contratação, sem que as peculiaridades desta os justificassem.

Do mesmo modo, não se pode falar que houve ilegal capitalização de juros ou anatocismo na cédula de crédito bancário.

Acesso ao Sumário

Ora, em se tratando de cédula de crédito bancário, admite-se a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano, como prevê expressamente o inciso I do § 1º do art. 28 da Lei 10.931/2004[1].

Ademais, a Súmula nº 541 do STJ prevê que: *"A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada"*.

E é no seguinte sentido o teor da Súmula nº 539 do STJ: *"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"*.

No caso concreto, além da capitalização diária estar expressa no contrato (pág. 17 - Item "M"), constam pactuados juros anuais superiores a doze vezes a taxa mensal (pág. 18), o que basta para considerar contratada a capitalização, não existindo violação ao princípio da informação; anotado que o Custo Efetivo Total resulta do reflexo da capitalização dos juros e dos demais encargos.

O modo de amortização de juros pela Tabela Price não revela anatocismo, vez que sua utilização é praxe nas operações bancárias, não havendo motivo para substitui-la pelo sistema SAC ou Método Gauss.

Com relação à Tarifa de Cadastro, inexiste óbice para sua cobrança, pois o contrato objeto dos autos foi firmado posteriormente à vigência da Resolução CMN nº 3.518/2007 e, dessa forma, nos termos da Súmula nº 566, do STJ: *"Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008, pode ser cobrada a tarifa de cadastro no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira"*.

Assim, ausente a comprovação de existência de relação anterior entre as partes, a cobrança da tarifa não é ilegal. Além disso, o valor não se mostra excessivo (4,72% do valor do contrato), anotando-se que a parte autora sequer indicou o valor médio da tarifa cobrada por outras instituições financeiras à época da assinatura do contrato.

Acesso ao Sumário

No que tange à cobrança do Seguro, é certo que a simples inserção de seguro no contrato não caracteriza abusividade, salvo se o consumidor for compelido a contratar com a instituição financeira ou seguradora por ela indicada, de forma a caracterizar venda casada com a aquisição do veículo. Nesse sentido, é a tese do Tema nº 972 do C. STJ:

> *1 - Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré- gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução,*

1 Nos demais contratos bancários, tornou-se admissível desde a Medida Provisória 1.963-17/2000.

ressalvado o controle da onerosidade excessiva.

2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.

3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora.

No caso concreto, embora o documento de pág. 16 demonstre proposta de adesão de seguro com Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A assinada em apartado pela autora, o serviço foi contratado com pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da requerida e há indícios de indicação dela no próprio contrato (pág. 18).

Sendo assim, inexistindo nos autos documento comprobatório de que foi conferido à autora liberdade de contratar com outras seguradoras de sua preferência, configuram-se a venda casada e a abusividade da cobrança, devendo o valor ser restituído de forma simples.

A propósito nesse sentido já decidiu esta C. 14ª Câmara de Direito Privado em caso análogo da mesma instituição financeira:

APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - RECURSO - SEGURO PRESTAMISTA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO - INCOMPROVADA LIVRE ADESÃO - VENDA CASADA - CAPITAL SEGURADO INSUFICIENTE - ABUSIVIDADE - RECURSO DESPROVIDO, MAJORADOS OS HONORÁRIOS. (TJSP; Apelação Cível nº 1002688-68.2021.8.26.0296; Relator: Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaguariúna - 2ª Vara; Data do Julgamento: 27/05/2022; Data de Registro: 27/05/2022).

APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO C.C. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - Improcedência - Insurgência da parte autora. JUROS CAPITALIZADOS - Percentual pactuado de forma expressa - Capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual - Possibilidade - Abusividade não verificada - Aplicação das Súmulas 539 e 541 do STJ - Precedentes da Câmara. JUROS REMUNERATÓRIOS - Taxa que ultrapassa a média de mercado - Possibilidade - Cálculo efetuado com base no custo efetivo total do contrato - A circunstância de a taxa de juros remuneratórios exceder a taxa média do mercado não induz, por si só, à conclusão de cobrança abusiva - Precedentes do STJ nesse sentido - Aplicação do art. 5º, da MP 2.170-36/2001 - Constitucionalidade reconhecida pelo Órgão Especial do TJSP - Efeitos da medida provisória que devem se estender no tempo até sua revogação ou até que seja declarada inconstitucional pelo plenário do

Acesso ao Sumário

STF - Legalidade da capitalização e da forma de incidência de juros remuneratórios - Juros remuneratórios pactuados, adicionados aos encargos, tributos, taxas de despesas do financiamento, totalizou um Custo Efetivo Total (CET) - Tese de aplicação de juros diversos do contratado que não merece guarida. TARIFAS BANCÁRIAS - Tarifa de registro de contrato - Entendimento consolidado pelo STJ no julgamento do Resp. 1.578.553/SP - Ausência de comprovação do registro do contrato junto ao respectivo órgão de trânsito - Ré que não se desincumbiu de seu ônus probatório - Cobrança abusiva. TARIFAS BANCÁRIAS - Tarifa de cadastro -Julgamento de recurso repetitivo - REsp n. 1.251.331-RS - Considerada válida referida tarifa expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária - Contrato firmado posteriormente à vigência da Resolução CMN 2.303/96 (30.04.2008) - Cobrança válida SEGURO - Entendimento consolidado pelo STJ no julgamento do Resp. 1.639.320-SP - Ausência de comprovação de que a parte autora foi dada oportunidade de escolher seguradora de sua preferência - Abusividade reconhecida - Valor do prêmio excluído - Sentença de improcedência reformada para parcial procedência - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível nº 1001021-15.2021.8.26.0048; Relator: Lavínio Donizetti Paschoalão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Atibaia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/05/2022; Data de Registro: 23/05/2022).

Nessas condições, o recurso da autora merece ser acolhido em parte a fim de julgar parcialmente procedente a ação para reconhecer a abusividade na cobrança da Tarifa de Seguro (R$ 675,00) e condenar o réu a restituir, de forma simples, o valor pago a esse título, acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP desde a data do desembolso e de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Diante do ora decidido e reconhecida a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, bem como com o pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária, que fixo em R$ 1.000,00, tendo em vista o controle preventivo da dignidade do trabalho do advogado e considerando os critérios dos incisos de I a IV do §2º e a regra do §8º, ambos do art. 85 do CPC, vedada a compensação e observada a gratuidade da justiça concedida à pág. 30.

Ante o exposto, o voto é pelo PARCIAL PROVIMENTO do recurso, conforme aqui especificado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005937-26.2017.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante COMÉRCIO DE FERROS SÃO JOÃO LTDA CERÂMICA CAVALLERI, são apelados TAVMAC MÁQUINAS INDUSTRIAIS - EIRELI, PEDRO DOMINGOS TAVARES e STRATEGI CAPITAL LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.755)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO RODRIGUES (Presidente) E RÉGIS RODRIGUES BONVICINO.

São Paulo, 15 de julho de 2022.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL LEILÃO DE IMÓVEL COMISSÃO DO LEILOEIRO. Suspensão da execução por determinação do Eg. STJ. Desistência do arrematante antes da expedição de carta de arrematação. Posterior acordo firmado pelo exequente e executado para quitação do débito. Homologação do ajuste e extinção da execução. Autorização para que o arrematante proceda ao levantamento do valor integral ao preço pago pelo imóvel. Indeferimento do pleito de restituição da comissão do leiloeiro. Inconformismo. Acolhimento. Desfeita a arrematação, sobretudo em razão da superveniente autocomposição das partes. Alienação não efetivada. Comissão indevida. Dever de devolução do valor referente à comissão do leiloeiro reconhecido. Sentença reformada.

RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

COMÉRCIO DE FERROS SÃO JOÃO LTDA. interpõe recurso de apelação contra a r. sentença (fls. 1008/1010), proferida na execução de título extrajudicial proposta por BANCO MERCANTIL S.A. contra TAVMAC MÁQUINAS INDUSTRIAIS LTDA. e OUTRO.

Acesso ao Sumário

Pleiteia a devolução do valor pago ao leiloeiro a título de comissão, pois não concluída a arrematação. Alega ter formulado pedido de desistência antes da expedição da carta e em razão da suspensão da execução por decisão do Eg. STJ. Argumenta, ainda, que o posterior acordo firmado entre as partes para a quitação do débito implica no desfazimento da alienação judicial, por circunstância alheia à sua vontade (fls. 1056/1063).

Contrarrazões (fls. 1088/1092 e).

É o relatório.

Trata-se de execução de cédulas de crédito bancário proposta pelo BANCO MERCANTIL S.A. contra TAVMAC MÁQUINAS INDUSTRIAIS LTDA. e PEDRO DOMINGOS TAVARES.

Para pagamento da dívida, foi remetido a leilão o imóvel objeto da matrícula nº 51.813 do CRI de São João da Boa Vista. O bem foi arrematado pelo apelante em 05/04/2021, pelo valor de R$1.802.305,73 (um milhão, oitocentos e dois mil, trezentos e cinco reais e setenta e três centavos), foi também realizado o depósito do montante de R$88.763,56 (oitenta e oito mil, setecentos e sessenta e três reais e cinquenta e seis centavos) referente à comissão do leiloeiro (fls. 791/800).

Ocorre que, no julgamento do Pedido de Tutela Provisória no REsp nº 1.934.367/SP interposto pelo executado, o Eg. STJ determinou a suspensão da execução, em especial da expedição da carta de arrematação e demais atos posteriores (fls. 934/937).

Em seguida, as partes firmaram acordo para a quitação do débito (fls. 959/968), o ajuste foi regularmente cumprido (fls. 1004/1007) e, por isso, a execução foi extinta, com o cancelamento da arrematação e da penhora sobre o imóvel (fls. 1008/1010).

Houve a determinação para expedição de mandado de levantamento em favor do recorrente da quantia referente ao valor pago pela alienação do bem, sedo indeferido o pedido de devolução da comissão do leiloeiro.

Preservado o entendimento do magistrado sentenciante, o apelo comporta provimento.

Isto porque, a cobrança de comissão por leiloeiro judicial depende da efetiva prestação do serviço, sendo indevida nos casos de remição da dívida, desistência da arrematação pelo arrematante, acordo entre as partes ou na hipótese em que o bem não for alienado.

No caso, embora o leilão tenha sido realizado, a alienação não se consolidou por ato estranho à vontade do arrematante, surpreendido por fato novo após a realização do certame (determinação judicial de suspensão de todos os atos ulteriores à arrematação).

Além disso, a homologação do acordo com a extinção do feito e levantamento da penhora necessariamente levaria ao cancelamento da arrematação.

Nesse contexto, tem-se o entendimento da Corte Superior de que *"se não houve arrematação, mesmo que por força de composição entre os litigantes, o leiloeiro não tem comissão a receber"* (Cf. REsp 646.509/RJ, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 15/10/2007)

Sobre o tema, precedente da Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL LEILÃO DE IMÓVEL COMISSÃO DE LEILOEIRO Ausência de prévia intimação dos executados acerca da data da hasta pública Nulidade absoluta Violação ao art. 889, I, do CPC Ato que sequer gera efeitos Leiloeiro que não tem comissão a receber, sobretudo em virtude do superveniente acordo celebrado entre as partes Entendimento do STJ O pedido de homologação da autocomposição entre as partes deve ser primeiramente apreciado em primeiro grau de jurisdição, para que não haja supressão de instância AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2069135-36.2021.8.26.0000; Relator (a): Fábio Podestá; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 01/06/2021; Data de Registro: 01/06/2021)

Portanto, é devida a devolução da comissão do leiloeiro paga pelo recorrente.

Concluindo, com base na fundamentação acima, a r. sentença é reformada.

Por fim, verifica-se que o apelante não efetuou o recolhimento do preparo do recursal, mesmo não sendo beneficiário da justiça gratuita.

Desse modo, o recorrente deverá ser intimado a realizar o pagamento das referidas custas, em dobro (cf. determina o art. 1.007, §4º, do CPC), no prazo de cinco dias a contar do trânsito em julgado deste acórdão, pena de inscrição na dívida ativa.

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, dá-se provimento ao recurso, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001316-

Acesso ao Sumário

53.2021.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que é apelante BRADESCO PROMOTORA S/A, é apelado ILDENOR PICARDI SEMEGHINI JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.404)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), MARCOS GOZZO E HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 20 de julho de 2022.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com repetição de indébito e pedido de indenização por dano moral. Autor que não reconhece a contratação de empréstimo consignado. Descontos efetuados no benefício previdenciário. Sentença de procedência. Declarada a inexistência o débito, determinada a restituição do valor descontado indevidamente em dobro e fixada condenação por dano moral em R$5.000,00. Inconformismo do réu quanto à repetição de indébito, dano moral e "*quantum*" indenizatório fixado. Apelação. Laudo pericial que constatou a falsidade nas assinaturas a- postas no documento. Contrato declarado inexistente. Descontos indevidos. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Restituição das quantias indevidamente desconta- das após 30/03/2021, que deve se dar de forma dobrada. Entendimento fixado no julgamento do EAResp 676608/RS. Modulação dos efeitos daquela decisão. Dano moral. Verba de caráter alimentar. Danos morais verificados. *'Quantum'* arbitrado em R$5.000,00 que é o suficiente para cumprir as funções indenizatória e punitiva. Sentença mantida. Honorários recursais. Recurso desprovido.

VOTO

Ildenor Picardi Semeghini Junior moveu ação declaratória de inexistência de débito cumulada com repetição de indébito e pedido de indenização por dano moral contra Bradesco Promotora S.A., aduzindo não reconhecer o contrato de empréstimo, que resultou em descontos indevidos em seu benefício previden-

Acesso ao Sumário

ciário. A r. sentença julgou procedente o pedido para declarar a inexistência da relação jurídica, determinar a devolução em dobro do valor descontado indevidamente e condenar o réu ao pagamento de dano moral na importância de R$5.000,00 [fls. 146/152]. Inconformado, o réu apelou buscando a repetição simples do valor descontado, o afastamento da condenação por dano moral e, alternativamente, a redução do "*quantum*" indenizatório [fls. 171/186]. Recurso processado com apresentação de contrarrazões [fls. 192/201].

É o relatório.

De início verifica-se que transitou em julgado a ação em relação à declaração de inexistência do débito, uma vez que o réu não se insurgiu quanto a questão a fim de devolver a matéria à análise deste e. Tribunal de Justiça.

Cinge-se o recurso, portanto, à análise da existência, ou não, do dano moral indenizável, do "*quantum*" indenizatório e da forma como deve ser realizada a repetição de indébito simples ou em dobro.

Pois bem, o recurso é desprovido.

Explica-se.

Em que pese o inconformismo do réu, não há que se falar na inexistência da responsabilidade das instituições financeiras diante da ocorrência de fraude na contratação.

A responsabilidade do réu é objetiva, nos termos do artigo 14, da legislação consumerista, sendo que não restou demonstrada qualquer excludente.

Sobre o tema, o c. STJ já firmou entendimento de que *"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"* [Súmula 479].

A esse respeito, leciona Jorge Alberto Quadros de Carvalho e Silva que "O serviço é tido como defeituoso, por defeitos da prestação de serviço ou por vícios de informação (informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos) , quando não fornece a segurança que o consumidor dele esperava, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento (sua apresentação), o resultado e os riscos que razoavelmente dele esperam (segurança expectada), e a época em que foi fornecido (técnicas existentes no momento)" [cf. Código de Defesa do Consumidor Anota- do Editora Saraiva 2001 São Paulo, pag. 50].

Rizzato Nunes nos traz ainda que, "o defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto, que causa um dano maior que simplesmente o mal funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor já pago, já que o produto ou serviço não cumprem o fim ao qual se destinam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material ou moral do consumidor" [cf. Comentários ao Código de Defesa

Acesso ao Sumário

do Consumidor, 2ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005].

Não há, portanto, como afastar a responsabilidade da ré pelo serviço defeituoso que prestou.

No que tange à repetição de indébito, com efeito ela deve se dar na forma dobrada.

Isso porque, embora o e. Superior Tribunal de Justiça tenha flexibilizado a aplicação do artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor, conforme recente tese firmada sobre o tema, afastando a exigência do elemento volitivo (má-fé), a Corte Superior também decidiu pela modulação dos efeitos do novo entendimento:

"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."

"[...] Modulam-se os efeitos da presente decisão - somente com relação à primeira tese - para que o entendimento aqui fixado quanto à restituição em dobro do 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" [STJ. Corte Especial. EA- REsp 676608/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 21/10/2020].

Assim, e considerando tratar-se de relação decorrente de contrato bancário, em que as cobranças indevidas ocorreram após a publicação do referido Acórdão, em 30/03/2021, deve-se a repetição se dar na forma dobrada.

Quanto aos danos morais, verifica-se que o autor se viu privado de quantia considerável de se benefício previdenciário, que representa verba alimentar.

Trata-se, inclusive, de hipótese frequentemente verificada no dia a dia, de falha na prestação de serviço por parte de instituições financeiras.

Ademais, mostra-se desnecessário à parte produzir a prova do dano moral, bastando-lhe comprovar a ocorrência de operações indevidas de sua conta bancária. Afinal, tal acontecimento (serviço defeituoso prestado pelo banco) é suficiente para lhe causar abalo ao equilíbrio psicológico, a fundamentar, portanto, o dano moral.

Impossível sustentar a tese de que houve mero aborrecimento. Há um abismo entre os simples aborrecimentos do cotidiano e a permissão de realização de contratação fraudulenta em nome da autora, bem como a cobrança indevida em benefício previdenciário.

Acesso ao Sumário

Ademais, não houve prova do depósito do valor do empréstimo [R$13.872,19] em benefício do autor e não há qualquer documento que indique que o depósito na diminuta quantia de R$316,17, que o autor alega desconhecer, seja proveniente dessa contratação.

Assim, verificada a ocorrência de danos morais, passa-se a análise do *'quantum'* fixado pelo d. Juízo *"a quo"*.

E, em que pese o inconformismo do réu, o valor foi arbitrado de maneira satisfatória, considerando as peculiaridades do caso.

Não se olvida de que a justa reparação dos danos morais 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 assunto, 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). Arbitra- mento 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, base- ada 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" (Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 7, "Responsabilidade Civil", 5ª edição, p. 78/79).

No mesmo caminho, Antônio Jeová dos Santos leciona que:

"A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, serve também como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça como que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas. Conjuga-se, assim, a teoria da sanção exemplar à do caráter ressarcitório, para que se

Acesso ao Sumário

tenha o esboço do quantum na mensuração do dano moral" (Dano Moral Indenizável, Editora Lejus, São Paulo, 1997, pag. 58).

Em outros termos, deve-se levar em conta o bem jurídico lesado, a magnitude do dano, as condições das vítimas, o perfil do ofensor, o seu grau de culpa, o viés coercitivo-compensatório-dissuasor da reparação e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ou seja, 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 finalidade.

A respeito, merece destaque o pensamento externado pelo Exmo. Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira:

"Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos au- tores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsps. números 214.381-MG; 145.358-MG e 135.202- SP).

Desse modo, calcando-se em tais balizas, vê-se que a importância de R$5.000,00, já fixada, é suficiente para trazer alguma sensação de compensação à vítima e sirva de incentivo para que a parte reque- rida adote providências mais eficazes para evitar situações similares.

Assim, mantém-se integralmente a r. sentença proferida.

Pelo trabalho adicional dos patronos do autor, majoram-se os honorários sucumbenciais para 15% do valor da condenação [valor declarado inexigível + dano moral], nos termos do art. 85, §§2º e 11, do CPC.

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, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002719-94.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDUARDO MARTINS VENEROSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.353)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 8 de julho de 2022.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Apelação. Contratos bancários. Ação revisional de contrato de financiamento de veículo automotor, c.c. repetição de indébito. Capitalização mensal dos juros. Admissão. Medidas Provisória de números 1.963-17 e 2.110-21. Comissão de permanência. Em que pese a Súmula nº 472 do C. STJ limitar a comissão de permanência à soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, sem a cumulação com quaisquer outros, deve ser observada a taxa média de mercado apurada e divulgada pelo BACEN, nos termos da Súmula nº 294. Contratos firmados durante a sua vigência. Julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia e Súmula 539 do STJ. IOF. Modalidade de tributo que decorre da lei e incide sobre as operações financeiras independentemente da vontade dos contratantes. Cobrança lícita. Impugnação da tarifa de registro de contrato. Ausência de comprovação do registro do contrato. Incidência da tese firmada no julgamento do REsp 1578553/SP (Tema 958). Devolução na forma simples. Ausente a demonstração da má-fé. Seguro de proteção financeira. REsp nº 1639320/SP (Tema 972). Ausência de demonstração de que fora ofertado à **consumidora a possibilidade de escolha de outra seguradora senão aquela indicada pela instituição financeira. Abusividade reconhecida.**

Reconhecimento da sucumbência recíproca bem como dos honorários advocatícios, com a majoração da verba nos termos do art. 85, § 11º, do CPC.

Recurso a que se dá provimento, em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida às fls. 150/154, que julgou improcedente o pedido inicial da ação proposta, com a condenação do autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada gratuidade concedida.

Sustenta o apelante que a taxa de juros aplicada ao contrato é abusiva, visto que superior à contratada, bem como de que se trata de contrato de adesão, sendo obrigatória sua aceitação.

Requer o ressascimento em dobro das quantias pagas a maior a título de juros ou o seu abatimento do seu saldo devedor.

Insurge-se também contra a cobrança de seguro na quantia de R$1.300,74, bem como da tarifa de registro do contrato no valor de R$120,03, as quais também requer a devolução em dobro.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido, subiram os autos.

É a suma do necessário.

Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade, conheço do presente recurso e o recebo em seus regulares efeitos. Passo ao exame do mérito recursal.

O recurso comporta provimento, em parte.

É possível a revisão de contratos que contenham em seu bojo cláusulas supostamente ilegais ou abusivas (art. 51 do CDC). No caso vertente, em 23-1-2010 as partes firmaram "Cédula de Crédito Bancário" para financiamento de veículo automotor, no valor total de R$17.103,72, que seriam pagos em 48 parcelas de R$581,54.

Impõe-se dizer que as relações entre Banco e cliente são de consumo; o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3º, § 2º, inclui expressamente, malgrado resistências, as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias no conceito de prestadoras de serviço.

Assim, possível a revisão do contrato quando importar onerosidade excessiva ao consumidor ou contiver cláusulas que permitam a fixação unilateral de encargos (artigo 51 e 54, § 4º).

Inicialmente, cabível a análise da suposta abusividade dos juros praticados no caso.

No caso examinado, o recorrente subscreveu Cédulas de Crédito Bancário, em que se admite a capitalização mensal de juros, se expressamente contratada, nos termos do artigo 28, § 1º, da Lei 10.931/04, que regula o mencionado título de crédito.

Acesso ao Sumário

Ademais, restou pacificado pela Segunda Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que "nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001), admite-se a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada" (STJ, REsp 1070375, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias Juiz Federal Convocado –, 4ª Turma DJ 07.10.2008).

Na hipótese em apreço, o contrato foi firmado posteriormente à Medida Provisória 1963-17/2000, sujeitando-se daí ao seu regime, que passou a admitir a contratação da capitalização dos juros nas cédulas de crédito bancário tal qual aqui se vê, em reconhecimento de sua fluência por corolário lógico. É pacífico o entendimento que se formou a respeito.

Assim, com o julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia número 973.827-RS, de relatoria da ministra NANCY ANDRIGHI, por acórdão transitado em julgado em 27/11/2012, estabeleceu-se o seguinte paradigma:

"... Para os efeitos do artigo 543, C, do CPC, foram fixadas as seguintes teses: 1) É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada; 2) A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada. (STJ. 2ª Seção. Recurso Especial Representativo de Controvérsia – REsp 973.827/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 08/08/2012).

Sendo este, também, o entendimento cristalizado na Súmula 539 do C.S.T.J:

"É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada".

Acrescenta-se, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade formal da MP 2.170-36/2001:

"CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada

Acesso ao Sumário

no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. 4. Recurso extraordinário provido." (RE 592377/RS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o acórdão Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 4/2/2015 – repercussão geral).

Anote-se que a ADI 2316, que questiona a inconstitucionalidade material da MP 2.170-36/2001, até então não foi julgada, o que permite a aplicação da referida norma.

Destaca-se que sequer o pedido cautelar foi julgado pelo STF, não havendo falar em suspensão do art. 5º, parágrafo único daquela MP, a qual permanece em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº32, de 11/09/2001.

Oportuno mencionar que o E. Órgão Especial deste Tribunal já pronunciou sobre o tema, nos seguintes termos:

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17/2000, REEDITADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170/2001, CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO, CELEBRADO A PARTIR DE 31 DE MARÇO DE 2000. POSSIBILIDADE.CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO, NÃO SE APLICA O ARTIGO 591 DO CÓDIGO CIVIL, PREVALECE A REGRA ESPECIAL DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170/2001. PRECEDENTES DO STJ. ARGUIÇAO DESACOLHIDA, COMPATIBILIDADE DA LEI COM O ORDENAMENTO FUNDANTE. (Arguição de constitucionalidade, Rel. José Renato Nalini, Órgão Especial TJSP, j. 04/08/2011)".

Portanto, descabe o reconhecimento de inconstitucionalidade da Medida Provisória 1.963-17/2000, ora vigente como Medida Provisória 2.170-01/2001.

Ressalte-se, também, que as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33). Nesse sentido, a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal prescreve que:

"As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

Assim, no caso examinado, a capitalização mensal de juros é admissível, pois houve expressa contratação da taxa de juros anual superior ao duodécuplo

Acesso ao Sumário

da mensal, como se observa à fl. 22.

A tarifa impugnada no presente recurso foi objeto de julgamento pelo C. STJ, em sede de Recurso Repetitivo, REsp 1578553/SP (Temas 958), por meio dos qual foram fixadas ase seguintes teses:

> "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 958/STJ. DIREITO BANCÁRIO. COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM. PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO BANCÁRIA. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO. DISTINÇÃO ENTRE O CORRESPONDENTE E O TERCEIRO. DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. 3. CASO CONCRETO. 3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros ("serviços prestados pela revenda"). 3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO." (STJ REsp 1578553/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 2.ª seção, j. em 28/11/18, DJe 06/12/18).

No tocante à tarifa de registro do contrato, se depara com a onerosidade, pois o valor cobrado (R$120,03) não foi devidamente comprovado, de forma que é indevida a cláusula que instituiu tal cobrança.

No que se refere aos "serviços de terceiros", não se vislumbra dos autos, da mesma forma a demonstração da realização de tais serviços, com o que se determina sua devolução, na quantia de indevidamente cobrada, de forma simples.

Acesso ao Sumário

Em relação ao seguro de proteção financeira (R$848,61, fl. 74, item B6), aplica-se a tese firmada no julgamento recurso repetitivo REsp nº 1639320/SP (Tema 972):

> "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 972/STJ. DIREITO BANCÁRIO. DESPESA DE PRÉ-GRAVAME. VALIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 25/02/2011. SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. VENDA CASADA. RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA SEGURADORA. ANALOGIA COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 473/STJ. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO OCORRÊNCIA. ENCARGOS ACESSÓRIOS.
>
> 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.
>
> 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1 – Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res. CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. 2.2 – Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 – A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora.
>
> 3. CASO CONCRETO. 3.1. Aplicação da tese 2.3 ao caso concreto, mantendo-se a procedência da ação de reintegração de posse do bem arrendado.
>
> 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO".
>
> (STJ REsp 1639320/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 2.ª seção, julgado em 12/12/18, DJe 17/12/18).

Embora não se olvide que o seguro de proteção financeira tenha por finalidade garantir o pagamento do saldo devedor na ocorrência de um dos eventos cobertos pela garantia contratada, uma vez não demonstrado pela instituição financeira que, à autora, tenha sido ofertada a possibilidade de escolha de outra seguradora senão aquela por ela indicada, pertencente ao mesmo grupo, não há que discutir a abusividade da contratação.

Destarte, no que tange aos encargos pagos indevidamente – tarifa de registro do contrato e seguro de proteção financeira –, impõe-se sua repetição (artigo 884, do Código Civil), de forma simples, devidamente atualizados pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, a contar do desembolso, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Acesso ao Sumário

O pedido de devolução em dobro do indevidamente cobrado, também, não pode ser acolhido. Ainda que não se olvide o caráter consumerista da relação jurídica havida entre as partes, não se justifica, na espécie, a imposição do dever de repetição em dobro consubstanciada no parágrafo único do artigo 42, da Lei nº 8.078/90, porquanto não comprovada a má-fé exigida no dispositivo legal.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TARIFA DE MANUTENÇÃO DE TÍTULO VENCIDO. COBRANÇA. PESSOA JURÍDICA. PREVISÃO CONTRATUAL. NECESSIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. AFASTAMENTO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A legalidade da cobrança de tarifas bancárias deve ser examinada à luz da Lei nº 4.595/1964, que regula o sistema financeiro nacional e determina que compete ao Conselho Monetário Nacional limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros e ao Banco Central do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (arts. 4º, IX, e 9º). 3. Atualmente, a cobrança de tarifas bancárias é disciplinada pela Resolução CMN nº 3.919/2010, que manteve a mesma essência do regramento anterior (Resolução CMN nº 3.518/2007), na parte que impedia a cobrança de tarifas pela prestação de serviços bancários essenciais a pessoas naturais e limitava a exigibilidade de outras tarifas decorrentes da prestação de serviços prioritários, especiais e diferenciados às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora. 4. A limitação prevista tanto na Resolução CMN nº 3.518/2007 quanto na Resolução CMN nº 3.919/2010 somente se aplica às pessoas naturais. As tarifas relativas a serviços prestados a pessoas jurídicas não foram padronizadas, podendo ser livremente cobradas pelas instituições financeiras, desde que contratualmente previstas ou previamente autorizado ou solicitado o respectivo serviço pelo cliente ou usuário. 5. Hipótese em que a instituição financeira demandada não demonstrou a existência de prévia pactuação para fins de cobrança da Tarifa de Manutenção de Título Vencido, decorrendo daí a sua ilegalidade. 6. A aplicação do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, que determina a devolução em dobro do indébito, exige, além da cobrança de quantia indevida, a configuração de má-fé do credor, o que não se verifica no caso em apreço. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1626275/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)."

Derradeiramente, ante o provimento parcial da irresignação manifestada,

Acesso ao Sumário

de rigor o reconhecimento da sucumbência recíproca, bem como dos honorários advocatícios, com a imposição de honorários advocatícios recursais, fixados em 15%, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC, observada a gratuidade concedida ao autor.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Posto isto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000661-48.2022.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante JOSÉ FRANCISCO MUNHOZ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PAN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.306).**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), IRINEU FAVA e AFONSO BRÁZ

São Paulo, 12 de julho de 2022.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: *Exibição de documentos – O novo CPC não retirou o direito da parte de examinar documento que esteja em poder de outrem, nem extinguiu o direito autônomo à produção de prova – Pedido administrativo não atendido – Interesse de agir patente – Extinção afastada – Aplicação do artigo 1.013, § 3º, I, do CPC – Documento comum às partes – Dever de exibição inafastável – Procedência da ação – Apresentação da documentação em juízo – Ausência de pretensão resistida – Condenação do réu nos ônus de sucumbência – Não cabimento – Entendimento majoritário desta Colenda Câmara – Recurso provido, com observação.*

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 34/35, que indeferiu a petição inicial da ação de produção antecipada de provas que JOSÉ FRANCISCO MUNHOZ dirigiu contra o BANCO PAN S/A.

O autor insiste em dizer que tentou obter os documentos diretamente junto aos réus, porém, não obteve sucesso, estando evidente o interesse de agir. Busca a reforma do *decisum*.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

Prospera a irresignação recursal.

O novo CPC não retirou o direito de se examinar documento que esteja em poder de outrem, seja parte ou terceiro.

Também não extinguiu o direito autônomo à produção antecipada de prova, aliás, foi além, desvinculou esse direito da presença do "*periculum in mora*".

Nada obsta, portanto, que se produza uma prova que, poderá ser utilizada pelo interessado em outra ação.

Ora, não se pode admitir que o novo CPC, ao extinguir o processo cautelar, também extirpou o direito à produção de prova fora do processo principal. Nem mesmo é possível interpretar que a nova Lei só admite o exercício desse direito de forma incidental à ação já ajuizada.

Com todo respeito aos que assim entendem, trata-se de regredir no Direito Processual, o que nunca foi a intenção do legislador, como sabemos, a orientação seguida foi de superar formalidades transponíveis, para que se possa examinar o direito da parte, qual seja, o mérito, sem se olvidar que o processo é instrumento de realização do direito material.

Não se vislumbra utilidade alguma impor à parte a propositura de uma ação, a qual pode até não ser de seu interesse momentâneo, para se verificar, mediante a produção de prova incidental, se tem, de fato, interesse de agir naquela demanda que ajuizou.

E, ainda, não se perca de vista que o interesse da parte pode se limitar tão só à produção dessa prova, não podendo o Estado-Juiz ceifar tal direito, apegando-se a formalidades que nada realizam senão dificultar o acesso à Justiça. É o que se extrai da análise conjunta dos artigos 381 c.c. 396 a 404, c.c art. 488, todos do novo CPC.

Evidente, portanto, o interesse de agir do autor, que pretende a exibição do contrato com descontos em seu benefício previdenciário.

Ora, não há como se desconsiderar que os documentos foram solicitados, por meio de reclamações abertas junto ao site (endereço eletrônico constante no texto original), tendo o autor fornecido não somente o número de telefone, mas

Acesso ao Sumário

também e-mail para envio dos contratos.

Referida documentação evidencia a dificuldade do autor de manter contato com o réu, que encerrou os protocolos sem atender à solicitação.

Ora, está claro que o autor aguardou tempo razoável para o ajuizamento da ação, inexistindo qualquer indício de que tenha se negado a efetuar o pagamento de custos do serviço bancário, bem por isso, atendidos os requisitos firmados quando do julgamento do Recurso Especial 1.349.453/MS, submetido ao procedimento do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil.

Dessa forma, deve ser afastado o decreto de extinção, e, com a licença dada pelo artigo 1.013, § 3º, I, do NCPC, passa-se ao exame do mérito.

A questão não exige maiores divagações, pois, repita-se, o autor pretende a apresentação do contrato com descontos em seu benefício previdenciário e não obteve sucesso na via administrativa.

Dessa forma, a procedência da ação é medida de rigor, pois, legítimo o procedimento adotado para a obtenção dos documentos comuns às partes cuja guarda compete ao apelado.

A esse respeito:

"Ação de conhecimento com preceito cominatório de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência. Indeferimento liminar da peça inicial. Reforma. Com o advento do novo CPC remanescem, para as ações autônomas, os requisitos previstos no Recurso Repetitivo n. 1.349.453/MS, presentes no caso concreto. Indicação da relação jurídica mantida entre as partes e do documento almejado, qual seja, contrato n. 2129525243 que originou a negativação questionada no valor de R$ 91,54 em 10/12/2013 e documentos correlatos. Comprovação de prévio pedido à ré não atendido em prazo razoável. Documentação não exibida extrajudicialmente. Resistência. Exibição em contrarrazões. Suficiência ou não da documentação apresentada deverá ser objeto da fase de cumprimento de sentença ou mesmo, discutida em ação própria visando a declaração de inexigibilidade do débito que gerou o restritivo. Tutela provisória de urgência visando a retirada do nome do autor dos órgãos de proteção ao crédito, bem como o cancelamento de eventuais registros já efetuados. Indeferimento. Sucumbência recíproca. Aplicação do art. 1.013, § 3º, I, do CPC. Recurso provido em parte. Ação julgada parcialmente procedente." (Apelação 1002064-60.2016.8.26.0242, 13ª Câmara de Direito Privado, Relator Cauduro Padin, j. 10/04/2017).

Diante desse quadro, a ação deve ser julgada procedente, contudo, sem condenação do réu ao pagamento da verba honorária, tendo em vista que foi citado e apresentou os documentos que dispõe em Juízo.

Isso porque, entende a maioria desta Colenda 17ª Câmara de Direito Pri-

Acesso ao Sumário

vado que, em se tratando de ação de exibição, a apresentação pela ré dos documentos em juízo não caracteriza pretensão resistida, de modo que a ela não há como imputar o ônus sucumbencial.

A propósito:

"CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SUCUMBÊNCIA. Pretensão não resistida. Não caracterizada a resistência do réu à pretensão da autora de obter a exibição de documentos, não há como imputar ao banco o ônus da sucumbência. Documentos juntados aos autos logo após o oferecimento da contestação. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PROVIDO." (Apelação nº 1018971-04.2015.8.26.0224, Relator: Afonso Bráz; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/10/2016)

"MEDIDA CAUTELAR – Exibição de documento – Contrato de financiamento – Viabilidade de exibição admissível por se tratar de documento comum às partes litigantes – Documento apresentado nos autos pela empresa ré – Pretensão não resistida – Não imposição de sucumbência – Sentença mantida Recurso desprovido." (Apelação nº 1020281-90.2014.8.26.0576, Relator: Irineu Fava; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/02/2015; Data de registro: 26/02/2015)

Estou acompanhando tal posicionamento, todavia deixo assentado ser outro o meu entendimento, qual seja, de que a apresentação dos documentos em juízo não afastaria a condenação do réu no pagamento das verbas de sucumbência e honorários advocatícios.

Isso porque a sucumbência é regida pelo princípio da causalidade: quem dá causa a uma demanda (e perde) há de arcar com os ônus respectivos (cf. YUSSEF SAID CAHALI, Honorários Advocatícios, 2ª ed., RT, págs. 44 e 45).

A esse respeito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Os ônus sucumbenciais subordinam-se ao princípio da causalidade, devendo ser suportados por quem deu causa à instauração do processo e ficou vencido." (REsp 1338404/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 07/05/2013)

No caso, a parte autora precisou constituir advogado e ajuizar a demanda para obter o documento descrito na inicial, que era comum às partes. Assim, realmente, deveria a ré arcar com os encargos decorrentes da lide, em observância ao Princípio da Causalidade.

A propósito:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Exibição de documentos – Contrato de financiamento bancário – Ação procedente – Possibilidade de condenação do banco nos ônus da sucumbência – Princípio da Causa-

lidade – Arbitramento em valor moderado – Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC – Recurso provido." (Apelação nº 0056522-04.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, 19ª Câmara de Direito Privado, Relator Sebastião Junqueira, j. 26/08/2013)

No mesmo sentido, vale conferir a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ENCARGOS QUE DEVEM SER SUPORTADOS PELA PARTE VENCIDA. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. ART. 20 DO CPC.

1. O julgamento de procedência do pedido formulado em cautelar de exibição de documentos – demanda que possui natureza de ação – enseja a condenação do vencido ao pagamento dos ônus de sucumbência. Precedentes.

2. De acordo com o disposto no art. 20 do CPC, "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios" (princípio da sucumbência).

3. Hipótese em que o pedido foi julgado procedente pelos juízos de origem, o que qualifica o recorrido, para os efeitos da norma do art. 20 CPC, como parte vencida.

4. A responsabilidade derivada de eventual aplicação do princípio da causalidade fica afastada em razão da existência de prévio requerimento administrativo.

5. A exibição dos documentos no curso da ação cautelar não é suficiente para eximir o demandado da responsabilidade pelo pagamento da verba de honorários advocatícios. Precedentes.

6. Quer se analise a matéria sob a ótica do princípio da sucumbência, quer se a examine sob a luz do princípio da causalidade, a condenação do recorrido ao pagamento de honorários ao advogado da parte adversa é medida impositiva.

7. Recurso especial provido." (REsp 1237612/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 26/03/2013)

Assim, com a ressalva acima, acompanho a posição dos demais integrantes da Douta Turma Julgadora.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para afastar o decreto de extinção e, com fundamento no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC, julgar procedente a ação, observando que já houve cumprimento da obrigação, logo, pelos motivos acima expostos, deixa-se de condenar o réu nos ônus da sucumbência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000731-42.2022.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante BANCO VOTORANTIM S.A., é apelado ODINICIO DE JESUS ROSÁRIO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, deram provimento ao recurso, vencidos 2º e 4º juízes". Declara voto o 2º juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.238)**

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

São Paulo, 13 de julho de 2022.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Suposta quitação de financiamento de crédito bancário por meio de pagamento de boleto, cujo beneficiário é pessoa diversa da credora – Negociação feita via "WhatsApp" com número de telefone que sequer se pode afirmar ser da ré – Atitude incompatível com a praxe comercial – Ausência de prova de que tenha ocorrido falha na prestação de serviços da ré – Nexo de causalidade inexistente na hipótese – Elementos que permitem concluir que houve culpa exclusiva de terceiros e da vítima – Responsabilidade civil não caracterizada – Sentença reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 124/129, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente ação de reparação de danos materiais e morais, movida pelo apelado à apelante – honorários advocatícios de 10% do valor da condenação, a cargo da ré.

Diz-se que o apelado não comprovou ter mantido contato com a financeira, pelas vias regulares, sem indício de acesso idôneo por parte do apelado para quitação de suposto boleto em favor da credora. A petição inicial sequer se preocupou em indicar o endereço eletrônico que teria sido verificado para tanto.

Defende que o apelado transmitiu, livremente, seus dados para fraudador, o que contribuiu de maneira decisiva para o golpe. Em momento algum houve contato com a financeira para renegociação da parcela em atraso e ocorreu grave descuido do apelado. Ao efetuar o pagamento do tal boleto, competia ao recorrido verificar quem era o real beneficiário e não ter repassado informação para pessoa estranha. Não emitiu boleto algum em favor do autor e o pagamento aconteceu em favor de outra instituição, o Banco C6 S/A. De notório conhecimento que, ante de qualquer quitação, sempre há indicação de quem seja o beneficiário e o apelado ignorou essas informações. Não há dever de indenizar e não se fala em devolução dobrada, nem indenização por prejuízos morais, aqui não ocorrentes (fls. 136/145).

Veio resposta (fls. 151/155).

É o relatório.

2. **Recurso fundado.** Segundo narrado na inicial, o autor procurou quitar a primeira parcela do financiamento mantido com a ré e, por razões não muito bem explicitadas, acabou por manter contato com determinada pessoa pelo aplicativo "whattsapp" que lhe remeteu um boleto no valor de R$712,87. Depois do pagamento por essa forma incomum de proceder e como sói acontecer em situações infantis da espécie, o autor descobriu ter caído em "golpe" e que a quitação não foi dirigida para a ré (fls. 01/11 e documentos de fls. 14/25).

Não se desconhece que manobras praticadas por terceiros são fatos notórios que, em princípio, não afastariam a responsabilidade da instituição financeira. Como sabido, em situação paradigma, *"os bancos são responsáveis pela segurança do sistema de automatização, principalmente saques e transferências em caixas automáticos, porque são por eles implantados para agilizar o serviço, com redução de custos, o que eleva a lucratividade"* (Apelação Cível nº 9184953-10.2004 Santo André Relator: Antônio Ribeiro Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 18/01/2011, v.u.) (g.n.).

Poder-se-ia, também, em tese e igualmente, defender da aplicação do Código do Consumidor (artigos 2º e 3º). Afinal, a apelante é instituição financeira; com o que, a título de argumento, se aplica a Teoria do Risco Profissional em decorrência de suas atividades, obriga-se a garantir riscos advindos de sua conduta (comissiva ou omissiva), nos termos do artigo 14 da Lei 8.078/90.

Todavia, na hipótese dos autos, forçoso convir que não há mesmo comprovação da falha na prestação de serviços da recorrente.

O meio confesso utilizado pelo autor para fazer contato com a ré, com vistas à quitação de financiamento, por primeiro, foi por intermédio de aplicativo "WhatsApp" (fls. 20/22) – não oficial ou informado como autorizado pela financeira em seu site na internet. E impressiona o fato de que o próprio autor acabou por fornecer seus dados pessoais para aquele que se apresentou na suspeita negociação (fl. 20, lado esquerdo).

Acesso ao Sumário

Além disso, de se verificar que o boleto (falso) encaminhado pelo aplicativo teria como beneficiário pessoa e CNPJ diversos dos do Banco Votorantim (vide comprovante de depósito a fl. 23). Não é possível que o autor não tenha sequer examinado previamente para quem o dinheiro era dirigido – de notório conhecimento que há sempre indicação do real beneficiário da quitação, antes de a parte interessada confirmar pagamento – a desatenção e desleixo do autor se mostraram flagrantes.

Acrescenta-se que o autor não apresentou qualquer relação entre os meios de contato da ré com o telefone usado no aplicativo "whattsapp" (55 11 9 4035-6822 – fls. 20/22).

Dessa forma, a atitude displicente partiu dele e foi determinante para a ocorrência do resultado danoso, já que de conhecimento do homem médio que a quitação de contratos de financiamento deve ser realizada à exata pessoa da credora – mas não a outra, sem qualquer comprovado liame jurídico de representação para com ela.

Repita-se, a par disso, em que pese os estelionatários terem se utilizado da marca da credora, o fato, por si só, não implica responsabilidade da ré.

Em igual medida, até mesmo a obtenção indevida e irregular das informações contratuais (aqui sequer minimamente comprovada), que pode ter acontecido, inclusive, por descuido do mutuário – não legitima a automática responsabilização integral da fornecedora de serviços bancários.

Noutras palavras, não há indícios de que a fraude ocorreu a partir do sítio eletrônico da ré, em sua agência ou por qualquer meio oficial a partir do seu sistema informatizado.

Ou seja, **não há** elemento que demonstre **nexo causal** entre o dano alegado pelo autor e possível omissão da ré na segurança de seu sistema.

Nesse contexto, sem olvidar que a responsabilidade da ré é objetiva, nos termos do CDC e o teor da súmula 479 do STJ, certo é que para sua responsabilização, necessário fique, pelo menos, comprovado o liame entre sua conduta e o prejuízo experimentado pela vítima (nexo de causalidade) – **do que não ocorreu.**

O que se verifica é culpa exclusiva de terceiro e do consumidor que não se cercou de todas as garantias para efetuar de forma adequada e segura o pagamento da dívida (art. 14, § 3º, II, do CDC).

A respeito, **mutatis mutandis:**

> Apelação. Ação de indenização por dano material e moral. Sentença de parcial procedência. Recurso da parte ré. Pagamento de boleto adulterado mediante fraude perpetrada por terceiro. Ausência de prova de que tal boleto tenha sido gerado no âmbito do banco destinatário ou que os fraudadores tenham obtido dados junto ao réu. Impossibilidade de atribuir cul-

Acesso ao Sumário

pa ao banco pela conferência dos dados. Falha na prestação de serviços não verificada. Responsabilidade do réu afastada. Sentença reformada. Inversão de sucumbência. Recurso provido. (Apelação Cível 1000987-30.2020.8.26.0483; Relator: Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Venceslau – 2ª Vara; Data do Julgamento: 20/10/2020; Data de Registro: 21/10/2020)

RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação ordinária de indenização por dano material e moral – Boleto falso encaminhado por estelionatário via e-mail para quitação de contrato de financiamento de veículo entabulado com os réus – Inexistência de qualquer conduta comissiva ou omissiva dos réus a caracterizar falha na prestação de serviços – Fortuito externo que exclui o dever de indenizar da instituição de crédito – Culpa exclusiva de terceiro – Exegese dos arts. 930 do Código Civil e 14, § 3º, II, do CDC – Improcedência mantida – Recurso improvido. (Apelação Cível 1005437-74.2020.8.26.0302; Relator: Correia Lima; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/04/2021; Data de Registro: 13/04/2021).

Responsabilidade civil – Restituição dobrada de valor pago e reparatória de danos morais – Sentença de improcedência – Insurgência do autor – Insubsistência – Financiamento de motocicleta – Quitação antecipada da dívida – Golpe do boleto bancário falso – Encaminhamento do boleto por aplicativo de telefone celular Whatsapp – Ato praticado por terceira pessoa – CDC, art. 14, § 3º, inciso II – Exclusão de responsabilidade do banco – Recurso não provido e majorada a verba honorária. (Apelação Cível 1002306-43.2020.8.26.0318; Relator: Gil Coelho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Leme – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/02/2021; Data de Registro: 04/02/2021).

Não há que se falar em ilícito praticado pela ré a justificar condenação ao dever de indenizar – seja material ou moral (não ocorrentes).

Portanto, o julgamento passa a ser de improcedência do pedido. O autor responderá pelos encargos da sucumbência, fixada verba honorária em favor do patrono da ré em 15% do valor atualizado da causa, observada justiça gratuita (fl. 37).

3. Pelo exposto, provê-se o recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 24.820)

Adotando o relatório do douto relator, registro minha divergência.

Na hipótese dos autos a sentença de fls. 124/129, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente ação de reparação de danos materiais e morais, movida pelo apelado à apelante, arbitrados honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, a cargo da ré.

Diz-se que o apelado não comprovou ter mantido contato com a financeira, pelas vias regulares, sem indício de acesso idôneo por parte do apelado para quitação de suposto boleto em favor da credora. A petição inicial sequer se preocupou em indicar o endereço eletrônico que teria sido verificado para tanto. Defende que o apelado transmitiu, livremente, seus dados para fraudador, o que contribuiu de maneira decisiva para o golpe. Em momento algum houve contato com a financeira para renegociação da parcela em atraso e ocorreu grave descuido do apelado. Ao efetuar o pagamento do tal boleto, competia ao recorrido verificar quem era o real beneficiário e não ter repassado informação para pessoa estranha. Não emitiu boleto algum em favor do autor e o pagamento aconteceu em favor de outra instituição, o Banco C6 S/A. De notório conhecimento que, ante de qualquer quitação, sempre há indicação de quem seja o beneficiário e o apelado ignorou essas informações. Não há dever de indenizar e não se fala em devolução dobrada, nem indenização por prejuízos morais, aqui não ocorrentes (fls. 136/145).

No entanto, respeitado o posicionamento do nobre relator, observa-se que na captura de imagem apresentada pelo autor às fls. 20, há logotipo que remete à instituição financeira.

Ademais, o teor da conversa apresentada (às fls. 20; 22) é bastante simular ao atendimento obtido em contas comerciais, com o objetivo de obter segunda via de faturas de pagamento.

Se não bastasse, o boleto enviado via aplicado *"WhatsApp"* possui o mesmo timbre do Banco Votorantim S/A (fls. 21; 23), bem como os dados pessoais do autor, ora apelado.

Ainda, o autor, ora apelado, juntou o Boletim de Ocorrência às fls. 24/25.

Ao passo que, a instituição financeira, apresenta de forma genérica o resumo dos fatos em sede de contestação (fls. 42/54), menciona suas formas de contato, porém, não contesta se o número de telefone celular informado a fls. 20 lhe pertence ou não.

No mais, em réplica, o autor, ora apelado, rebate os argumentos trazidos em sede de contestação (fls. 116/118).

Isto posto, denota-se que não houve erro grosseiro, a fim de ensejar qualquer suspeita de falsificação do boleto recebido pelo autor via *"WhatsApp"*.

Novamente respeitado o posicionamento do nobre relator, observe-se a Súmula 479 do STJ:

"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos

Acesso ao Sumário

gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

Ademais, note-se o artigo 14 do CDC:

"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".

Confira-se como já decidiu a Corte Bandeirante:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Interposição de recurso inominado quando o correto é apelação. Recebimento em razão do princípio da instrumentalidade das formas e da fungibilidade.

Relação negocial regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Autor vítima de estelionato, após retorno de ligação ao SAC do Banco Safra, iniciada pelo autor com o intuito de efetuar p pagamento de parcela do financiamento bancário. Não foi um terceiro quem ligou para o autor, mas o apelante entrou em contato com o SAC e acessou o site do Banco Safra. Evidente a falha no sistema bancário do recorrido. Banco Safra, que permitiu que terceiros estelionatários fizessem phishing no site, a fim de redirecionar o contato por WhastApp, permitindo ações de criminosos.

Não há que se falar na ilegitimidade passiva do PagSeguro, cujo correntista foi o beneficiário da transação fraudulenta, e ainda assim, não demonstrou o apelante mínimo interesse na apuração do ocorrido, indicando os dados do beneficiário para tanto. Falha na prestação do serviço configurada.

Responsabilidade objetiva pelo risco da atividade. Fraude praticada por terceiro que não exime o banco da responsabilidade, na forma da Súmula n° 479 do STJ. Culpa exclusiva do autor não caracterizada. Fraude na emissão de boleto bancário. Pedido de dano material que deve ser acolhido, a fim de considerar quitada a parcela de R$ 953,08, com vencimento em 24/07/2020, referente ao contrato de financiamento entre o autor e o Banco Safra, sem prejuízo da cobrança de eventuais parcelas que estejam em atraso.

Situação vivida pelo autor que ultrapassou o mero dissabor, eis que gerou incertezas, angústias, desgaste emocional, sendo passível de indenização. Precedentes desta Corte. Danos morais arbitrados em R$ 5.000,00. Sentença reformada". (TJSP; Apelação Cível 1002676-96.2020.8.26.0358; Relator: Helio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Julgamento: 28/09/2021; Publicação: 27/09/2021).

"Responsabilidade civil. Indenizatória. Financiamento de veículo.

Fraude em boleto de quitação. Inscrição de nome junto aos órgãos de proteção ao crédito. Danos materiais e morais.

A ocorrência de fraude no sistema eletrônico do banco para a emissão de boletos de pagamento, que possibilita o desvio de valores pagos para benefício de terceiros estelionatários, configura falha na prestação do serviço e gera o dever de indenizar.

Danos morais. Presumem-se dos danos morais em caso de inscrição indevida de nome nos cadastros de inadimplentes, pois esta é lesiva e apta a abalar a imagem do cidadão perante a comunidade.

Para a fixação do quantum indenizatório consideram-se as condições econômicas e sociais das partes, a intensidade do dano, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ação julgada parcialmente procedente. Recurso do autor provido para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 8.000,00 (oito mil reais), com correção monetária a partir da publicação deste acórdão e juros moratórios legais desde a citação. Recurso da ré desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1004714-85.2019.8.26.0077; Relator: Itamar Gaino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Julgamento: 19/12/2019).

Neste sentido já decidiu a Colenda Câmara:

"RESPONSABILIDADE CIVIL – Pagamento de boleto que continha os dados do demandante e não apresentava nenhuma falsificação grosseira – Operação fraudulenta que se originou do contato do autor por meio de um dos canais de atendimento do banco, o que denota claramente que houve vazamento de dados e informações por parte da instituição financeira – Falha na prestação do serviço – Fortuito interno – Caracterização – Art. 14 do CDC e Súmula 479 do STJ – Responsabilidade objetiva da instituição financeira detentora de capacidade técnica para realizar investigação que nenhuma palavra lançou a respeito do referido contato telefônico – Culpa concorrente – Não caracterização – Teoria da causalidade adequada – Conduta do banco determinante à ocorrência do dano, além de não se vislumbrar simultaneidade entre a conduta culposa da instituição financeira e a conduta do autor que efetuou o pagamento do boleto – Devida indenização por danos morais – Demandante que percebe renda mensal de R$ 2.000,00 e teve que disponibilizar a quantia de R$ 5.000,00, na tentativa frustrada de quitar o financiamento, o que por certo repercutiu na manutenção de sua subsistência, situação que lhe trouxe enorme desconforto, aborrecimento e angústia, tudo a ensejar dano moral que merece ressarcimento pecuniário – Sentença reformada em parte para condenar o réu no pagamento da quantia de R$ 5.000,00 a título de danos morais, atualizada da publicação desse acórdão e acrescida de juros de mora desde a citação, com majoração da verba honorária para 15% sobre

Acesso ao Sumário

o valor da condenação (art. 85, § 11, do CPC) – Recurso do banco desprovido e parcialmente acolhido o apelo do demandante para esse fim". (TJSP; Apelação Cível 1011636-63.2020.8.26.0577; Relator: Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Julgamento: 13/07/2021; Publicação: 14/07/2021).

"Ação de indenização. Danos materiais. Danos morais. Contrato de financiamento de veículo. Autora que pretendia quitar financiamento mediante boleto. Pagamento que fora direcionado a pessoa distinta do credor. Autora que fora vítima de fraude. Sentença de improcedência. Pleito recursal da autora. Defeito na prestação do serviço. Falha no sistema de segurança interna dos réus, na medida em que o estelionatário dispunha dos dados da operação realizada entre Banco PAN S/A e a autora, emitindo o boleto falso com os dados aparentemente legítimos, circunstância essencial para levar a autora a erro, bem como as informações necessárias para emitir boleto válido do Banco PAN S/A, com a utilização da plataforma do corréu PagSeguro Internet S/A que deve ser equiparada a instituição financeira, nos termos da Lei n. 12.865/13. Teoria do risco. Responsabilidade objetiva. Fortuito interno configurado. Súmula 479 do STJ. Dano moral. Ocorrência. Quantum arbitrado em R$15.000,00, estando em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Inversão de sucumbência. Pedido inicial julgado procedente. Sentença de improcedência reformada. Apelo provido, prejudicada a preliminar de cerceamento de defesa". (TJSP; Apelação Cível 1070120-13.2021.8.26.0100; Relator: Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Julgamento: 22/03/2022; Publicação: 23/02/2022).

Assim, pelo meu voto, **NEGAVA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACHILE ALESINA, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001728-25.2018.8.26.0456, da Comarca de Pirapozinho, em que é apelante UMOE BIOENERGY S/A, é apelado CICERO FERREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.718)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente), ALFREDO ATTIÉ e CELINA

DIETRICH TRIGUEIROS.

São Paulo, 29 de julho de 2022.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de indenização por danos materiais e morais. Incêndio iniciado na lavoura de cana-de-açúcar da ré. Sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial, para condenar a ré em danos materiais, lucros cessantes e dano moral. Inconformismo da parte ré. Responsabilidade objetiva em se tratando de atividade de risco. Danos materiais e morais demonstrados. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 330/336, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da petição inicial, para condenar a ré no pagamento de indenização por dano material no valor de R$ 21.527,00 (danos emergentes e lucros cessantes), corrigida monetariamente segundo a Tabela Prática do TJ/SP, a partir do efetivo prejuízo, com juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso; dano moral no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente segundo a Tabela Prática do TJ/SP, a partir da sentença, com juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso e, em razão da sucumbência recíproca, dividiu as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, na proporção de 20% para o autor e 80% para a ré, os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.

A parte ré, ora apelante, sustenta, em suma, que sua propriedade foi atingida por incêndio, de origem desconhecida e, embora seus funcionários tenham empreendido todos esforços para combatê-lo, inclusive, utilizando o método denominado "contra fogo", que consiste em combater fogo com fogo, no entanto, em virtude do tempo seco e ventos fortes, o fogo se alastrou rapidamente e atingiu a propriedade do apelado.

Alega que não há responsabilidade civil, eis que ao contrário do que entendeu a r. sentença, também foi vítima do incêndio, não havendo nenhuma conduta ilícita capaz de gerar o dever de indenizar, além de não ficar comprovado qualquer prejuízo patrimonial ou moral do apelado por ação ou omissão da apelante.

Alega, ainda, a inaplicabilidade da responsabilidade objetiva, Teoria do Risco Integral e da Lei 6.938/1981, eis que não se pode fundamentar a condena-

Acesso ao Sumário

ção de reparação civil entre particulares em norma de cunho ambiental.

Por fim, discorre que não houve a correta análise das provas, não restou comprovado o nexo de causalidade e a culpa, além de não haver comprovação dos supostos prejuízos alegados nem por meio documental, nem por meio da prova oral.

Recurso regularmente processado, com preparo (fls.358/359), contrarrazões (fls. 364/367).

Sem oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal.

É o relatório, adotado no mais, o da **r. sentença.**

O recurso não comporta provimento.

Nada há que se alterar no quanto devidamente decidido pelo Juízo de primeiro grau.

Aliás, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razões de decidir, segundo estabelece o artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, verbis: *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"*.

Na Seção de Direito Privado desta Corte, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, quer para evitar inútil repetição, como para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos (v. g. Apelação 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, 1ª Câmara, São Paulo, em 17/06/2010; AI990101539306, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara, Jaú, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, 1ª Câmara, São Paulo, em08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, 2ª Câmara, São José do Rio Preto, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran, 2ª Câmara, São José dos Campos, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, 3ª Câmara, São Paulo, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. James Siano, 5ª Câmara, Barretos, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 6ª Câmara, São Paulo, em 27/05/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. Paulo Alcides, 6ª Câmara, Indaiatuba; em 01/07/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, 11ª Câmara, Lins; em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, 13ª Câmara, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, 15ª Câmara, Atibaia, em13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, 17ª Câmara, Araçatuba, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, 23ª Câmara, São Paulo, em 09/06/2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, 28ª Câmara, em 27.07.2010).

Acesso ao Sumário

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento, ao reconhecer *"a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum"* (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de incêndio na pequena propriedade rural produtora de gado de leite e horta do autor, que teve origem na plantação de cana da empresa ré Umoe Bionergi.

No caso dos autos, embora não seja possível aferir, exatamente, a origem do incêndio, restou incontroverso que se iniciou na propriedade da ré, atingindo a propriedade do autor. As provas acostadas são suficientes para o deslinde da demanda.

Diferentemente do que alega a ré, deve-se aplicar ao caso a responsabilidade objetiva. O artigo 927, parágrafo único do Código Civil, estabelece que:

Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: 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".

A atividade desenvolvida pela requerida representa risco para a vizinhança, principalmente considerando que a cultura de cana-de-açúcar é altamente suscetível à combustão, não importando a identificação do foco do incêndio ou o seu causador.

Desta forma, fundamentada a responsabilidade objetiva da ré pela atividade de risco por ela desempenhada, pouco importa outros argumentos por ela deduzidos nos autos para afastar sua responsabilidade em indenizar os danos sofridos pelo autor em virtude do incêndio que transpôs os limites da propriedade da demandada.

Quanto a extensão dos danos materiais, ficou demonstrado por meio das fotos, boletim de ocorrência, depoimento da testemunha e da informante do juízo (fls. 27/31 e 319) que o fogo atingiu quase que metade da pequena propriedade, visto que o pasto servia de alimento das vacas produtoras de leite.

Ademais, como bem salientou a r. sentença.

Afirmou o autor que, para fugir do incêndio, duas de suas vacas leiteiras acabaram se atolando em um brejo e morreram, causando-lhe um prejuízo de R$ 9.000,00. Tal alegação não foi impugnada de maneira específica pela ré, em detrimento do ônus contido no artigo 341 do Código de Processo Civil (Cabe

Acesso ao Sumário

também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados), de modo que a tenho como verdadeira.

2 Arrendamento do pasto vizinho R$ 2.888,00.

Em razão da queimada de sua pastagem, alegou o autor que se viu obrigado a arrendar o pasto vizinho para colocar parte de seu rebanho (12 cabeças), o que lhe gerou um gasto de R$ 2.888,00. Tal alegação também não foi impugnada de maneira específica pela ré, restando incontroversa

4 Leite que deixou de produzir R$ 9.639,00. Sustenta que devido à morte das duas vacas leiteiras, conforme dito acima, o autor deixou de vender uma média de 34 litros de leite por dia (17 de cada vaca), por um período de 07 meses. Considerando que o litro de leite custava R$ 1.35, deixou de lucrar R$9.639,00. Da mesma forma, tal alegação não foi impugnada de maneira específica pela ré, restando incontroversa.

Embora a ré se esforce para convencer do contrário, a situação extrapola os limites da normalidade, afetando não só o patrimônio do autor, mas também diretamente direito de personalidade, não podendo ser caracterizado como mero aborrecimento, mas como verdadeiro dano passível de indenização.

Assim, fica mantida a r. sentença.

Para fins de incidência do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que há requisitos cumulativos sem os quais não deve ensejar a respectiva majoração. São eles: decisão recorrida proferida na vigência do Código de Processo Civil atual, o recurso não ser conhecido integralmente ou desprovido em decisão monocrática ou colegiado e preexistir condenação ao pagamento de honorários desde o Juízo de origem:

> *"3. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. (AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 19/10/2017)."* (AgInt no REsp 1731129/SP, 4ª Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.12.2019).
>
> *"3. Não estão presentes os requisitos cumulativos necessários para a majoração dos honorários sucumbenciais prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015 (cf. AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 9/8/2017, DJe 19/10/2017)."*

Acesso ao Sumário

(AgInt no REsp 1824326/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.2.2020).

Ante o resultado do julgamento do recurso, com fundamento no § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser majorados para 12% do valor da condenação.

Registre-se que eventual oposição de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório está sujeito à pena prevista no artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil.

Considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos de declaração para este fim (Súmulas nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e nº 282 do Supremo Tribunal Federal).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006206-96.2021.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante MAIS-PARQUE DO LAGO FERNANDÓPOLIS 147 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, é apelado ERNESTO HIROFUMI KAGESAWA.

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 56.818)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente) e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 21 de julho de 2022.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: CONTRATO – Compra e venda de imóvel – Rescisão por inadimplemento do compromissário comprador – Retenção parcial dos valores desembolsados pelos autores para pagamento do preço – Súmulas 1, do TJSP, e 543, do STJ – Parcela de retenção fixada em 20% sobre os valores desembolsados, que, no caso, reputa-se razoável – Inaplicabilidade da Lei nº 13.789/18, que atinge somente os contratos celebrados a partir da sua entrada em vigor, em 28 de dezembro

Acesso ao Sumário

de 2018 – Impossibilidade de retenção de valor pago a título de comissão de corretagem porque não discriminado no contrato e não comprovado o seu efetivo desembolso – Perdimento de arras confirmatórias de que também não se cogita – Abusividade de cláusula – Devolução de imediato e em uma única parcela – Correção monetária – Incidência a partir de cada desembolso – Juros de mora – Termo inicial – Trânsito em julgado do Acórdão – Ônus da sucumbência – **Observância do princípio da causalidade – Sentença mantida – Recurso desprovido.**

VOTO

Trata-se de apelação da sentença de fls. 88/94, em que foi julgada procedente em parte a *"ação declaratória de rescisão contratual c/c cobrança e pedido de tutela de urgência"* (fls. 01), ajuizada por Ernesto Hirofumi Kagesawa em face de Maisparque do Lago Fernandópolis 147 Empreendimentos Imobiliários Spe Ltda., para *"(a)* ***DECLARAR*** *a rescisão, desde a citação, do contrato firmado entre as partes (fls. 14/35), ficando inexigíveis as parcelas que eventualmente se encontrem em aberto desde então; e (b)* ***CONDENAR*** *a requerida a restituir à parte autora, em parcela única, o valor equivalente a 80% (oitenta por cento) dos valores pagos (prestações e arras/sinal), devidamente corrigido desde o desembolso, pelos índices fixados pela tabela prática do Tribunal de Justiça e, também, com incidência de juros legais a partir do trânsito em jugado (REsp 1008610/RJ). A parte autora será responsável pelos impostos, tarifas de água, energia elétrica e outras obrigações incidentes sobre o imóvel vencidas até a presente rescisão judicial do contrato. (c)* ***DETERMINAR*** *a reintegração de posse do imóvel descrito na inicial à parte requerida, após a restituição da quantia descrita no item "b", concedendo à parte autora o prazo de quinze dias para desocupação voluntária, sob pena de reintegração forçada. O autor arcará com o pagamento dos valores de IPTU e demais tributos/multas incidentes no imóvel, até a efetiva desocupação;"* (fls. 94). Foram carreados à ré os ônus da sucumbência e arbitrados honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade. Inconformada, apelou a ré (fls. 97/110), alegando não se haver abusividade no contrato. Afirmou que, resolvido o contrato por culpa do compromissário comprador, seria devida a retenção de 10% sobre o valor do contrato, dos valores pagos a título de corretagem, dos tributos incidentes sobre o imóvel e o parcelamento dos valores de devolução, nos termos da Lei n. 13.786/2018. Afirmou que o contrato celebrado entre as partes configuraria ato jurídico válido e perfeito, não havendo que se falar em nulidade de cláusulas. Aduziu que o contrato não poderia ser caracterizado como contrato de adesão

Acesso ao Sumário

e que, ainda que o fosse, não haveria qualquer abusividade em suas cláusulas. Também alegou que, tendo o apelado dado causa à rescisão do contrato, não caberia ao apelante ser penalizado por juros de mora, bem como que, se o caso, os juros moratórios incidiriam a partir do trânsito em julgado da sentença. Pleiteou, ainda, a incidência da correção monetária apenas a partir do ajuizamento da demanda. Afirmou que o apelado dera causa ao ajuizamento da demanda sem motivos, motivo pelo qual deveriam as custas e honorários advocatícios ser a ele carreados, em vista do princípio da causalidade. Por fim, requereu o recebimento da apelação em seus efeitos devolutivo e suspensivo. Oferecidas contrarrazões (fls. 120/125), foram os autos remetidos a este Tribunal. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório, adotado, quanto ao restante, o da sentença apelada.

De início, anota-se que, com o julgamento da apelação nesta oportunidade, resta prejudicado o pedido de recebimento do recurso no efeito suspensivo.

No mais, respeitados os argumentos expostos, a apelação não comporta provimento.

Segundo se nota, em 15 de outubro de 2021, o autor firmou com Wendes Aparecida da Rocha, figurando a ré como interveniente, "termo de cessão de direitos e obrigações decorrentes de instrumento particular de compra e venda ("cessão")" (fls. 11/13), por meio do qual foram-lhe transferidos os direitos e obrigações havidos e assumidos em Instrumento Particular de Compra e Venda (fls. 14/35), tendo por objeto o Lote 04, quadra D, do loteamento denominado "MaisParque do Lago – Etp 1", localizado no Município de Fernandópolis-SP, pelo valor total de R$100.472,80, para pagamento em 117 parcelas.

Sob a alegação de que não mais teria condições de arcar com o pagamento das parcelas, ajuizou a presente ação, pretendendo a resolução contratual e a devolução pela ré de 90% dos valores desembolsados.

Bem é sabido que, tendo o compromissário comprador simplesmente desistido do negócio celebrado com a ora apelante, deve suportar os ônus contratuais, além dos prejuízos ocasionados a esta. Vale lembrar que *"o promitente comprador está preso ao vínculo contratual e dele não pode se desobrigar sem o ressarcimento das despesas do negócio e da indenização pela respectiva ruptura"* (Resp. nº 336729 SP, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ari Pargendler, em 27/6/02, DJ 5/8/02, pág. 333).

Entretanto, não é razoável a pretensão da apelante de incidência da cláusula 2.6 do contrato (fls. 21), por ser nitidamente abusiva ao prever a retenção sucessiva do sinal, da multa equivalente a 2% sobre o valor total atualizado do contrato, da taxa de administração de 12%, além de demais encargos incidentes sobre o imóvel em aberto, levando o consumidor a extrema desvantagem.

Ainda, sobre a parcela da retenção, anote-se que não são aplicáveis ao

Acesso ao Sumário

caso os critérios estabelecidos pela Lei nº 13.789/18, que, em razão de seu caráter material, somente poderá atingir contratos celebrados a partir da sua entrada em vigor, em 28 de dezembro de 2018. Assim é que, embora o termo de cessão tenha sido assinado em outubro de 2021, o compromisso de compra e venda original fora firmado em 02 de fevereiro de 2016 (fls. 34), isto é, anteriormente à entrada em vigor da legislação indicada.

Como já decidido por esta Câmara, *"(...) vê-se na lei nova índole eminentemente material, ligada ao regime da resolução do contrato de compromisso de venda e compra. Não se tem lei processual de eficácia imediata, senão norma de afetação da disciplina material dos efeitos da dissolução do ajuste, por isso que não se pode aplicar senão às contratações que lhe sejam posteriores./Nem mesmo o justifica a alegação de se tratar de norma de ordem pública porque também essas normas se submetem ao comando constitucional, que se endereça ao legislador infra-constitucional, de respeito aos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos (cf. Caio Mário, in Instituições, v. I, p. 128); ou porque, para contratos em curso, com tempo certo, prevalece, mesmo diante tipo de lei, o princípio da sobrevivência da lei antiga (Limongi França, in A irretroatividade das leis e o direito adquirido, p. 202)./ Por fim, também por isso não há retroatividade mínima ou o apanhar pela nova lei de efeitos futuros de contratos pretéritos porque se está disciplinando regime congênito do contrato, que diz com as vicissitudes de seu descumprimento ou distrato, desde logo dispostos no e para o ajuste"* (Embargos de Declaração Cível 1017364-58.2016.8.26.0114 Campinas, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Claudio Godoy, em 21/2/19).

Assim, sendo o caso de resolução do contrato e restituição (parcial) de valores despendidos para pagamento do preço avençado, nos termos da Súmula 543 do STJ, revela-se adequada a retenção, pela promitente vendedora, de 20% das quantias desembolsadas pelo autor.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento consolidado desta Câmara:

> *"Apelação Cível. Compromisso de venda e compra – Ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores pagos – Rescisão a pedido dos autores, adquirentes, em razão de dificuldades financeiras – Sentença que julgou a demanda procedente em parte para o fim de reconhecer a rescisão do contrato e condenar a ré a restituir 90% dos valores pagos, com correção desde o desembolso e juros de mora contados da citação – Recurso apenas da ré – Recondução das partes ao "statu quo ante" – Súmula 543 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Devolução dos valores pagos com retenção de 20% pela vendedora – Correção monetária que deve ser computada desde os respectivos desembolsos – Juros moratórios incidentes a partir do trânsito em julgado. Dá-se provimento em parte ao recurso de apelação"* (Apelação Cível nº 1017714-

Acesso ao Sumário

81.2017.8.26.0576 – São José do Rio Preto, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.un., Rel. Des. Christine Santini, em 31/1/18).

"Compromisso de compra e venda – Rescisão unilateral pela promitente compradora – Inconformismo quanto ao percentual para restituição das quantias pagas – Sentença que fixou a retenção de 20% dos valores pagos – Montante fixado de forma equilibrada – Necessidade de recondução das partes ao 'status quo ante' – Devolução em parcela única – Juros moratórios incidentes a partir do trânsito em julgado, em se tratando de rescisão por culpa da promissária compradora – Precedentes – Sentença reformada em parte – Recurso parcialmente provido" (Apelação Cível nº 1038616-78.2016.8.26.0224 Guarulhos, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.un., Rel. Des. Augusto Rezende, em 1/2/18).

"Compromisso de compra e venda. Dissolução do contrato por iniciativa da adquirente. Circunstância que não impede a devolução das parcelas pagas, sob pena de ofensa ao art. 53 do CDC. Retenção, porém, majorada para 20% dos valores pagos, na esteira da orientação da Câmara. Juros moratórios, ademais, devidos a partir do trânsito em julgado. Sentença revista em parte. Recurso parcialmente provido" (Apelação Cível nº 1014037-46.2016.8.26.0554 – Santo André, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.un., Rel. Des. Claudio Godoy, em 22/1/18).

Por certo, entende-se como valores desembolsados pelos autores a quantia paga a título de sinal e de parcelas do preço. Isso porque "*(...) as arras confirmatórias não se confundem com a prefixação de perdas e danos, tal como ocorre com o instituto das arras penitenciais, visto que servem como garantia do negócio e possuem característica de início de pagamento, razão pela qual não podem ser objeto de retenção na resolução contratual por inadimplemento do comprador (AgInt no AgRg no REsp 1197860/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)*" (AgInt no REsp n. 1789091/DF, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Marco Buzzi, em 19/8/19, DJe 23/8/19).

Assim, "*(...) o arrependimento do promitente comprador não importa perda das arras, se forem confirmatórias, admitindo-se, contudo, a retenção, pelo vendedor de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados*" (AgInt no AREsp 1.273.751/DF, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, em 26/6/18, DJe de 1º/8/18).

Ainda, a despeito da legalidade do repasse das taxas de intermediação

Acesso ao Sumário

imobiliária ao consumidor, observa-se não haver, no contrato, discriminação do valor supostamente destinado à comissão de corretagem. Nesse sentido, bem destacou o d. Juiz de Direito: "*Quanto à taxa de corretagem, mesmo que o E. STJ, no julgamento do Recurso Repetitivo 1.599.511/SP, tenha fixado a tese de que a cobrança da comissão de corretagem do promitente comprador* é valida, *desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma e com o destaque do respectivo valor, este não é o caso, pois o valor foi cobrado a título de sinal/arras e não comissão de corretagem. Na declaração de fls. 15 consta que foram pagos os valores de R$ 2.487,50 a título de sinal/arras. Há informação de que esses mesmos sinais serão abatidos do saldo residual de pagamento do preço do imóvel. Ou seja, o valor foi cobrado pela ré para servir de entrada dos imóveis quando na verdade se tratava de valor referente à comissão de corretagem. (...) a comissão de corretagem remunera o serviço de aproximação das partes interessadas, quando esta alcançar o resultado útil. É contrato de resultado (e não de meio), de maneira que a remuneração é devida ao corretor se o negócio se aperfeiçoar na integralidade, sendo exatamente este o resultado útil que se exige da intermediação.*" (fls. 91).

Os tributos e demais encargos incidentes sobre o imóvel, por sua vez, já foram abarcados na sentença (item "b", segunda parte), nada havendo a ser acrescentado nessa oportunidade.

O valor de retenção de 20%, portanto, é nitidamente suficiente para cobertura das despesas e eventuais prejuízos suportados pela vendedora, sendo desnecessário o acréscimo de qualquer outra verba. Não há que se prestigiar o enriquecimento sem causa, seja de quem for.

Insta ressaltar que não é possível admitir que a compromissária compradora fique totalmente à mercê da promitente vendedora no que diz respeito ao prazo para efetivação da restituição. Nada justifica qualquer delonga para tanto. Segue-se o enunciado da Súmula 2 deste Tribunal: "*A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição*".

Acesso ao Sumário

Quanto à correção monetária, tenha-se em mente que esta não se confunde com a correção de débito judicial (disciplinado pela Lei n. 6.899/81), mas sobre a quantia disponibilizada corroída pela inflação ao longo do tempo. Deverá, pois, incidir a partir de cada desembolso. Sobre o tema cabe citar valioso precedente: "É assente nesta E. Corte de Uniformização Infraconstitucional que a correção monetária não constitui gravame ao devedor, não é um *plus na condenação, mas tão-somente fator que garante a integral restitutio, que representa a recomposição do valor real da moeda aviltada pela inflação. Destarte, para que a devolução se opere de modo integral a incidência da correção monetária deve ter por termo inicial o momento dos respectivos desembolsos, quando*

aquele que hoje deve restituir já podia fazer uso das importâncias recebidas" (REsp nº 737.856 RJ, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Jorge Scartezzini, em 12/12/06, DJ 26/2/07).

Os juros de mora, por sua vez, correspondem, nas lições de Silvio Salvo Venosa, "*a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro*" (VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2. p. 157). Por esse motivo, serão computados somente a partir do trânsito em julgado da decisão, como já estabelecido na sentença (item "b": "*com incidência de juros legais a partir do trânsito em julgado*" fls. 94), vez que é somente a partir deste momento ser possível considerar a apelante em mora.

Por fim, quanto ao regime de sucumbência, de acordo com o princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da ação deve arcar com as custas do processo e honorários advocatícios da parte contrária.

In casu, a ré deu causa à propositura da ação, que foi julgada procedente em parte, o que inevitavelmente traz a ideia de injusta resistência à pretensão do autor.

De rigor, portanto, a condenação da apelante no pagamento de custas e despesas processuais.

Nada há, pois, a ser alterado.

Os honorários advocatícios restam majorados para 12% sobre o valor da causa, conforme art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Nessas circunstâncias, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1094916-68.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, são apelados/apelantes JAMES FERREIRA PEREIRA e AMANDA SANTOS DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.546)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente), MARY GRÜN e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 21 de julho de 2022.
LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – Sentença de parcial procedência, com a condenação da concessionária-ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$.6.000,00 (seis mil reais) – Insurgência de ambas as partes – SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS – Alegação de que houve pedido de corte pela antiga usuária, bem como impossibilidade de transferência de titularidade por ausência de documentos essenciais a serem apresentados pelos novos titulares – Descabimento – Alegações genéricas da concessionária-ré, desamparadas por qualquer substrato probatório – Ademais, suspensão realizada mais de 50 dias após o pedido realizado pela anterior usuária, sem a notificação dos novos ocupantes do imóvel – Corte indevido – DANO MORAL – Circunstâncias fáticas que superam o mero aborrecimento e configuram ofensa indenizável – Conduta abusiva, em menoscabo à boa-fé e equilíbrio que devem nortear as relações consumeristas – Indenização mantida em R$.6.000,00 (seis mil reais) – Montante que deve se revestir do caráter compensatório, sem prejuízo da índole pedagógica, razão porque não pode alcançar cifras irrisórias ou escorchantes – Valor que se coaduna com os limites da razoabilidade e proporcionalidade – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – MAJORAÇÃO – DESCABIMENTO – Aplicação dos critérios legais estabelecidos no artigo 85, § 2º e § 8º do CPC – Valor, ademais, que considera a natureza da causa, desempenho e grau de zelo profissional e capacidade das partes – Critérios de razoabilidade e proporcionalidade atendidos – Sentença mantida – RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por **ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A. JAMES FERREIRA PEREIRA e AMANDA SANTOS DE OLIVEIRA** contra a respeitável sentença de fls. 120/123, integrada pela decisão proferida nos embargos declaratórios de fls. 127 que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que as pessoas físicas movem em face da concessionária de serviço público, julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a ré ao pagamento de R$.100,38, a título de indenização por danos materiais, com correção monetária da data do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, e R$.6.000,00 a título de indenização por danos morais, sendo R$.3.000,00 para cada um dos autores, valor que deve ser corrigido da data do arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento danoso (interrupção do fornecimento de energia elétrica, assim como a arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignada**, apela a concessionária-ré** (fls. 130/136), aduzindo, em síntese, que o corte de fornecimento de energia elétrica à residência dos autores se deu em razão do pedido de encerramento manifestado pelo antigo titular, ao passo que a demora na transferência de titularidade, não realizada por ausência de documentos do consumidor configura culpa exclusiva dos autores, inexistindo falha na prestação do serviço. Alega a inocorrência de danos morais indenizáveis, que dependem da demonstração de dano efetivo.

Pugna pela reforma integral da r. sentença combatida, afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais e, consequentemente, a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Recorrem, adesivamente, os **autores** (fls. 157/165), postulando, em síntese, a majoração dos danos morais e da verba honorária de sucumbência.

Houve contrariedade aos apelos (fls. 142/152 e 173/176), sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório, passo ao voto.

I – Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais em que os autores afirmam que no dia 25.08.2021 foram surpreendidos com a interrupção do fornecimento de energia elétrica à sua residência, mesmo estando com todas as faturas de consumo em dia, bem como já ter efetuado o pedido de transferência de titularidade da instalação em razão do aluguel do imóvel. Alegam ter buscado o contato da concessionária-ré para solucionar a questão, mas que o religamento somente foi efetuado no dia 30.08.2021, resultando em prejuízos de ordem material (perecimento de alimentos mantidos na geladeira) e de ordem moral, até porque o coautor JAMES labora integralmente em regime de teletrabalho.

Acesso ao Sumário

Em sua contestação (fls. 62/69), a ré alega que o pedido de transferência de titularidade depende da manifestação do novo usuário, ao passo que o pedido de corte no fornecimento partiu da antiga titular, inexistindo abusividade na conduta da concessionária. Ademais, sustentou a inexistência de danos indenizáveis, posto que não comprovados.

Julgados parcialmente procedentes os pedidos, com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, no valor total de R$ 6.000,00, recorrem ambas as partes

II – Delineada brevemente a situação dos autos, os recursos não comportam provimento.

Pese todo o esforço argumentativo da ré no sentido da regularidade de sua atuação, verifica-se que embora alegada a insuficiência documental a autorizar a transferência de titularidade para o nome dos requerentes, o pedido de corte no fornecimento manifestado pela antiga usuária se deu em 01.07.2021, 54 dias antes da realização do serviço, período sobremaneira extenso e que exige maior zelo da concessionária, obrigada a notificar os ocupantes acerca da suspensão a ser realizada, tal como preconizado na Resolução 414/2010 da ANEEL.

Outrossim, cabe destacar que as alegações apresentadas pela ré em sua contestação se revelam genéricas e superficiais, desamparadas de qualquer substrato documental a demonstrar que os autores deixaram de cumprir qualquer exigência administrativa a impedir a troca de titularidade da instalação, cujo pedido sequer foi impugnado pela concessionária.

Nesse passo, constata-se a abusividade na postura da requerida, ausente demonstração da existência de justa causa para o corte de fornecimento de energia elétrica à residência dos autores.

III – De mais a mais, o dano moral restou configurado.

Como sabido, em se tratando de dano moral, ***"a responsabilização do agente opera-se por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova concreta do prejuízo"*** **(STJ, Informativo de Jurisprudência n. 404, período de 24 a 28 de agosto de 2009).**

Na hipótese dos autos, a ré suspendeu o fornecimento de energia elétrica aos autores por período que se estendeu por aproximadamente cinco dias, prejudicando a subsistência do casal e até mesmo impactando no exercício profissional do coautor JAMES, atualmente em regime de teletrabalho em tempo integral (cf. contrato fls. 30/31).

Além disso, indiscutível que a privação indevida de serviço essencial configura dano moral.

Nesse sentido:

"Prestação de serviços. Energia elétrica. Alegação de fraude no

Acesso ao Sumário

***relógio medidor de consumo. Emissão de TOI e cobrança de diferença. Pedido de restabelecimento no fornecimento de energia elétrica e indenização por dano moral. Ação julgada parcialmente procedente, com condenação da ré ao pagamento de danos morais de R$ 2.000,00. Ausência de pedido de declaração de inexigibilidade do débito apurado. Corte decorrente da lavratura do TOI. Débitos decorrentes de contas pretéritas. Impossibilidade. Dano moral não caracterizado. Autora que, por muitos anos, se beneficiou com o custo zero de consumo de energia. Situação que extrapola a normalidade. Ofensa a direito de personalidade não caracterizado. Provimento parcial do recurso da ré, improvido aquele da autora. A autora se insurge com os cálculos, mas não trouxe impugnação específica de erro da concessionária. Tanto assim que não postula no caso declaração de inexigibilidade do débito, mas apenas o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica, a transferência de titularidade das contas de consumo e indenização por dano moral. O corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta regular. Portanto, não pode haver suspensão do fornecimento de energia elétrica no tocante aos débitos pretéritos, conforme Resolução da ANEEL 414/2010. A autora beneficiou-se por muitos anos com a dispensa no pagamento das tarifas de consumo, nada obstante tenha se beneficiado do fornecimento feito, não constituindo a suspensão do fornecimento de energia elétrica atitude passível de indenização por dano moral, mesmo porque é de conhecimento popular de que não há fornecimento gratuito. O corte era fato perfeitamente previsível."[1].**

***"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CORTE DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – Autora que não estava inadimplente, pois havia celebrado acordo para pagamento dos débitos em atraso, o qual estava sendo devidamente cumprido – Irregularidade na suspensão de fornecimento de energia elétrica – Dano moral configurado, porém comporta redução para o montante de R$5.000,00 – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença reformada em parte – Recurso parcialmente provido."[2].**

"Responsabilidade Civil – Indenizatória – Fornecimento de energia elétrica – Corte – Danos morais. 1. A demora ao restabelecer o fornecimento de energia elétrica, que é serviço essencial, dá margem ao dever de indenizar os danos morais suportados pelo consumidor. 2. Para a fixação do quantum indenizatório consideram-se as condições econômicas e sociais das partes, a intensidade do dano, bem como os

1 Apelação Cível nº 1039125-38.2018.8.26.0224, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 11/12/2019.

2 Apelação Cível nº 1071581-25.2018.8.26.0100, Rel. Des. Marco Fábio Morsello, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 03/04/2020.

Acesso ao Sumário

princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Ação parcialmente procedente. Recurso da autora parcialmente provido para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária da publicação deste Acórdão e juros moratórios legais desde a citação."[3].

Quanto ao valor, a verba indenizatória deve se revestir de caráter punitivo, compensatório dos danos causados, sem prejuízo da natureza pedagógica, de modo a coibir o ofensor de praticar novos atentados semelhantes; nunca, porém, poderá importar em enriquecimento ilícito da parte ofendida.

Nesse passo, frente à ausência de critérios legais para a fixação do montante indenizatório em recomposição do dano moral, atenta-se para os meios supletivos em suprimento da lacuna, especialmente para os princípios gerais de direito, costumes e equidade, procedendo-se **mediante arbitramento**, em conformidade com o disposto na legislação civil.

Sendo assim, considerando as circunstâncias do caso, especialmente o fato de se tratar de suspensão indevida de serviço essencial que perdurou por cinco dias, e considerando, ainda, os parâmetros para o arbitramento, adotados pelos precedentes desta Corte em casos semelhantes, acima coligidos, pertinente **a manutenção do *quantum* arbitrado na sentença, qual seja de R$.6.000,00 (seis mil reais) no total, correspondente a R$.3.000,00 para cada um dos autores.**

O valor arbitrado atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta as circunstâncias em que se consolidaram os danos, sua gravidade e as condições pessoais e econômicas dos envolvidos, cumprindo a função reparadora do abalo sofrido, e, ainda, a função pedagógica e punitiva, com força suficiente para impingir, no autor do dano, o desestímulo à prática de novos atos lesivos desta natureza, mas evitando, de outro lado, o recebimento de quantia denotadora de enriquecimento sem causa à parte lesada.

IV – Sem razão, também, o pedido de majoração dos honorários sucumbenciais.

A fixação dos honorários advocatícios decorre do princípio da causalidade e visa remunerar o tempo, desgaste para o cumprimento da obrigação, grau de zelo profissional e trabalho realizado pelo advogado, considerando a natureza, complexidade e importância da causa, nos termos dos critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º do artigo 85 do CPC.

Dispõe o § 2º do artigo 85 que ***"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***

Acesso ao Sumário

3 3 Apelação Cível nº 1015580-53.2018.8.26.0477, Rel. Des. Itamar Gaino, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 03/04/2020.

atualizado da causa".

Ainda, dispõe o § 8º do artigo 85 que, ***"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".***

Sopesados, portanto, a natureza e a importância da causa, sua baixa complexidade, além dos trabalhos realizados pelos advogados e o tempo exigido para os seus serviços, dentro dos parâmetros legais previstos no artigo 85, § 2º do CPC, mantém-se o arbitramento dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor total da condenação.

Não se vislumbra situação excepcional que justifique, assim, a majoração pretendida.

De rigor, portanto, a manutenção integral da r. sentença combatida, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Ressalvado, por oportuno, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC, porquanto deve a insurgência se realizar pelo meio recursal adequado.

V – Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO aos recursos interpostos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012070-18.2020.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante AUREA ALVES PINHEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.154)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: "AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – MOVIMENTAÇÕES INDEVIDAS EM CONTA CORRENTE – NEGATIVAÇÃO INDEVI-

Acesso ao Sumário

DA – DANOS MORAIS – I- Sentença de improcedência – Apelo da autora – II- Relação de consumo caracterizada – Inversão do ônus da prova – Banco que não provou que as transações não reconhecidos pela autora foram realizados por culpa exclusiva desta ou de terceiro – Possibilidade de clonagem do cartão ou da senha, ou do sistema eletrônico ser destravado, possibilitando o uso do cartão sem a respectiva senha, que não podem ser desconsiderada – Falha no sistema de segurança do banco caracterizada – Inteligência dos arts. 6, VIII, e 14, § 3º, II, do CDC – As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno – Orientação adotada pelo STJ em sede de recurso repetitivo – Art. 1.036 do NCPC – Súmula nº 479 do STJ – Declaração de inexigibilidade do contrato de empréstimo e dos demais débitos impugnados na inicial, bem como dos encargos deles decorrentes, devendo haver o retorno das partes ao status quo ante – III- Danos morais caracterizados – Negativação indevida do nome da autora, em decorrência das transações indevidas em sua conta corrente – O dano moral puro é passível de ser indenizado, não sendo necessário que seja provado prejuízo efetivo – Indenização devida, devendo ser fixada com base em critérios legais e doutrinários – Indenização fixada em R$10.000,00, ante as peculiaridades do caso, quantia suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes – Indenização atualizada com correção monetária, a contar da publicação do acórdão, e juros moratórios, a contar da citação – Súmula nº 362 do STJ – Sentença reformada – Ação procedente – Ônus sucumbenciais carreados ao réu, incluídos os honorários recursais – Apelo provido."

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelo da autora em face da r. sentença de improcedência, proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por danos materiais e morais.

Alega que a autora foi vítima de furto de seu cartão, não tendo havido a perda ou furto da senha pessoal. Aduz que houve falha na prestação de serviços pelo banco réu, que responde objetivamente pelos danos causados. Pugna pela declaração de inexigibilidade dos débitos, bem como pela condenação do banco réu ao pagamento de indenização por danos morais e pela determinação de exclusão de seu nome dos órgãos de proteção ao crédito. Requer o total provimento do recurso, para reformar a r. sentença, julgando-se procedente a ação (fls. 322/340).

Ausente contrarrazões (fls. 345).

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. indenização por danos materiais e morais, movida por Aurea Alves Pinheiro em face de Banco do Brasil S/A, tendo em vista a ocorrência de movimentações indevidas na conta corrente da autora.

Segundo consta dos autos, a autora é correntista do banco réu, sendo titular de um cartão por ele administrado, o qual foi furtado no dia 08/02/2019.

A autora, então, lavrou Boletim de Ocorrência sobre os fatos (fls. 19/22) e comunicou o banco réu, solicitando o bloqueio do cartão e contestando as transações (fls. 25/27).

Contudo, a autora constatou que, na data do furto, foi contratado, em seu nome, um empréstimo no valor de R$8.000,00, que foi creditado em sua conta, e, em seguida, foram realizadas compras no valor total de R$2.000,00, bem como dois saques no valor total de R$1.200,00, movimentações estas que, porém, não realizou (fls. 17/18).

Ainda, ao impugnar o empréstimo indevidamente realizado em nome da autora, o banco réu não cancelou a transação, mas apenas efetuou o pagamento antecipado de algumas prestações, no valor de R$4.764,29 (fls. 17).

Em razão do não pagamento das parcelas do empréstimo, o nome da autora foi inserido nos órgãos de proteção ao crédito (fls. 187/188).

Sentindo-se lesada, ingressou a autora com a presente ação, pugnando pela declaração de inexigibilidade dos débitos, bem como pela condenação do banco réu ao pagamento de indenização por danos morais. Deu-se à causa o valor de R$25.764,29 (fls. 31).

Em contestação, sustenta o banco réu a regularidade das transações, vez que realizadas com cartão magnético e senha pessoal da autora.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

Contra esta decisão insurge-se a autora.

No presente caso, o ponto fulcral da questão é a existência dos danos morais.

A relação estabelecida entre as partes é de consumo, na forma do disposto nos artigos 2º e 3º do CDC.

Sendo de consumo a relação e verossímil a versão, a defesa do consumidor deve ser facilitada, com a inversão do ônus da prova, que é regra de julgamento, ante o disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC.

Assim, era ônus do banco comprovar que as operações não reconhecidos pela autora foram por ela realizados ou por culpa exclusiva desta ou de terceiro.

O banco réu, contudo, não se desincumbiu de seu ônus probatório**, limitando-se a sustentar que as transações foram realizadas mediante a utilização do cartão e da senha pessoal da autora.**

Neste ponto, não se pode desconsiderar a eventualidade da clonagem do cartão ou da senha ou, ainda, a possibilidade do sistema eletrônico ser destravado, possibilitando o uso do cartão sem a respectiva senha, fatos estes de responsabilidade do banco.

Já é cediço, tanto na doutrina, como na jurisprudência, que, em matéria de responsabilidade civil das instituições financeiras, aplica-se a teoria do risco profissional.

O banco, ao instituir a automação na prestação dos serviços e, portanto, economizando com a contratação de funcionários, deve se aparelhar de forma a se proteger, bem como a seus clientes, de eventuais golpes.

Ao disponibilizar os caixas eletrônicos, a instituição financeira está procurando, imediatamente, melhorar o atendimento aos seus clientes e, mediatamente, auferir mais lucro, assumindo os riscos inerentes a essa atividade lucrativa.

A atividade normalmente desenvolvida pelo banco réu (saques e empréstimos em operações de autoatendimento) implica, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem.

Acesso ao Sumário

Os clientes bancários podem ser vítimas de falsificações, clonagem, ou até mesmo de estelionatários que se fazem passar por funcionários das agências nas proximidades das máquinas.

Destarte, no afã de conseguir mais lucros, os bancos disponibilizam o serviço de saque e contratação de empréstimos por intermédio de caixas eletrônicos sem disponibilizar a necessária segurança aos clientes, de forma que devem adotar mecanismos eficazes de identificação dos operadores das máquinas.

Nesse aspecto, desnecessária a comprovação da culpa do banco réu. Caberia ao banco, então, demonstrar a alegada culpa exclusiva da autora.

Não se olvide que, na espécie, a autora teve seu cartão bancário furtado, não tendo ela, em nenhum momento, fornecido sua senha ou facilitado a utilização do mesmo por terceiros.

Não logrou eficazmente demonstrar que as transações foram realizados pela própria autora. Não esclareceu o réu os locais e horários das movimentações impugnadas e nem mesmo juntou filmagens dos caixas de autoatendimento em que realizadas as operações.

O réu, assim, não se desincumbiu de comprovar a regularidade das operações financeiras e também não comprovou a existência de nenhuma excludente de responsabilidade. Neste sentido, veja-se:

"RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos materiais e morais – **Em demandas promovidas por correntistas – imputando saques indevidos, em conta corrente, mediante uso de cartões eletrônicos, incumbe ao banco provar que as operações foram realizadas regularmente, 'tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha'** – Em caso de extravio de cartão magnético, reconhece-se que **o banco responde pelas operações realizadas com o uso indevido do cartão, não obstante o fato de a comunicação de sua perda ter sido posterior às transações não reconhecidas pelo consumidor** – Em demandas que envolvem alegação de inexistência de contrato celebrado entre o autor e a instituição financeira ré, incumbe a essa provar a existência de tal relação contratual, seja por envolver fato negativo (art. 333, II, do CPC), sendo difícil a produção de tal prova pelo autor, seja por força do disposto nos arts. 6º, VIII, e 14, caput, do CDC – **Banco réu não produziu prova que permitisse o reconhecimento de que as operações relativas a esses lançamentos imputados como indevidos, na conta corrente do autor, foram realizados por este ou por terceiro por ele autorizado – Configurado o defeito do serviço, consistente nos indevidos débitos, inclusive por saques, e de creditamento de valores relativos a empréstimos não contratados, efetuados na conta bancária mantida no banco réu, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do banco na obrigação de indenizar o autor pelos danos decorrentes do ilícito em questão.** DANOS MORAIS – A existência de saques indevidos realizados em conta mantida em instituição financeira, por defeito de serviço, constitui, por si só, fato ensejador de dano moral – Redução do valor da indenização por danos morais para a quantia de R$12.440,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento. (...) Recurso provido, em parte." (TJSP; Apelação nº 0030208-42.2009.8.26.0554; Rel. Rebello Pinho; julgado em 27/02/2012).

Nos termos do art. 14 do CDC, responde objetivamente o banco pelo vício do serviço, posto que os danos dele decorrentes são de sua inteira responsa-

Acesso ao Sumário

bilidade, esta que decorre do risco integral de sua atividade econômica, apenas não respondendo o fornecedor de serviço quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, consoante art. 14, § 3º, II, do CDC.

"Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo PROCESSO: 1026801-8 RECURSO: Apelação Sum ORIGEM: Leme JULGADOR: 11ª Câmara de Férias de Janeiro de 2002 JULGAMENTO: 31/01/2002 RELATOR: Vasconcellos Boselli **CONTRATO – Prestação de serviços bancários – Aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor – Saque indevido de R$600,00 da conta corrente da autora – Falha do serviço – Responsabilidade objetiva da instituição financeira – Art. 14, da Lei nº 8.078/90 – Prova oral confirmatória das alegações da autora e de outros saques indevidos ocorridos nas mesmas circunstâncias narradas na inicial** – Danos morais que identificam-se com padecimentos intelectuais ou subjetivos próprios das pessoas vitimadas por condutas ilícitas – Hipótese em que, tendo em vista a gravidade da ofensa e a intensidade do dano moral acarretado à vítima, a indenização deve ser fixada no equivalente a 10 vezes o valor do saque indevido – Ação de indenização de danos materiais e morais totalmente procedente – Recurso da autora provido para este fim e improvido o do réu. SPC/RPS/acv – 12.04.02"

E, no caso dos autos, nada provou o banco, limitando-se a alegar que as operações bancárias foram realizadas mediante a utilização do cartão e da senha pessoal da autora.

Com efeito, a prova carreada aos autos é suficiente para concluir que a autora não agiu com culpa no que tange à guarda e ao conhecimento da senha pessoal.

Não se pode deixar de lado, também, que a autora agiu com boa-fé, como se exige do consumidor, lavrando Boletim de Ocorrência sobre os fatos (fls. 19/22) e comunicando o banco réu do ocorrido (fls. 25/26).

Assim, ausente comprovação de que as transações foram feitas por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, deve o banco ser responsabilizado pelo ocorrido.

Acesso ao Sumário

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, firmou entendimento sobre esta questão no REsp nº 1.199.782/PR, relatado pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão e julgado em 24/08/2011, recurso este que seguiu o rito dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC/1973, atual art. 1.036 do NCPC:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: **As**

instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido." (STJ; 2ª Seção; REsp nº 1.199.782/PR; Rel. Ministro Luis Felipe Salomão; julgado em 24/08/2011).

Com efeito, assentou-se no teor do referido v. acórdão o seguinte posicionamento: "***No caso de correntista de instituição bancária que é lesado por fraudes praticadas por terceiros*** *– hipótese, por exemplo, de cheque falsificado,* ***cartão de crédito clonado, violação do sistema de dados do banco – a responsabilidade do fornecedor decorre, evidentemente, de uma violação a um dever contratualmente assumido, de gerir com segurança as movimentações bancárias de seus clientes. Ocorrendo algum desses fatos do serviço, há responsabilidade objetiva da instituição financeira, porquanto o serviço prestado foi defeituoso e a pecha acarretou dano ao consumidor direto.*".**

A tese encontra-se sedimentada com a edição da **Súmula nº 479 pelo STJ**, de seguinte redação: ***"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".***

De rigor, portanto, a declaração de inexigibilidade do contrato de empréstimo e dos demais débitos impugnados na inicial, bem como dos encargos deles decorrentes, devendo haver o retorno das partes ao *status quo ante*.

O dano extrapatrimonial também restou caracterizado.

Já ficou assentado na doutrina e jurisprudência que o dano moral puro é passível de ser indenizado, não sendo necessário que seja provado prejuízo efetivo. Neste sentido, por analogia:

"**DANO MORAL PURO** – Restituição indevida de cheque, com a nota "sem fundo" a despeito de haver provisão suficiente destes. **Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo"** (STF – 1ª Turma – RE – Rel. Octavio Galloti – j. 12.08.86 – RTJ 119-443).

Contrariamente ao alegado pelo banco réu, o simples fato de a correntista ter seu nome indevidamente negativado, em virtude das transações indevidas em sua conta corrente, traz-lhes inegável prejuízo e sérias restrições creditícias, sendo tal fato motivo para uma justa indenização, servindo esta, ainda, para coibir atos semelhantes.

As transações indevidas decorreram de falha no sistema de segurança do banco.

Caracterizado, portanto, o dano moral causado à autora, decorrente de

Acesso ao Sumário

falha na prestação de serviços por parte do banco, sendo devida indenização.

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.

O sofrimento experimentado tem relação com a errônea conduta do banco réu, devendo o dano moral ser quantificado em face daquele ser maior ou menor, sem levar em consideração, propriamente dito, o valor relativo à discussão.

Levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, especialmente o fato de o nome da autora ter sido, inclusive, negativado em decorrência da conduta negligente do banco réu, fixa-se a indenização pelos danos morais em R$10.000,00, quantia que se revela, ao ver da Turma Julgadora, suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes.

Sobre o valor da indenização pelos danos morais, a contar da publicação do v. acórdão, consoante Súmula nº 362 do STJ, incidirá correção monetária, em conformidade com a Tabela Prática do Judiciário, e juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação.

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença *a quo*, para o fim de julgar procedente a presente ação, declarando-se a inexigibilidade do contrato de empréstimo e dos demais débitos impugnados na inicial, bem como dos encargos deles decorrentes, devendo haver o retorno das partes ao *status quo ante*, bem como condenando-se o banco réu a indenizar a autora pelos danos morais sofridos, nos termos acima expostos. Determino, ainda, a exclusão do nome da autora dos órgãos de proteção ao crédito, relativamente débito discutido nesta demanda, expedindo-se os ofícios necessários para tanto.

Sucumbente, deverá o banco réu arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios dos patronos da autora, fixados em 15% sobre o valor da condenação, nesta quantia já incluídos os honorários recursais.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003280-42.2021.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante IRMANDADE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PRESIDENTE EPITÁCIO, são apelados ANTONIO MANOEL DA SILVA, JOSE EDUARDO SOARES DA SILVA, EDSON SOARES DA SILVA e ELIZABETH SOARES

DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, foram convocados outros julgadores para a conclusão do julgamento, restando assim o resultado: POR MAIORIA de votos, deram parcial provimento ao recurso, declara voto o 2º juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.962)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Pessoa jurídica – Concessão – Admissibilidade – Gratuidade concedida a pessoas jurídicas que é excepcional, podendo ser conferida a entidades filantrópicas, sobretudo quando demonstrada a existência de dificuldades financeiras na atividade, inclusive com ocorrência de intervenção municipal – Recurso parcialmente provido.

RESPONSABILIDADE CIVIL – Pretensão de indenização por danos morais aos familiares de falecida em razão da troca de corpos – Admissibilidade – Ocorrência que se mostra incontroversa, tendo, as requeridas, apenas buscado impor o erro a outra – Responsabilidade objetiva e solidária tanto do hospital quanto da empresa funerária – Serviço prestado de forma conjunta, devendo ambas assegurarem a correta identificação e entrega e retirada – Relação de consumo configurada – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Não configuração de cerceamento de defesa, porquanto a prova oral ou pericial não alterariam as condições suficientes ao julgamento da causa – Correto indeferimento do pedido de chamamento ao processo da Fazenda Pública, uma vez que, ainda que o hospital estivesse, na época, sob intervenção municipal, a responsabilidade perante o usuário do serviço é solidária, podendo os autores buscar o ressarcimento em face de um ou de todos, tratando-se

Acesso ao Sumário

de litisconsórcio facultativo – Eventual ressarcimento que o hospital entenda ser devido que deve ser pleiteado em vias próprias – Fixação da reparação em R$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada um dos autores, de modo solidário entre as demandadas, atendendo à dupla função do instituto indenizatório – Suficiência – Recuso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 181/193, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente ação indenizatória decorrente da troca de corpos de familiar falecida dos autores com a de outra pessoa, condenando as corrés, solidariamente, no pagamento de R$ 8.000,00 (oito mil reais) a cada um dos demandantes.

Inconformado, o hospital corréu busca a reforma da deliberação com base nos argumentos expostos nas razões de fls. 196/215.

Com resposta, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

O recurso deve ser parcialmente provido tão somente para conceder o benefício da gratuidade, mantendo-se, no mérito, integralmente a r. sentença, pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

A concessão da gratuidade processual à pessoa jurídica é situação excepcional, sendo possível conferir o benefício a entidades filantrópicas que comprovem eventual situação deficitária.

No caso em apreço, a situação demonstra ser viável o benefício, tendo restado demonstrado que, dentro de sua essencial atividade que não pode ser interrompida, há dificuldades financeiras e, inclusive, intervenção municipal. Isso sem olvidar a conhecida situação das Santas Casas em geral na atualidade.

Ademais, insta observar, sobre o tema, a Súmula nº 481 do E. 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."

Por sua vez, tampouco cabe acolhida o pedido de nulidade da sentença pelo indeferimento do chamamento ao processo da Fazenda Pública.

A despeito de existir a intervenção municipal na Santa Casa do município, o fato é que a relação de serviço envolve os autores e as corrés, sendo o

Acesso ao Sumário

hospital o responsável pelos serviços prestados por ele diretamente, podendo o interessado pleitear o que entender de direito em face de qualquer um deles, em conjunto ou não, já que há uma responsabilidade solidária, envolvendo um litisconsórcio facultativo. Eventual ressarcimento que entenda ser devido pelo Poder Público, cabe à requerente pleiteá-lo nas vias próprias.

Bem assentou a r. sentença que: "INDEFIRO o pedido de chamamento da Fazenda Pública Municipal ao feito. O artigo 114 do Código de Processo Civil estabelece que: "O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes". Litisconsórcio consiste no compartilhamento, entre duas ou mais pessoas, do mesmo polo de uma demanda jurídica, em virtude da comunhão de direitos ou obrigações, conexão do pedido ou afinidade de questão. In casu, a requerida bate-se pela inserção da Prefeitura Municipal no polo passivo da presente ação porque, à época do fato, encontrava-se sob intervenção do Poder Público Municipal. Assiste parcial razão à ré, uma vez que, administrada pela municipalidade, a Fazenda Municipal realmente poderia figurar como demandada nestes autos, porém, a responsabilidade em tela é manifestamente solidária, configurando clara hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, cabendo à parte autora escolher contra quem quer litigar. Os requerentes optaram por deflagrar o procedimento indenizatório em desfavor da Funerária e da Santa Casa de Misericórdia, excluindo o Município interventor da relação processual, em evidente exercício da faculdade instituída no artigo 275, caput, do Código Civil, in verbis: "Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto."

A ocorrência do fato consistente na troca dos corpos no momento de retirada do hospital e remoção para a realização do serviço funerário é incontroverso, já que, além de devidamente demonstrada, não negada por nenhum dos envolvidos. Há, na realidade, discussão entre as corrés acerca de quem teria sido responsável pelo equívoco.

Para tanto, tem-se que a documentação juntada e a narrativa dos fatos se mostra suficiente ao deslinde do feito, confundindo-se com o mérito a preliminar de cerceamento de defesa, a qual fica, neste momento, afastada, tendo em vista que desnecessária a produção de prova oral ou pericial para concluir a demanda.

A questão envolve a prestação de serviço de ambas as demandadas de forma conjunta, ensejando a configuração de responsabilidade objetiva perante os usuários, pois deveriam ambas ter atuado com diligência, o hospital na entrega e empresa funerária na retirada do corpo.

Acesso ao Sumário

Não há como imputar a responsabilidade a apenas uma delas, pois a atuação é ligada.

Não se discute se foram ou não adotados os protocolos sanitários de acondicionamento do corpo decorrentes da pandemia pelo Covid-19, pois tais aspectos extrapolam o objeto desta ação indenizatória dos familiares da falecida, mas sim se ocorreu, no momento de o corpo ser levado, qualquer troca indevida.

O fato é que a troca de cadáveres efetivamente ocorreu e a responsabilidade por ambas as prestadoras de serviço é certa, circunstância que não será alterada por qualquer prova oral ou mesmo pericial. As consequências morais sobrevieram sobre os familiares e o dever de indenizar de ambas as prestadoras do serviço são inequívocos.

A entrega do cadáver depende de conduta conjunta do hospital ao identificar e se certificar que está transferindo o falecido correspondente e da funerária em igualmente assegurar todas as informações. Tendo ocorrido a troca, que inclusive gerou o inicial sepultamento equivocado, indiscutível é o nexo causal entre as condutas das requeridas e o dano moral suportado pelos familiares.

A relação das requeridas com os autores é de consumo, ainda que envolvendo serviço público, de modo que a sua responsabilidade é objetiva, pois não prestados corretamente os serviços. Ademais, como dito, tratando-se de serviço prestado de forma associada, a responsabilidade de ambas é também solidária, ficando observados, dentre outros, os arts. 14 e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Atentando-se à atuação de ambas as prestadoras do serviço, corretamente assentou o MM.º Juízo de origem que: "as requeridas tinham o dever de proporcionar às famílias das vítimas do coronavírus uma despedida segura e digna, em detrimento à necessidade de adoção de medidas severas para conter o avanço do vírus. A primeira requerida foi contratada para providenciar o sepultamento, sendo objetivamente responsável pelo estrito cumprimento do que se obrigou a fazer: Preparar o corpo de Maria José para ser sepultado e levá-lo até o túmulo da família. O cumprimento dessa obrigação começa com ato cuja prática exige mínima atenção, que é a identificação correta do corpo. Não se pode admitir que em uma cidade com cerca de 45 mil habitantes, com baixo índice de falecimento, agentes funerários falhem na prestação de serviço tão importante. Ainda que a situação pandêmica fosse totalmente anormal, com majoração do número de mortes, a ré afirma que no dia dos fatos havia dois cadáveres do sexo feminino no necrotério do hospital, ambas de mesmo nome e idade. Deveria, portanto, ter redobrado a cautela para retirar o corpo objeto da prestação do serviço, conferindo a identificação dos dois. O trabalho era simples, tanto que, ao que parece, o erro foi posteriormente percebido por outra funerária, aquela contratada para o sepultamento de Maria Bispo. No tocante a segunda requerida,

Acesso ao Sumário

a própria ocorrência do fato já é suficiente para desconstituir suas alegações. Se os corpos estivessem corretamente identificados e algum funcionário do nosocômio houvesse acompanhado a retirada pela funerária, obviamente o sinistro teria sido evitado. A certificação do livro de registro não ilide a responsabilidade da ré, pois a remoção, conquanto feita por agente funerário, deve ser acompanhada por representante do hospital justamente para evitar equívocos dessa natureza. Nesse viés, as rés incorreram em culpa in vigilando, atuando com falta de cuidado, diligência, vigilância, atenção, fiscalização dos atos necessários no cumprimento de seu dever".

Sobre a configuração de dano, ele se mostra inegável, já que certa a ofensa a direito da personalidade dos autores em momento delicado de falecimento de sua familiar (cônjuge e mãe), ultrapassando o mero aborrecimento, pois ocorreu o transtorno de troca de corpos com posterior necessidade de retirada do jazigo para correção do equívoco, tendo a negligência do serviço prolongado o sofrimento da família.

Acerca do montante, igualmente deve ser mantida a r. sentença, observando-se que ele não é alto, mesmo considerando a natureza da pessoa jurídica demandada e a atividade exercida, o que não justifica imposição de um baixo valor.

Tem-se que, com o valor da condenação, deve ser contemplada, de forma equânime, a dupla finalidade do instituto indenizatório, ou seja, a de compensar os danos sofridos, sem causar enriquecimento indevido, e a de inibir a ocorrência de situações semelhantes.

Desse modo, afigura-se razoável e proporcional a fixação do montante indenizatório de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para cada um dos litigantes.

Destarte, o recurso merece ser parcialmente provido tão somente para acolher o pedido de gratuidade, mantendo-se o mérito da parcial procedência da ação.

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

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

Na hipótese de oposição de embargos de declaração contra o presente acórdão, fica registrado que o seu julgamento será efetuado pelo sistema virtual, tendo em vista que, nessa espécie de recurso, não cabe sustentação oral.

Sendo manifestamente protelatória a apresentação dos embargos de de-

Acesso ao Sumário

claração, aplicar-se-á a multa prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, nos termos supramencionados.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 37.697)

Divirjo respeitosamente do E. Relator; a meu fraco sentir, a falha evidenciada fôra meramente irrelevante – e sem potencial de causar o malsinado dano moral, que nos tempos que correm virou panacéia para qualquer problema havido em sociedade.

O pleito inicial mal disfarça ser afeiçoado à cobiça – e totalmente sem maiores consequências o episódio havido.

Tão só o período de confusão entre os féretros, de QUATRO HORAS.

Ambas as partidas detinham seus corpos acondicionados em embalagens sem que se nas puderam visualizar – ante a possibilidade de contágio pelo vírus.

Ou seja: troca sem maiores consequências – repita-se. Mero aborrecimento; constrangimentos mínimos, e indolores. Nem há prova em contrário.

POUCAS HORAS de erronia. Repetir-se vai: fato sem nenhuma consequência prática, e nem se lobriga do tal dano moral brandido.

Os copiosos argumentos da inicial: "longa espera" apontada – DE QUATRO HORAS – são inconvincentes.

Demais disso, em época de enormes problemas de saúde pública, e de não menor mortandade, há que ser entendida a problemática envolvendo os problemas de saúde e os Entes ligados a isso – pelo que a responsabilidade vertida pode e deve ser mitigada – CUM GRANUN SALIS.

Nem a formalística sentença de Primeiro Grau aponta de algum problema prático que assolara a parte A. a respeito dos fatos. Nem uma só palavra sobre sofrimento extraordinário, ou que disceptara dos limites normais, em casos correlatos.

E isso sem falar no elevado valor localizado em Primeiro e confirmado em Segundo Grau – que eleva a indenização para R$-32.000,00 – em manifesta violação ao Princípio insculpido no Art.884 do Código Civil.

Por meu fraco entendimento, pois, e alfim, DEFERIA PROVIMENTO ao recurso, havida por IMPROCEDENTE a Ação, arcando o a. com as custas e com a honorária de 12% sobre o valor dado ao feito, a ser rateado entre os

Acesso ao Sumário

Reqdos.

SINE IRA ET STUDIO.

L. B. Giffoni Ferreira

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos do Apelação Cível nº 1006815-29.2017.8.26.0445, da Comarca Pindamonhangaba, em que é apelante C.F.R. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados C.H.M.L.R. (MENOR REPRESENTADO) e T.L.R. (REPRESENTANDO MENOR).

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 32.255)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), DONEGÁ MORANDINI e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 3 de agosto de 2022

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Negatória de paternidade c/c retificação de registro civil. Paternidade socioafetiva caracterizada. Precedentes jurisprudenciais. Confissão materna que não é suficiente à exclusão da paternidade. Sentença de improcedência mantida. Sem fixação de honorários advocatícios. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação negatória de paternidade c/c retificação de registro civil, em que a r. sentença de págs. 168/172, cujo relatório adoto, julgou improcedente o pedido. Sem custas, em face a gratuidade que goza o Autor, e sem honorários, por ausência de resistência à pretensão autoral.

Apela o Autor (págs. 178/185) com alegação, em síntese, que não tem interesse numa dupla paternidade com base no vínculo afetivo, ser pai de um filho objeto de traição por parte de sua genitora. Não é pai do Réu e não tem a intenção de ser, nem mesmo por uma obrigação judicial. Tem outros filhos e mantém novo relacionamento amoroso, com quem formou novo núcleo familiar, não pode ser pai de filho que não é seu e que não em a menor intenção de ser. Desde a produção do estudo psicossocial, consubstanciada no laudo de págs. 142/151,

Acesso ao Sumário

as partes não tiveram mais contato e, assim, inexiste qualquer vínculo biológico, bem como a existência de paternidade socioafetiva, capaz de unir as partes como pai e filho. Deve ser desobrigado de tal função. O Réu vem sendo cuidado por seu verdadeiro pai, que tem o dever de amá-lo e suprir suas necessidades, até mesmo de sustento de sua prole. A genitora já explicou ao Réu sobre a verdadeira paternidade, e o menor C.H.M.L.R. chama F., seu verdadeiro genitor, de pai, não há qualquer dúvida neste sentido. As partes já formalizaram acordo para retirar o nome do Autor do registro do menor, clara manifestação das partes, de modo que o acordo deve ser mantido em sua integralidade. A bondade e honestidade do Autor, o afeto que tem por todos, não pode ser determinante para assumir um filho que não é seu, muito menos deveres de pai, bem como o pagamento de pensão alimentícia, razão pela qual promoveu a presente ação, com intuito de ver corrigido o erro no registro. Requer a reforma da r. sentença.

Dispensado o preparo, por ser o Autor beneficiário da Justiça gratuita (pág. 22). Não foram ofertadas contrarrazões (pág. 189).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (págs. 198/199).

É o relatório.

A r. sentença de págs. 168/172 não comporta reparos, como também entendeu a d. Procuradoria Geral de Justiça.

Em ação negatória de paternidade c/c retificação de registro civil, argumenta o Autor que foi casado com a T.L.R. por 20 anos, tendo o Réu nascido na constância do matrimônio. Ocorre que, posteriormente, tomou conhecimento de que o Réu é, na verdade, filho biológico do atual companheiro de T.. Com isso, requereu a dissolução do vínculo biológico e afetivo entre as partes. Além disso, pleiteou a retificação de assento civil.

Na investigação de paternidade não basta apenas analisar a inexistência de vínculo biológico, mas deve-se também apurar eventual existência da paternidade socioafetiva. Confira-se a respeito o seguinte julgado dessa C. Câmara:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. NECESSIDADE DE AVERIGUAÇÃO DE PRESENÇA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE AS PARTES. ESTUDOS SOCIAL E PSICOLÓGICO QUE SÃO IMPRESCINDÍVEIS AO JULGAMENTO DO PEDIDO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO. Para que o pedido de exclusão de paternidade seja julgado procedente é imprescindível a demonstração de inexistência de vínculo socioafetivo entre as partes, de tal modo que é indispensável a instrução processual, com a elaboração de laudo psicossocial"* (Apelação nº 1001164-54.2017.8.26.0012, relatora MARIA DO CARMO HONÓRIO, j. em 06.4.2020).

Anote-se que a inexatidão das declarações do registro civil jamais pode

Acesso ao Sumário

prevalecer, porque é de interesse público que a filiação se estabeleça segundo a verdade real, diante das consequências disto decorrentes. A propósito do tema debatido, confira-se:

"Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades.

– A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

– O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

– O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

– Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

– A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

– Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

– Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acu-

Acesso ao Sumário

rada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido" (REsp 833.712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347).

No entanto, como já assinalado, a paternidade pode decorrer de vínculo biológico, legal ou afetivo.

O artigo 1.593 do novo Código Civil, em consonância com o que está insculpido na Constituição Federal, dispõe que *"o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem"*. Ao assim dispor, é de se concluir que o legislador admitiu como fontes do parentesco os casos de reprodução artificial e as relações socioafetivas, sem vínculo biológico ou de adoção. Na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "*neste contexto, há que se abandonar a maior ênfase atribuída ao biologismo da paternidade, tão comum nos países latinos, e considerá-la no âmbito da proteção e carinho dedicados a alguém que, por opção, acolheu uma certa pessoa como filho"* (Instituições de Direito Civil, vol. V, 14a ed., Forense, p. 313).

Interessante também transcrever, a respeito, o que enuncia o eminente Desembargador FRANCISCO LOUREIRO, em seu voto na Apelação n° 994.09.318576-0, (julgada em 25.03.10, pela 4ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça):

*"*É imprescindível*, pois, ao reconhecimento da referida paternidade socioafetiva, e também da posse do estado de filho, que o vínculo entre as partes seja espontâneo e natural. Afinal, não se pode impor a quem quer que seja que nutra amor, carinho, dedicação ou preocupação por outrem.*

Como bem observa Rolf Madaleno (Curso de Direito de Família, Forense, 2008, p. 372), a posse do estado de filho representa essencialmente "o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai e de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial" (nossos os sublinhados).

Observados os ensinamentos acima transcritos, bem enunciou o d. Magistrado sentenciante (págs. 169/171):

"De início, não é demais rememorar que a confissão materna não basta para excluir a paternidade em caso de violação ao dever de fidelidade no matrimônio (CC, art. 1.602).

Com essa premissa, apesar de a genitora do menor ter concordado expressamente com o pedido autoral na audiência de conciliação realizada no CEJUSC (p. 35), este juízo entendeu por bem não só deixar de homologar a transação, como determinar a produção de prova pericial

para apuração de uma possível filiação socioafetiva.

Apesar dos esforços envidados, o exame médico não pôde ser realizado por resistência injustificada oferecida pela representante legal do menor. Como a recusa imotivada supre a prova dos fatos que se pretende provar com a perícia, o pedido caminharia para a procedência, se não fosse pela existência da filiação socioafetiva, conforme se verá.

Em entrevista realizada pelo Setor Técnico, o autor fez a seguinte assertiva: "que independentemente das infidelidades da sua ex mulher, genitora do requerido, ele criou o requerido como filho e esse sentimento não se alterou com a constatação de que não era o pai dele". E continuou dizendo que: "a vantagem dele [menor] é que tem dois pais: eu, com quem tem a parte de carinho e o outro, que vai visitar de vez em quando."

A genitora do menor, por sua vez, confessou durante o estudo social que o suposto pai biológico do requerido é o seu atual companheiro, mas acredita que o filho "prefere o outro pai, C. [requerente]; eles se dão bem; acho que se C.H. pudesse ia morar na casa do C.. Ele gosta mais do C. do que do F., não tem como negar." (p. 147).

Nesse mesmo diapasão, o menor disse durante o estudo social que o autor "é carinhoso e que gosta muito de ir visitá-lo". Costuma acompanhar os irmãos mais velhos nas visitas ao requerente, que acontecem a cada quinze dias. "Ele é mais legal, ele me abraça, dá carinho, brinca, eu gosto de ir lá". Questionado sobre o tratamento que o requerente lhe dispensa, respondeu que "ele o trata bem, não faz uso de punições físicas e nunca fez algo que o desagradasse. Ele não bate, quando a gente faz alguma coisa errada, ele só conversa. Ele é legal, me dá atenção." (pp. 147/148). Já com relação ao suposto pai biológico e atual companheiro da sua mãe, o requerido disse que é "severo, e não temo costume de manifestar gestos de carinho em relação a ele". Comentou que o repreende por meio de castigo, que consiste em ficar em seu quarto até a noite. Disse ainda, que ele já aplicou punição física leve, porque se recusou a fazer a refeição. "ele é bravo. Ele me bateu com chinelo porque eu não queria comer comida. Mas eu tava cheio. Ele também briga com a minha irmã por causa do namorado dela."

Diante de todo esse contexto narrado pelas partes, a avaliação social confirmou "o vínculo paterno/filial existente entre o requerente e o infante C.H., tendo ela [mãe] admitido que este último tem predileção pelo convívio com o autor, apesar de atualmente conviver como suposto pai biológico no contexto familiar materno." E mais, avaliou que "não obstante a sua pouca idade e limitações para compreender as mudanças ocorridas no contexto familiar, observou-se que para ele a figura paterna

Acesso ao Sumário

de maior valência pelos laços afetivos estabelecidos continua sendo o requerente" (p. 148).

Nessa mesma linha de raciocínio, foi a avaliação do estudo psicológico, vejamos: "apesar de o requerente ter requerido a retificação do registro, mantém o vínculo e considera C.H. como filho, não tenho se alterado a relação afetiva entre eles com a revelação da paternidade biológica e nem com a separação do casal". Mais à frente concluiu o seguinte: "[...] Assim, sob o aspecto psicológico, não se considera recomendável a ruptura do vínculo paterno filial entre o requerente e o infante em tela, uma vez que esse elo já foi estabelecido e internalizado pela criança."

Portanto, a despeito da suposta inexistência de vínculo biológico entre o autor e o requerido, fática e afetivamente eles são pai e filho. E a esse propósito, a vontade manifestada pelo autor de não permanecer como pai do requerido não tem efeito jurídico, já que a paternidade socioafetiva decorre do comportamento das partes, não da vontade delas. Ademais, ao fim e ao cabo, o que o autor pretende, na verdade, é se desobrigar do dever de sustento do filho frente às novas obrigações surgidas com o seu atual núcleo familiar, mesmo mantendo a afetividade e a afinidade com o infante, o que não se pode admitir, pois violaria o melhor interesse da criança."

No caso em tela, restou evidenciada a paternidade socioafetiva entre o Autor e o Réu, conforme laudos emitidos pelo setor psicossocial (págs. 142/151). Embora a genitora tenha resistido em fazer o exame médico pericial, além de concordar com a exclusão do nome do Autor da certidão de nascimento do menor, o próprio Autor admite que criou o Réu como filho e que esse sentimento não se alterou com a constatação de que não era o pai dele, a indicar a existência de vínculo socioafetivo, considerado inclusive seu próprio relato no sentido de *"a vantagem dele (menor) é que tem dois pais: eu, com quem tem a parte de carinho e o outro, que vai visitar de vez em quando".*

Nesse sentido, ainda, interessante colacionar o seguinte julgado:

"RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

– Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

– O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de

Acesso ao Sumário

vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, *desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.*

– O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido" (REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267 nossos os sublinhados).

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

Não foram fixados honorários advocatícios, contra o que não se insurgiram as partes.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1070223-20.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ENEL DISTRIBUIÇÃO SÃO PAULO S/A, é apelado TRICOSTYL MODAS 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 49.045)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de agosto de 2022.
MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Interposição contra sentença que julgou procedente ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos materiais e morais. Fornecimento de energia elétrica. Cobrança de consumo de energia. Inexigibilidade de dívida em relação à autora. Danos morais configurados. Indenização fixada em patamar razoável. Sucumbência a cargo da ré. Sentença mantida.
Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 152/159) interposta por Enel Distribuição São Paulo S/A contra a sentença (fls. 144/149) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 15ª Vara Cível do Foro Central, Comarca da Capital, que julgou procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos materiais e morais ajuizada por Tricostyl Modas Ltda. contra ela. Relata que a rescisão do contrato de fornecimento de energia se deu em 26/5/21. Afirma ter agido no exercício regular do direito ao emitir as faturas pela média estimada de consumo, diante da impossibilidade de leitura do medidor. Aponta que os valores são devidos. Aduz a inocorrência de danos morais, já que o suposto dano não se afigura *in re ipsa,* além de se tratar de mero dissabor. Requer seja revista a sucumbência, aplicando-se ao caso o disposto no artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Pugna pelo provimento do apelo e pela reforma da sentença.

Tricostyl Modas Ltda. apresentou contrarrazões (fls. 165/175). Em preliminar, alega falta de impugnação específica aos termos da sentença, razão pela qual o recurso não deve ser conhecido. No mais, afirma que houve comunicação de que a empresa não mais se encontrava no imóvel objeto de cobrança, desde fevereiro de 2021. Aponta serem indevidos os valores e pleiteia seja mantida a sentença, inclusive no tocante aos danos morais, ante a ocorrência de dano *in re ipsa*, em virtude da inscrição de seu nome no rol de maus pagadores. Requer seja negado provimento ao apelo, com majoração dos honorários advocatícios.

É esse o relatório.

Primeiramente, não há falar em não conhecimento do apelo. O recurso apresentado contém os argumentos que expõem o fato e o direito, bem como as razões do pedido de reforma da sentença, desfavorável à recorrente/ré. Assim, devidamente preenchidos os requisitos dispostos no artigo 1.010, II, III e IV, do

Código de Processo Civil de 2015.

Pois bem.

Trata-se de ação declaratória c.c. indenização referente a consumo de energia elétrica, argumentando a autora que teve seu nome injustamente lançado no cadastro de devedores, por débito que não seria mais de sua responsabilidade, fato que lhe acarretou dano de ordem moral.

Conforme se verifica pelos documentos juntados aos autos (fls. 34/54), a requerente não mais desempenhava suas funções no imóvel objeto de cobrança, tendo sido a ré comunicada a respeito.

Ora, a partir do momento que desocupou o imóvel, não poderia mais ser responsabilizada pelos débitos relacionados ao bem. As contas de energia, referentes aos meses de fevereiro a maio de 2021, portanto, não poderiam ser objeto de cobrança em face dele.

Assim, inexigível a cobrança efetuada pela companhia de energia elétrica contra o autor, pois como já observado, ela não se encontrava mais instalada no local, não podendo ser responsabilizada pelos débitos posteriores à desocupação do bem correspondente à unidade consumidora.

Registre-se que a dívida ora discutida não possui caráter *propter rem*, ligada ao imóvel, e sim, caráter pessoal, de modo que deve ser cobrada do usuário do serviço.

Inegável a incidência das normas protetivas constantes do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a relação de consumo entre as partes.

Na esteira, era indispensável que a requerida comprovasse o efetivo consumo pela autora durante o período cobrado, o que não cumpriu, importando salientar que a apresentação de *telas de computador* (fls. 80) não tem o condão de comprovar a data de rescisão do contrato como sustenta, por se tratar de prova unilateral, produzida pela própria ré.

Portanto, houve por bem o Juízo declarar a inexigibilidade do débito e condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais, referentes aos valores dos débitos pagos pela autora.

Dessa forma, importa anotar, o dano moral experimentado pela autora é evidente e tem origem no apontamento indevido do seu nome nos cadastros de inadimplentes, por dívida que não poderia ser a ela atribuída.

É necessário que a ré redobre os seus cuidados e revise os seus procedimentos para que não venham a ocasionar negativações indevidas, como ocorreu com o autor.

A reparação moral baseia-se na existência de um sofrimento físico, psicológico e espiritual, em função do dano material por perda ou impedimento do exercício pleno por parte do lesado. No presente caso, a exposição do nome

Acesso ao Sumário

da requerente perante os órgãos de proteção de crédito, sem que existisse razão para tanto.

Além disso, o presente dano é considerado *in re ipsa*, ou seja, decorrente do próprio fato, sendo desnecessária a prova do prejuízo.

Nesse sentido, entendimento semelhante já firmou a Egrégia 29ª Câmara de Direito Privado, nos autos da apelação cível nº 992.08.027958-8 (j. 12/05/2010, v.u., Rel. Des. Luís Camargo Pinto de Carvalho): *Prestação de serviços – Ação de indenização – Atraso de um dia no pagamento da conta – Inscrição do nome da devedora nos órgãos de proteção ao crédito (SPC e Serasa) – Dívida indevida – Danos morais – Redução – Desnecessidade de prova do dano – Arbitramento pelo Magistrado – Ônus de sucumbência – Recurso parcialmente provido. A inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito por dívida indevida dá ensejo à indenização por danos morais. Nesses casos, o dano é considerado in re ipsa, ou seja, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorrendo do próprio fato e da experiência comum.*

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça também assim já decidiu: *Recurso especial. Ação de indenização. Inscrição indevida. Indenização. Dano Moral. Dano In Re Ipsa. Art. 20,* § 3º, do CPC. Honorários Advocatícios. Valor da condenação (Recurso Especial nº 851.522-SP, Ministro Cesar Asfor Rocha).

Portanto, conclui-se justificada a indenização a título de reparação por danos morais, que servirá para minimizar o sofrimento experimentado pela requerente, bem como para desestimular a prática de atos semelhantes por parte da empresa ré.

Para a reparação do dano moral, apresenta-se bem sopesado o arbitramento da quantia em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixada dentro dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem causar enriquecimento ilícito da parte contrária. A quantia, além de minimizar os sofrimentos experimentados, também tem caráter de desestímulo para que situações como essa ocorram com os demais consumidores.

Acesso ao Sumário

Aliás, em casos semelhantes de apontamento indevido do nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, este Egrégio Tribunal de Justiça entendeu por bem fixar o valor da indenização por danos morais em R$ 5.000,00, podendo-se citar, como exemplo, o seguinte julgado: (...) *Prestação de Serviços. Telefonia. Relação de consumo. Inversão do ônus da prova. Aplicação do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Utilização dos serviços não demonstrada. Cobrança indevida. Inscrição irregular do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito. Dano moral caracterizado. Indenização mantida (...)* (Apelação Cível n.º 0000738-49.2006.826.0625, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 05/12/11, v.u.).

Por fim, sem razão o pedido de revisão do ônus de sucumbência. Tendo sido julgada procedente a ação, de rigor que a requerida arque com o pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios da parte contrária, conforme preconiza o artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Importante frisar que o não acolhimento da integralidade do pedido a título de dano moral, não implica em sucumbência recíproca, uma vez que a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça orienta que *Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca.*

Por todo o exposto, houve por bem o Juízo julgar procedente a ação, para declarar a inexigibilidade do débito, e condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, nos moldes definidos em primeira instância, concedendo a tutela de urgência pleiteada.

Deste modo, o apelo não merece ser provido, devendo a sentença ser mantida conforme proferida, por se encontrar correta. Mantida a sentença, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios devidos ao patrono da autora ao patamar de 16% do valor da condenação, nos termos do dispõe o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008624-43.2018.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que são apelantes R.O.A. (MENOR REPRESENTADO), V.G.A. (JUSTIÇA GRATUITA) e M.O.N. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

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 32.567)**

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

São Paulo, 4 de agosto de 2022.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE EM SUPERMERCADO. Sentença de improcedência. Acidente controverso. Verossimilhança das alegações

Acesso ao Sumário

não demonstrada. Ademais, suposto choque elétrico sofrido pelo genitor e pelo filho menor que não causou qualquer lesão física ou estética. Responsabilização objetiva do fornecedor do serviço que não prescinde da prova do nexo de causalidade. Danos e nexo causal não satisfatoriamente comprovados. Danos morais não configurados. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 237/241, cujo relatório se adota, atribuindo aos autores os ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade.

Inconformados, ***apelam os autores*** sustentando que o Código de Defesa do Consumidor se aplica ao caso, e que houve falha na prestação do serviço fornecido pelo supermercado réu, na medida em que agiu com responsabilidade diante da ocorrência de choque elétrico no momento em que o filho dos autores tocou no freezer ao pretender alcançar um produto que lá estava, não tendo recebido socorro ou auxílio de prepostos do estabelecimento; que o abalo moral sofrido restou evidente, diante da insegurança causada pelo defeito na prestação do serviço, tendo em vista que a criança não deseja mais acompanhar os pais no supermercado diante do trauma causado pelo choque elétrico. Requerem a procedência da ação (fls. 244/257).

Houve resposta (fls. 261/266).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou o parecer de fls. 278/279.

É o que importa ser relatado.

O recurso não merece provimento.

Narram os autores, na inicial, que no dia 27/10/2017, por volta de 14h, estavam eles e seu filho menor no estabelecimento do réu quando este último e seu pai sofreram choque elétrico ao tocarem no freezer, pois pretendiam acessar uma pizza congelada; que nenhum funcionário se dispôs a auxiliá-los ou prestar-lhes socorro; que se dirigiram à delegacia e lavraram boletim de ocorrência; que, em razão do choque elétrico, o menor foi acometido por trauma, sendo que os pais perderam dois dias de trabalho para dar os devidos cuidados ao menor; que os autores foram expostos ao perigo, não tendo o estabelecimento fornecido o serviço com a segurança que se espera, daí porque deve ser responsabilizado objetivamente pelos danos causados. Requereram a condenação do réu no pagamento de indenização por danos morais de R$15.000,00 para cada autor.

A respeitável sentença julgou improcedentes os pedidos, motivando o

Acesso ao Sumário

apelo.

Contudo, em que pesem as razões do recurso, a respeitável sentença merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

De início, nota-se que inexiste verossimilhança quanto aos danos decorrentes de suposto choque elétrico que o coautor V. e seu filho R. teriam sofrido ao tocar no freezer do supermercado para alcançar um produto ali depositado. Muito embora tenha sido lavrado o boletim de ocorrência de fls. 29/31, noticiou a autoridade policial que *"não houve a instauração de inquérito policial em razão da ausência de manifestação"* (fls. 40/41).

O desinteresse dos autores em dar continuidade à queixa só comprova a ausência de prova do dano ou mesmo de nexo causal entre esses supostos danos e qualquer conduta imputável à ré. Com efeito, como bem ponderou a digna Promotora de Justiça na manifestação de fls. 233/235, *apesar das alegações formuladas pelos autores, não há nos autos qualquer demonstração, tanto do acidente que alegam haver sofrido, quanto do defeito que poderia ter ocasionado tal acidente.*

Na mesma esteira o entendimento exarado pelo Juízo *a quo*: *Com base no acima transcrito e nos termos do artigo supramencionado, do cotejamento entre a prova oral em audiências, e aquela documental, a única certeza que se tem é a segunda, prestada pela vigilância sanitária do município que, em inspeção realizada NA ÉPOCA DO OCORRIDO, verificou que os equipamentos de freezer funcionavam adequadamente, sem causar choque elétrico (fl. 200), fato este lucidamente apontado pela Dra. Promotora de Justiça (fl. 234, último parágrafo)*. (fls. 239).

De fato, em ofício de resposta enviado pela Secretaria de Saúde da Prefeitura do Município de Osasco, o Diretor do Departamento de Vigilância em Saúde informou que, com relação à denúncia registrada pelos autores em 27/10/2017, foi realizada inspeção no estabelecimento da ré, na qual *foi verificado que os equipamentos de freezer apresentavam adequado funcionamento sem ocasionar choque elétrico.* (fls. 199/200).

Sobre o evento, ademais, não há qualquer indício de prova sobre o suposto trauma psicológico sofrido pela criança, sequer de atendimento médico. Não se constata que, após o suposto fato, tenha sofrido qualquer lesão corporal ou abalo moral.

Muito embora seja o fornecedor do serviço objetivamente responsável pelos danos causados aos consumidores em razão de falha na prestação do serviço, a indenização não pode ser concedida sem que se prove o respectivo nexo causal, inexistente no caso, até porque nenhuma lesão foi comprovada.

Ao contrário do que defendem os apelantes, a hipótese dos autos não retrata dano moral *in re ipsa*, exigindo-se efetiva comprovação do abalo moral

Acesso ao Sumário

sofrido. E, sequer invocado qualquer tipo de sentimento de extrema degradação decorrente dos fatos narrados, decerto não comprovado eventual impacto negativo na vida dos autores, que saiu ileso do suposto sinistro, não há que se falar em dano moral indenizável no caso em apreço.

Assim, não restaram satisfatoriamente demonstrados os prejuízos alegados e o nexo causal, impondo-se a manutenção da sentença de improcedência da demanda.

Nesse sentido, em situações análogas:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE CHOQUE ELÉTRICO NAS DEPENDENCIAS DO SUPERMERCADO RÉU. DANOS E FATOS NÃO COMPROVADOS. RELAÇÃO DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA QUE NÃO ELIDEM A NECESSIDADE DE PROVA DOS FATOS E DOS DANOS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A CORROBORAR O RELATO CONTIDO NA INICIAL. PROVA TESTEMUNAL QUE NEGOU OS FATOS NARRADOS PELA AUTORA. PROVA PERICIAL QUE CONCLUIU INEXISTIR SEQUELA FUNCIONAL RELACIONADA AO FATO. AUSÊNCIA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO AUTORAL. AUSÊNCIA DE ILÍCITO INDENIZÁVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA PELA ATUAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL (ART. 85 §§ 2.º E 11, DO CPC). Apelação não provida, com determinação. **(TJSP; Apelação Cível 1020569-36.2016.8.26.0554; Relator (a): Cristina Zucchi; 34ª Câmara de Direito Privado; j: 11/09/2019).**

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – Autor que busca a condenação do supermercado réu ao pagamento de R$ 30.000,00 a título de danos morais, mais R$ 15.000,00 pelos danos estéticos suportados em razão do acidente sofrido no interior do estabelecimento, ocasionado por ato de propostos do demandado – Autor que alega ter sido 'atropelado' e 'prensado contra prateleira' por carrinho de reposição de produtos operado por funcionários do local – Sentença de improcedência mantida – Incidente que não ocasionou danos indenizáveis, a tornar despicienda sequer a apuração da ocorrência de responsabilidade da ré ou culpa exclusiva do consumidor, teses da contestação – Laudo produzido pelo IML após lavratura de boletim de ocorrência pelo autor que atestou ter o impacto com o carrinho deixado, tão somente, hematoma na coxa direita do autor – Exame médico que, confrontado com as fotografias apresentadas com a petição inicial, permite concluir que, a par do susto momentâneo sofrido, não houve "risco de morte", o que referiu, tampouco lesão de relevante gravidade; quiçá sequela estética permanente, tendo o episódio ocasionado, em verdade e

Acesso ao Sumário

tão somente, marca roxa de pequena proporção na perna do autor, o que não permite concluir pelo dano moral ou estético – Honorários recursais devidos – RECURSO DESPROVIDO. **(TJSP; Apelação Cível 1000444-80.2021.8.26.0066; Relator (a): Angela Lopes; 28ª Câmara de Direito Privado; j: 13/04/2022)**

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de reparação de danos materiais, morais, estéticos e funcionais cumulada com indenização por perda de uma chance. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Não acolhimento. Queda em supermercado. Autora que tropeçou em tapete, sustentando que ele estava solto e com quinas levantadas, causando quedas de clientes. Réu apresentou vídeo do momento da queda da autora, no qual não se verificou as irregularidades mencionadas pela autora. Nexo de causalidade não demonstrado. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DESPROVIDO. **(TJSP; Apelação Cível 1008597-20.2016.8.26.0344; Relator (a): Sergio Alfieri; 28ª Câmara de Direito Privado; j 08/09/2020).**

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – Ação movida em decorrência de alegada queda em interior de supermercado em piso molhado – Queda em si incontroversa – Relação de consumo – Quebra do nexo de causalidade – Não demonstrada ausência de segurança do ambiente – Normalidade – Infortúnio – Não demonstrada falha na prestação dos serviços – Ônus da prova – *Artigo 373, I, do Código de Processo Civil – Não caracterizado o dano moral – Sentença de improcedência mantida por fundamento diverso. Honorários advocatícios de sucumbência majorados, em aplicação ao disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade concedida. Recurso não provido.* **(TJSP; Apelação Cível 1052908-86.2015.8.26.0100; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; 33ª Câmara de Direito Privado; j: 02/04/2019).**

Por ter dado adequada solução à causa, a respeitável sentença recorrida merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, consoante dispõe o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios fixados na sentença para 12% do valor da causa, considerando o trabalho adicional realizado em grau de recurso e os critérios previstos no § 2º do mesmo artigo, ressalvada a gratuidade.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007683-23.2020.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante MANTERRA

01 SPE LTDA, é apelado JOMAIR DA SILVA PUERTAS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

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** 658)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), MARIA DO CARMO HONÓRIO e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 19 de julho de 2022.

CHRISTIANO JORGE, Relator

Ementa: Ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de valores. Sentença de parcial procedência. Apelação interposta pela ré. Promessa de compra e venda de lote. Atraso na conclusão das obras de infraestrutura do empreendimento. Rescisão contratual pretendida pelo adquirente, em decorrência da mora da vendedora. Restituição dos valores pagos que deve ser integral e em parcela única. Inteligência da Súmula nº 543 do Superior Tribunal de Justiça. Correção monetária a partir do desembolso das parcelas. Termo inicial dos juros de mora que é a data da citação. Danos morais. Inocorrência. Mero inadimplemento contratual que não enseja o dever de reparar por danos morais. Ausência de ofensa a direitos de personalidade. Precedentes. Condenação afastada. Pretensão de redução dos honorários advocatícios sucumbenciais com base na equidade. Impossibilidade. Hipótese em que o valor da causa não é irrisório. Tema 1.076 do Superior Tribunal de Justiça. Sentença, em parte, reformada.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 122/129 pela qual foi julgada parcialmente procedente a ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de valores ajuizada por JOMAIR DA SILVA PUERTAS em desfavor de MANTERRA 01 SPE LTDA.

Acesso ao Sumário

Por meio da r. sentença ora combatida, reconheceu-se o atraso na entrega das obras de infraestrutura do empreendimento por parte da requerida e, por isso, foi declarada a rescisão contratual e condenada a ré à devolução da integralidade dos valores pagos pelo autor em parcela única, bem como ao pagamento de multa contratual de 2% sobre o valor pago, invertendo-se a cláusula penal prevista para inadimplemento do adquirente. Ainda, a ré foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais ao autor no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Irresignada, a requerida interpôs recurso de apelação, com razões às fls. 141/165, requerendo a reforma da r. sentença para que seja autorizada a retenção de 30% ou, subsidiariamente, de 25% dos valores pagos. Pretende, ainda, a fixação do trânsito em julgado como termo inicial de fluência dos juros moratórios sobre as quantias a serem restituídas, bem como a correção monetária das parcelas somente a partir da distribuição da demanda. Defende a inocorrência de danos morais a ensejarem o dever de reparar o apelado, pleiteando o afastamento da condenação ou, subsidiariamente, a minoração do *quantum* indenizatório. Requer, finalmente, a inversão do ônus sucumbencial ou o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais com base na equidade, pois inexistiria condenação e o valor seria exorbitante.

Contrarrazões de apelação às fls. 180/195.

É o relatório.

O apelo merece parcial provimento.

Consta dos autos que as partes firmaram, em 12/11/2017, promessa de compra e venda do lote 14, quadra M, do empreendimento denominado "Residencial e Comercial Soares Teruel", pertencente à apelante, pelo preço de R$ 89.197,58 (oitenta e nove mil, cento e noventa e sete reais, e cinquenta e oito centavos).

Conforme se depreende da planilha de cálculos juntada pelo apelado às fls. 20 (não impugnada especificamente pela apelante), o recorrido adimpliu com todas as parcelas contratuais devidas até a propositura desta demanda, perfazendo o valor de R$ 20.011,62 (vinte mil e onze reais e sessenta e dois centavos), atualizado até dezembro de 2020.

As parcelas vincendas no curso do feito tiveram a exigibilidade suspensa pela decisão interlocutória de fls. 60/62, pela qual foi concedida a medida liminar pretendida pelo recorrido.

Por meio da cláusula segunda do instrumento contratual (fls. 23), a apelante se comprometeu a concluir as obras de infraestrutura do empreendimento no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data do registro do empreendimento, ocorrido em 11/09/2017. Restou incontroverso nos autos, todavia, que até a propositura desta ação as obras de infraestrutura não foram finalizadas.

Acesso ao Sumário

Assim, configurada a mora da vendedora, foi declarada a rescisão contratual por sua culpa, condenando-a a restituir integralmente os valores pagos pelo adquirente, nos termos da r. sentença guerreada.

Pretende a apelante, inicialmente, seja autorizada a retenção de 30% ou 25% dos valores pagos pelo adquirente. O pedido não prospera.

Verificado o inadimplemento contratual por culpa da promitente-vendedora, aplica-se ao caso o teor da Súmula nº 543 do E. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual:

> *"Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento."* (grifou-se)

O valor pago pelo promitente-comprador deve ser restituído integralmente, sem retenção de qualquer percentual, pois o inadimplemento contratual ocorreu por fato imputado exclusivamente à apelante.

Incabível a responsabilização do apelado por despesas operacionais e publicitárias oriundas do desfazimento do negócio jurídico, sob risco de a apelante se enriquecer ilicitamente, tendo em vista que a rescisão contratual ocorreu por fato por ela praticado.

Note-se, aliás, que não foi autorizada a retenção de 2% dos valores pagos pelo apelado, como faz crer a apelante nas razões recursais, mas sim invertida a cláusula oitava que comina multa moratória apenas ao adquirente, no caso de inadimplemento contratual, aplicando-a à vendedora.

Ademais, pugna a apelante sejam os juros de mora fixados a partir do trânsito em julgado da r. sentença. Igualmente, o pedido não deve ser acolhido.

Consoante entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, os juros moratórios serão computados a partir do trânsito em julgado nos casos de rescisão de compromisso de compra e venda declarada judicialmente, por desistência dos adquirentes.

O fundamento da rescisão, no caso dos autos, não é o arrependimento dos adquirentes, mas sim o inadimplemento da promitente-vendedora perante suas obrigações contratuais. Por isso, os juros devem incidir a partir da citação, quando, então, a apelante foi constituída em mora, nos termos do artigo 405 do Código Civil.

Não é outro o entendimento desta C. Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. ATUAÇÃO DA COOPERA-

Acesso ao Sumário

TIVA COMO FORNECEDORA DE PRODUTOS. APLICAÇÃO DO CDC. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE PRAZO PARA ENTREGA DA UNIDADE HABITACIONAL. ATRASO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS QUE DEVE OBSERVAR O PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Enquadrando-se a Cooperativa no conceito legal de fornecedora e a pessoa física no de consumidora, a relação estabelecida entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Precedentes deste Egrégio Tribunal. 2. Na hipótese de a vendedora dar causa à resolução do contrato, cujo conteúdo revela tratar-se de promessa de compra e venda de imóvel, deve, em tese, ocorrer a restituição imediata e integral das parcelas pagas pela compradora, nos termos da Súmula 543 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. No caso concreto, deve ser acolhido o percentual indicado na petição inicial, em atenção ao princípio da adstrição. 3. O termo inicial dos juros de mora corresponde à data da citação da Cooperativa, quando ela foi constituída em mora (artigo 405 do Código Civil).

(TJSP; Apelação Cível 1066045-28.2021.8.26.0100; Relator (a): Maria do Carmo Honorio; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 39ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/03/2022; Data de Registro: 26/03/2022)

No caso em apreço, a correção monetária deve fluir a partir do desembolso das parcelas pelo apelado, como bem fixado na r. sentença. Isso porque o reajuste monetário possui o único escopo de recompor o valor econômico da moeda, nada acrescendo no montante a ser restituído, razão pela qual sua incidência tem como termo inicial o desembolso dos valores.

Roga a apelante, ainda, pelo afastamento da condenação por danos morais ou redução do *quantum* indenizatório fixado. O pleito deve ser acolhido.

Pela jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a mera rescisão contratual não gera, por si, o dever de reparação de dano moral, sendo necessária a análise detida de efetiva violação a direitos de personalidade.[1]

Constata-se, *in casu*, que a frustração do apelado não passa de mero aborrecimento, inexistindo nos autos elementos indicativos de qualquer frustração grave, a transcender a esfera patrimonial e atingir a moral ou os direitos de personalidade do recorrido.

O atraso na conclusão das obras de infraestrutura do empreendimento do qual o apelado adquiriu seu lote consiste em mero aborrecimento decorrente da vida em sociedade, ao qual todos estamos sujeitos. Não há, portanto, qualquer

1 STJ, AgRg no AREsp 570.086/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015

Acesso ao Sumário

notícia de ofensa a direitos de personalidade a caracterizar o dever da recorrente em indenizá-lo por danos morais.

Dessarte, é o caso de ser afastada a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais em favor do apelado.

Por fim, não há que se falar na aplicação do princípio da causalidade na hipótese, porquanto, além de ter sido parte vencida no presente feito, tendo em vista que o apelado sucumbiu em parcela mínima dos pedidos, a recorrente efetivamente deu causa à propositura da ação, resistindo à pretensão do apelado em ter restituídos integralmente os valores pagos.

Finalmente, o pedido de arbitramento dos honorários sucumbenciais por equidade não prospera.

Em recente julgamento dos Recursos Especiais de nº 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses (Tema 1.076):

> *i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.*
>
> *ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.*

Assim, o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais com base no critério da equidade ficou restrito às hipóteses em que o valor da causa, da condenação ou do proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável, irrisório ou muito baixo, o que não ocorre no caso dos autos.

Considerando o provimento parcial do presente recurso, deixo de majorar os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em favor dos causídicos da parte apelada, que devem ser mantidos nos termos da r. sentença.

Para fins do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, considero prequestionada toda a matéria suscitada pela parte recorrente e eventualmente não apreciada, consignando-se, ainda, em consonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que *"O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão."*. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para afastar a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais, mantendo-se, no restante, a r. sentença como bem lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042814-85.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante ANA PAULA VISCONTI MACHADO DE MORTA, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.832)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2022.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação. Ação monitória. Pedido de justiça gratuita indeferido na sentença. Insurgência não acolhida. Condição pessoal da autora que não autoriza a concessão do benefício da gratuidade. Sentença de extinção mantida. Recurso desprovido, com determinação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 50, cujo relatório adoto em complemento, que julgou extinto o processo relativo à ação de indenização por danos morais, proposta por Ana Paula Visconti Machado de Morta contra Banco do Brasil S/A. Não houve condenação em sucumbência, tendo em vista que a parte contrária não integrou à lide.

Inconformada, a autora apela requerendo a concessão da gratuidade. Sustenta que possui diversas dívidas, conforme comprovado a fls. 38/47 e que paga aluguel, no valor de R$ 1.100,00, conta de água R$ 94,00, despesas de tratamento dentário R$ 400,00 e nutricionista R$ 481,84 (está com problemas de obesidade). Relata que sobra de seus proventos o valor de R$ 1.037,00, ou seja, menos de um salário mínimo para alimentação, higiene, remédios, e despesas

Acesso ao Sumário

com o sustento do seu filho menor. Argumenta que o valor nominal dos proventos de sua aposentadoria não pode ser considerado para o fim de indeferimento da gratuidade da Justiça. Entende que deve ser considerado o valor real que tem disponível a parte para o sustento próprio e de sua família (no caso, um filho menor fls. 6/8). Requer o provimento do recurso para que lhe seja deferida a gratuidade (fls. 53/57).

Recurso tempestivo, sem o recolhimento do preparo tendo em vista que a apelante discute o indeferimento da gratuidade.

O apelado não apresentou contrarrazões.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A r. decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso. Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

A decisão de fls. 32/33 indeferiu o pedido de gratuidade, sob o fundamento de que a autora/apelante além de não apresentar os documentos elencados nos itens "b" à "d", de fls. 13, a autora juntou cópia do demonstrativo de benefícios, que evidencia que tem uma renda mensal superior ao valor equivalente a três salários mínimos, entendidos pela Magistrada como limite para tal concessão, em conformidade com o parâmetro utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Desta forma, uma vez não atendida integralmente a determinação judicial de recolhimento das custas pela apelante no prazo concedido, agiu corretamente a ilustre Magistrada *a quo* ao julgar o feito extinto sem resolução do mérito (fls. 504).

Nesse sentido, julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"Apelação. Embargos à execução. Determinação para que a embargante recolhesse as custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição. Não cumprimento. Justiça Gratuita. Benefício indeferido anteriormente por decisão confirmada em segundo grau em agravo de instrumento. Cancelamento da distribuição. Sentença mantida. Recurso desprovido, com determinação." (Apelação n.º 1017754-61.2019.8.26.0554, 37ª Câmara de Direito Privado, desta Relatoria, j. 09.07.2020).

"EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS PRETENSÃO DE REFORMA – DESCABIMENTO Processado o agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória que indeferiu os benefícios da justiça gratuita sem a concessão do efeito suspensivo pleiteado, impunha à ora apelante o recolhimento das custas iniciais, com vistas a evitar o cancelamento da distribuição, o que não

Acesso ao Sumário

fez Sentença extintiva da ação mantida. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1000274-23.2018.8.26.0581; Relator: WALTER FONSECA; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Manuel – 2ª Vara; Data do Julgamento: 01/08/2019; Data de Registro: 06/08/2019).

O pedido de gratuidade formulado em sede de apelação não deve ser acolhido. Ressalte-se que os artigos 98, caput e 99, § 3º, ambos do Código de Processo Civil/2015 dispõem respectivamente 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."

Destaque-se que a declaração de pobreza possui presunção relativa de veracidade, cabendo ao magistrado analisar em cada caso e de acordo com as provas apresentadas se a parte faz jus ao benefício.

Mencionado entendimento está em consonância com o previsto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, segundo o qual: *"o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos."*

Nestes termos, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO 'JURIS TANTUM'.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a declaração de pobreza, para fins de obtenção da assistência judiciária gratuita, gera presunção 'juris tantum' de necessidade do benefício.

2. Possibilidade de indeferimento do benefício se o magistrado verificar, com base nos elementos dos autos, não ser o postulante do benefício dele necessitado.

3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (AgRg no REsp 1185351/RJ, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. em 14/08/2012).

O documento de fls. 48 revela que a autora/apelante percebe provimentos mensais no valor de R$ 3.903,58, situação essa que não se coaduna com a alegada pobreza.

O fato da apelante possuir dívidas ou estar enfrentando dificuldades na administração de seu respectivo patrimônio, por si só, não tem o condão de caracterizar a impossibilidade de arcar com os encargos processuais. Há que se

Acesso ao Sumário

ter presente que o incômodo financeiro não se confunde com a hipossuficiência.

A propósito, confira-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA – PESSOA JURÍDICA – pedido amparado em afirmação de insuficiência de recursos e de inatividade da empresa – insuficiência – necessidade de prova mais robusta – falta de comprovação a respeito da situação financeira atual da pessoa jurídica – circunstância que impede a concessão do benefício pleiteado – determinação de recolhimento também das custas do presente recurso, sob pena de inscrição na dívida ativa – necessidade, entretanto, de se ampliar o prazo fixado em 1ª instância para recolhimento das custas – dilação de ofício do prazo fixado pelo magistrado de 1º grau para o recolhimento das custas (de 10 dias para 30 dias), nos termos do art. 257 do CPC – agravo desprovido, com determinação e com alteração de ofício quanto ao prazo." (Agravo de Instrumento nº 2130307-86.2015.8.26.0000, Relator: CASTRO FIGLIOLIA; Comarca: Presidente Prudente; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/08/2015).

Diante desse quadro, não estão presentes nos autos a verossimilhança das alegações da apelante de insuficiência de recursos financeiros para arcar com as despesas e custas processuais, de modo que o indeferimento dos benefícios deve ser mantido.

Destarte, fica mantida a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos e pelos ora acrescentados. Diante do não acolhimento do recurso, com a mantença do indeferimento do benefício da justiça gratuita, deverá a apelante providenciar, em primeiro grau de jurisdição, o recolhimento do preparo da apelação, sem prejuízo de outros valores eventualmente devidos.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001393-37.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante UNIMED DE SANTOS – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é apelado PATRICIA

RODRIGUES COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.267)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente) e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 4 de agosto de 2022.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE – Intervenção cirúrgica para correção de cervicobraquialgia – Negativa de cobertura dos materiais inerentes ao procedimento – Avaliação desfavorável por Junta Médica – Inadmissibilidade – Indicação do procedimento adequado que compete ao profissional que acompanha o paciente – Materiais necessários ao tratamento da moléstia que acomete a autora – Incidência do CDC e da Súmula 102, deste E. Tribunal de Justiça – Dano moral caracterizado – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 233/236, relatório adotado, que, em ação cominatória c.c. reparação por danos morais, julgou procedentes os pedidos, para determinar à ré o fornecimento dos materiais solicitados pelo médico visando à realização da cirurgia de que necessita, condenando-a, ainda, ao pagamento de R$10.000,00, a título de danos morais.

Alega a apelante que a recusa de cobertura encontra-se amparada em auditoria e parecer da Junta Médica, que foram contrários às solicitações do médico assistente. Rechaça, ademais, a ocorrência de danos morais (fls. 249/254).

Recurso processado, recolhido o preparo.

Contrarrazões não foram apresentadas.

É o relatório.

Depreende-se dos autos que a autora é beneficiária do plano de saúde da ré e, após ser diagnosticada com cervicobraquialgia, foi prescrita intervenção cirúrgica, cujos materiais a ré se recusou a cobrir.

Impende ressaltar que se tratando de plano de saúde, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor. Nas lições de Cláudia Lima Mar-

Acesso ao Sumário

ques (in "*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*" , 4ª edição, página 399):

> *"(...) apesar da L. 9656/98, na sua versão atual, nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os, também comuns, contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família ou dependentes. Mencione-se, assim, com o eminente Professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que: 'Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código (...)"*

O entendimento dos Tribunais é o de interpretar o contrato em favor do consumidor, especialmente em se tratando de contrato de adesão, nos quais as cláusulas foram redigidas por apenas uma das partes. A previsão legal de limitação de riscos não significa que qualquer uma delas seja aceita como legítima: existe essa faculdade, mas ela deve ser exercida de acordo com a boa-fé e com as regras de proteção ao consumidor.

Ressalte-se mais que, por força da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se à demanda o Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 51, inciso IV, do referido Código, prevê expressamente:

> *"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".*

Portanto, tendo as partes celebrado contrato com previsão de cobertura de despesas relativas à assistência médico-hospitalar, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, não poderia a ré negar à autora cobertura dos custos do tratamento e materiais indicados pelo médico que a assiste.

No caso, o contrato não exclui a cobertura da moléstia que acomete a autora, sendo de rigor a cobertura do tratamento indicado, não se reputando plausível a negativa de cobertura integral dos materiais necessários a tal tratamento, sob pena de torná-lo ineficaz ao seu objetivo. Ora, se o contrato não prevê restrição à cobertura, não há como se excluir o tratamento destinado ao

Acesso ao Sumário

restabelecimento do paciente, ainda mais quando o procedimento tenha sido indicado por médico especialista (fls. 43/44).

Esse entendimento, inclusive, foi congregado em enunciado sumular orientativo desta Corte:

> *"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."*

Desse modo, havendo a citada cobertura, é obrigação da ré disponibilizar o tratamento indicado ao consumidor, com os materiais a ele inerentes, sendo descabida a alegação de que deve prevalecer a cláusula do contrato, porque coloca o consumidor em desvantagem exagerada, indo contra os princípios da boa-fé e equilíbrio contratual.

A recomendação para a realização dos procedimentos e utilização dos materiais é de ordem médica e é o profissional que detém o conhecimento sobre as técnicas empregadas bem como pelos materiais a serem utilizados no procedimento cirúrgico. É de sua responsabilidade a orientação terapêutica não cabendo às operadoras substituírem os técnicos neste mister, sob pena de se por em risco a vida do consumidor. Se a indicação foi médica para o procedimento, por óbvio que parece ser esta a medida mais correta e eficaz ao tratamento da doença.

Nesse sentido, decisões recentes desta E. Câmara em casos análogos:

> "Apelações Cíveis. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Pretensão de compelir a ré ao custeio de cirurgia para tratamento de lombalgia. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes. Cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. Desacolhimento. O juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele decidir pela necessidade de sua produção. Conjunto probatório constante nos autos suficiente para deslinde da ação. Desnecessidade de produção de outras provas. Princípio da livre apreciação das provas e convencimento motivado do juiz (art. 370, do CPC). Preliminar afastada. **Recusa fundada na divergência quanto ao melhor tratamento, conforme conclusão de junta médica formada pela ré. Impossibilidade. Compete ao médico especialista que assiste o paciente avaliar e prescrever o tratamento, e não à empresa prestadora de serviço de assistência médica, que não pode interferir na indicação feita pelo profissional da área médica. Incidência da Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça. Prevalência da indicação do médico de confiança do paciente.** Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/1990. Súmulas nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça e nº 608 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Fornecedor que deve assumir o risco do negócio que está

Acesso ao Sumário

fornecendo. Caveat venditor. Dano moral. Caracterização. Parte autora acometida por quadro grave de lombalgia, precisando do atendimento de urgência, e teve negada a devida cobertura por seu plano de saúde. Situação que ultrapassa o mero dissabor. Precedentes desta C. 5ª Câmara. Quantum indenizatório. Pretensão de fixação em R$ 30.000,00. Descabimento. Arbitramento em R$ 10.000,00. Quantia suficiente para compensar o sofrimento experimentado, sem gerar enriquecimento sem causa, e alertar o fornecedor sobre a necessidade de buscar alternativas para evitar a repetição de eventos danosos como o tratado nos autos. Recurso da ré desprovido. Recurso da autora provido em parte para condenar a requerida a pagar danos morais no valor de R$ 10.000,00, com correção monetária pela tabela prática deste Egrégio Tribunal de Justiça a partir do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, conforme artigo 405 do Código Civil."

(TJSP; Apelação Cível 1011731-37.2018.8.26.0004; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV – Lapa – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2021; Data de Registro: 30/03/2021, grifo nosso).

"Plano de Saúde – Obrigação de fazer e indenização – Preliminar de não conhecimento do recurso afastada – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – **Negativa de autorização de fornecimento de alguns materiais, necessários à efetivação de procedimento de artroscopia revisional da ATM direita e remoção de placa cirúrgica ortognática, sob as alegações de que realizou cotações para a aquisição dos materiais indicados, mas seus valores superam aqueles disponibilizados e que não há relevância ou distinção entre a qualidade de ambos – Necessidade de fornecimento dos materiais solicitados pelo profissional que acompanha a paciente, que já foi submetida a procedimento anterior no qual ocorreu infecção na placa de fixação** – Danos morais não configurados – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente acolhido."

(TJSP; Apelação Cível 1018877-87.2018.8.26.0309; Relator (a): A. C.Mathias Coltro; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/04/2021; Data de Registro: 19/04/2021, grifo nosso).

Ora, havendo prescrição do tratamento pelo médico para a evolução da saúde e do bem-estar da autora, o plano de saúde não pode interferir ou restringir os procedimentos adotados pelo profissional, o que caracteriza a conduta ilícita.

Nem mesmo a alegação de desrespeito ao equilíbrio contratual pode justi-

Acesso ao Sumário

ficar a aplicação da cláusula de exclusão de tratamento adequado à doença cuja cobertura é prevista, pois ao conceder-lhe cobertura, impossível o afastamento do tratamento e materiais necessários, e aqui a doença encontra-se satisfatoriamente demonstrada.

Além disso, impera salientar que, se por iniciativa própria a ré passou a atuar na área de saúde, atraiu para si responsabilidades e não só a possibilidade de lucro do negócio.

Assim, nos termos do artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor, o contrato deve ser interpretado de maneira mais favorável ao consumidor, sob pena de inviabilizar o objeto do próprio ajuste (a garantia à saúde), o que viola o inciso II, do § 1º, do artigo 51, do mesmo diploma legal, sendo, pois, patente a necessidade de reembolso dos valores despendidos para a aquisição de materiais necessários à intervenção.

É reconhecido o direito à compensação dos danos 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, especialmente no caso da apelante, por envolver função do corpo humano imprescindível à movimentação do pescoço e braço.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ se pacificou:

"Civil. Processo civil. Recurso especial. Seguro saúde. Recusa indevida da seguradora em custear cirurgia de emergência. Alegação não comprovada de doença preexistente à contratação do seguro. Direito à cobertura reconhecido. Danos morais. Ocorrência.

1. No pleito em questão o autor submeteu-se a uma cirurgia de emergência de um tumor maligno no cérebro, recusando-se a seguradora a arcar com as despesas médico-hospitalares ao argumento de preexistência da doença quando da assinatura do contrato. As instâncias de 1º e 2º grau julgaram restar incomprovadas as alegações da empresa recorrida, reconhecendo o direito do autor à cobertura pleiteada, lhe sendo reembolsados os gastos com a cirurgia e o pagamento do tratamento quimioterápico, nos termos do contrato firmado entre as partes. 2. Quanto aos danos morais, o Tribunal, reformando a sentença neste ponto, considerou que a indevida recusa da seguradora, inobstante ter causado "transtornos e mal estar ao autor", não configurou a ocorrência do dano moral pleiteado. 3. O acórdão recorrido encontra-se em dissonância com o entendimento firmado nesta Corte, segundo o qual "a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a

Acesso ao Sumário

autorização da seguradora, já se encontra em situação de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada". Precedentes. 4. Ademais, como também já tem decidido esta Corte, em casos como este "não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele in re ipsa, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação. Precedentes. 5. Considerando as peculiaridades do pleito em questão, e em acordo com precedentes desta Corte em casos assemelhados, versando sobre recusa indevida de cobertura securitária, restabeleço a sentença de 1º grau, mas reduzindo o valor dos danos morais, para fixá-los em R$.50.000,00 (cinqüenta mil reais). 6. Recurso conhecido e provido" (STJ-REsp nº 880.035/PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, j. 21.11.06, DJ 18.12.06, p. 405, em Lex-STJ 210/254).

"(...) PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR. RAZOABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de que há direito ao ressarcimento do abalo moral oriundo da injusta recusa de cobertura securitária médica, pois esta conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já abalado em virtude da doença.

(...)

3. Agravos regimentais não providos" (AgRg no REsp 1.241.480/RS, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, 3ª Turma, j. 14/02/2012).

"(...) PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO A MENOR. LIBERAÇÃO DE SENHA. RECUSA. INADIMPLÊNCIA. ATRASO DE MENSALIDADES. INEXISTÊNCIA. NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA. HUMILHAÇÃO E ANGÚSTIA. DANO MORAL CONFIGURADO. (...)" (AgRg no Ag 1.303.041/SP, rel. min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 09/11/2010).

No mesmo sentido se assinalando precedentes nos RREEsp 657.717/RJ, 341.528/MA e 229.078/SP; ainda, no AgRg no A. 520.390/RJ e REsp 357.404/RJ.

Destaque-se, sob outro enfoque, estar superado o entendimento de que o simples descumprimento do contrato por um dos contratantes (ilícito contratual) não seria causa geradora de dano moral.

Apropriada, nesta quadra, a lição de Pietro Perlingieri: *"Prescindindo da tormentosa questão acerca da possibilidade de ressarcir o interesse legítimo, é oportuno evidenciar que a saúde pode sofrer não apenas um dano injusto extracontratual, mas também um dano no âmbito das vicissitudes de uma relação com conteúdo determinado. Nesta última hipótese (...) o dano sofrido pode*

Acesso ao Sumário

constituir violação de um dever 'específico' com consequente responsabilidade contratual e ressarcibilidade em relação ao requerente" (O Direito Civil na Legalidade Constitucional, Ed. Renovar, 2008, p. 806).

Deixa-se de majorar a verba honorária em conformidade com o art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, porquanto já arbitrada em seu patamar máximo.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014063-91.2021.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante SAMUEL SANTA ROSA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº** 20.224)

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

São Paulo, 4 de agosto de 2022.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – Saques em terminal 24 horas não reconhecidos pelo autor – Instituição financeira que alega ausência de falha na prestação dos serviços – Transações efetuadas com cartão magnético e senha – Cartão com chip – Utilização de senha pessoal – Inversão do ônus da prova – Impossibilidade – Ausência de verossimilhança – Autor que não se desincumbiu de seu ônus – Art. 373, I, do CPC – Improcedência – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

O Douto Magistrado *a quo*, ao proferir a r. sentença de fls. 196/198, cujo relatório adoto, julgou a ação ordinária, ajuizada por *SAMUEL SANTA ROSA SANTOS* em face de *BANCO DO BRASIL S/A*, nos seguintes termos: *"Por todo*

Acesso ao Sumário

o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido. A parte autora pagará as custas e as despesas processuais, bem como os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade.".

Apela o autor (fls. 201/214). Sustenta a ausência de provas documentais que comprovem a realização das transações com seu cartão, *"que nunca saiu de sua posse"*. Ressalta a ocorrência de defeito na prestação dos serviços. Invoca a responsabilidade objetiva da instituição financeira. Busca a reforma do julgado.

Contrarrazões apresentadas às fls. 219/234.

Subiram os autos para julgamento. Não há oposição ao julgamento virtual (fls. 238).

É o Relatório.

Inicialmente, exercido o juízo de admissibilidade em cumprimento ao disposto no art. 1.010, § 3º do CPC, vale consignar que o presente recurso deve ser conhecido, pois é tempestivo e dispensado de preparo.

De plano, destaque-se, ademais, que esta Decisão Colegiada se limita a apreciar a matéria efetivamente impugnada, em conformidade com o teor do art. 1.013, caput, do CPC.

Trata-se de ordinária, ajuizada por *SAMUEL SANTA ROSA SANTOS* em face de *BANCO DO BRASIL S/A*, objetivando o ressarcimento de R$1.900,00, decorrentes de saques realizados em sua conta bancária, os quais desconhece, além de indenização por danos morais.

O recurso não comporta provimento.

De início, não se ignora que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos bancários. Nesse sentido, a Súmula 297, do Superior Tribunal de Justiça: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"*.

Todavia, a aplicação do CDC, não significa conceder tudo o que o consumidor pretende, como se não houvesse contrato, outras leis aplicáveis à espécie e entendimento jurisprudencial uniformizado.

Acesso ao Sumário

Pertinente ressaltar que a inversão do ônus da prova é medida excepcional e necessita do preenchimento de certos requisitos, entre os quais, o da verossimilhança das alegações e hipossuficiência.

Nesse sentido:

"1. APLICABILIDADE DO CDC À RELAÇÃO MATERIAL DISCUTIDA NOS AUTOS – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPLICA A INVERSÃO AUTOMÁTICA DO ÔNUS PROBATÓRIO – NECESSIDADE DE ANÁLISE QUANTO AO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 6º, VIII, DO CDC – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FIRMANDO A AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DEDUZI-

DAS PELO CONSUMIDOR – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO TEMA, POR PRESSUPOR NOVO ENFRENTAMENTO DO QUADRO FÁTICO DELINEADO NOS AUTOS – 2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA." (AgRg no Ag 1187599/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 22/02/2012).

O requerente alega não ter realizado as transações apontadas na inicial. A casa bancária, por seu turno, alega que as transações ocorreram com utilização de cartão com chip e senha pessoal.

Observando-se o horário e os valores movimentados, é possível afirmar que os saques realizados não se amoldam ao padrão de fraude. Como bem anotou o Magistrado *a quo*:

"Além da negativa do banco na defesa, os saques reclamados ocorreram em datas distintas, com intervalo de dias entre um e outro, prática não característica de agentes criminosos, que preferem saques seguidos e em valores consideráveis. Também não houve outras movimentações atípicas, tudo a indicar a inexistência do ato ilícito.

Acrescento que não ficou descartado o costume do autor em utilizar caixas eletrônicos fora da agência bancária (banco 24 horas). Conforme extrato de fls. 165, este tipo de saque não foge do perfil do cliente."

Desta forma, não há se falar em responsabilidade do estabelecimento, nem em risco do negócio, posto que a utilização de senha pessoal pressupõe a titularidade do cartão.

Além disso, a responsabilidade pela guarda e pelo uso correto do cartão e da respectiva senha é, exclusivamente, do correntista.

A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL. CONTA-CORRENTE. SAQUE INDEVIDO. CARTÃO MAGNÉTICO. SENHA. INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA". Ementa: "1. O uso do cartão magnético com sua respectiva senha é exclusivo do correntista e, portanto, eventuais saques irregulares na conta somente geram responsabilidade para o Banco se provado ter agido com negligência, imperícia ou imprudência na entrega do numerário. 2. Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial." (Recurso Especial n.º 602.680/BA, 4.ª Turma, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, v.u., j. 21.10.2004, DJU 16.11.2004, página 298).

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE EM CONTA CORRENTE MEDIANTE USO DE CARTÃO MAGNÉTICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÔNUS DA PROVA. EXTENSÃO INDEVIDA. CPC, ART. 333, I. I. Extraída da conta corrente do cliente determinada importância por intermédio de uso de cartão magnético e senha pessoal,

Acesso ao Sumário

basta ao estabelecimento bancário provar tal fato, de modo a demonstrar que não agiu com culpa, incumbindo à autora, em contrapartida, comprovar a negligência, imperícia ou imprudência do réu na entrega do numerário. II. Recurso especial conhecido e provido, para julgar improcedente a ação." (RESP 417835/AL, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJU de 19.08.2002).

Esta C. 37ª Câmara de Direito Privado decidiu no mesmo sentido:

"Apelação. Contratos bancários. Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por dano moral. Inadmissibilidade da inversão do ônus da prova. Transações realizadas com cartão e senha do autor. Falta de diligência na guarda do cartão e senha. Responsabilidade do correntista pela guarda e uso do cartão. Defeito da prestação do serviço bancário não demonstrado. Sentença de procedência reformada. Recurso provido." (TJSP – Apelação Cível nº 1001026-17.2017.8.26.0197 – 37ª Câmara de Direito Privado – Res. Des. Pedro Kodama – j. 30/01/2020)

Resta claro que não houve qualquer participação do banco, com relação aos fatos alegados. Desta forma, não pode o banco réu ser responsabilizado, eis que não praticou nenhum ato ilícito a justificar o acolhimento dos pedidos iniciais. Incidem no caso as excludentes de responsabilidade previstas no art. 14, § 3º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, e uma vez que o autor não se desincumbiu do ônus probatório, previsto no art. 373, I, do CPC *(O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.),* de rigor a manutenção da r. sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

Em razão do que estipula o artigo 85, §§ 1º e 11, do NCPC, majoro a verba honorária, fixada na r. sentença em favor dos patronos do réu, para 15% sobre o valor da causa, atualizado pela Tabela Prática deste Tribunal até a data do efetivo pagamento, observada a gratuidade de justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044241-80.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCOS MENEGON FAIS e ADRIANA MARIA NAPONIELLO FAIS, são apelados ANDERSON DE CASTRO SAMOS PARIS e ADRIANA FRAGA COSTA SAMOS PARIS.

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

quaram o Acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0064)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES e ADEMIR MODESTO DE SOUZA.

São Paulo, 11 de agosto de 2022.

PASTORELO KFOURI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO (CPC, ART. 1030, II, C.C. ART. 1041). Tese firmada nos recursos especiais 1812301/SC e 1822171/SC, (Tema nº 1.076/STJ, sob o regime de repetitivos) que determinou que não é permitida a fixação de honorários de sucumbência por equidade quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. Decisório desta C. Câmara que, ante o elevado valor da causa, fixou os honorários por equidade. Juízo de retratação exercido para retificar o v. acórdão, tão somente em relação aos honorários de sucumbência.

VOTO

Trata-se de juízo de retratação, nos termos do art. 1030, II, do CPC, em razão do julgamento por esta C. Câmara do recurso de apelação interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente ação indenizatória no contexto de compra e venda de imóvel.

A r. sentença, pela qual se julgou parcialmente procedente a ação indenizatória, condenou os réus solidariamente no pagamento: 1) de quantia correspondente ao valor despendido pelo imóvel indicado na exordial, acrescido das despesas com o contrato de compra e venda e registro imobiliário, a título de indenização por danos materiais; e, 2) da quantia de R$ 40.000,00, a título de reparação por danos morais (fls. 367/371).

Apelam os réus asseverando, em síntese, que: a) o valor da causa deve corresponder ao valor do imóvel na data da compra corrigido monetariamente até a data da propositura da ação, ou, então, ao valor do pedido de indenização por danos morais, vez que prejudicado o pleito de indenização por danos materiais; b) a evicção não foi consumada, haja vista que realizaram acordo no processo trabalhista no qual reconhecida a fraude à execução, o qual foi

Acesso ao Sumário

integralmente cumprido, ensejando a determinação judicial de levantamento da constrição na matrícula do imóvel; c) os danos morais alegados não estão configurados (fls. 397/412).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 432/447).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 451).

Pelo v. acórdão de fls. 460/471 esta C. 7ª Câmara de Direito Privado deu provimento ao recurso dos requeridos, tendo redistribuído os ônus da sucumbência e fixado os honorários por equidade.

Contra esse decisório, os apelantes interpuseram recurso especial (fls. 474/509).

Houve suspensão do processo (fls. 684/685) em razão de afetação do tema em regime dos recursos repetitivos pendente de apreciação pelo C. STJ.

Superada a suspensão, a D. Presidência da Seção de Direito Privado determinou a devolução dos autos a esta C. Câmara para juízo de retratação, nos termos do art. 1030, II, do CPC (fls. 695/696).

É o Relatório.

O C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos recursos especiais 1850512/SP, 1877883/SP, 1906623/SP e 1906618/SP, Relator o D. Min. Og Fernandes, pelos vv.. acórdãos publicados em 31.5.2022, exarou as seguintes teses no regime de recursos repetitivos:

'i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa; ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo (tema 1076)'.

Acesso ao Sumário

Da leitura do v. acórdão prolatado por esta C. 7ª Câmara (fls. 460/471), é possível se extrair que este colegiado fixou os honorários por equidade, considerando as circunstâncias do caso concreto, visando coibir eventual enriquecimento sem causa dos apelantes.

Nesse sentido, destaco os seguintes trechos do decisório em questão:

"4. Dos honorários sucumbenciais

Por fim, mercê da causalidade, é imperioso impor aos autores o pagamento dos encargos da sucumbência.

No caso, o valor atribuído à causa, na hipótese, não se afigura irrisório

ou inestimável (R$ 808.635,78 fls. 85).

Por outro lado, aplicado o art. 85, § 2º, diante o alto valor atribuído a causa, a verba honorária atingiria um valor mínimo de pouco mais de R$ 80.000,00 (10% sobre o valor atualizado da causa), quantia exorbitante, a qual não se afina aos parâmetros do próprio dispositivo legal e com o conjunto do trâmite processual.

Trata-se de matéria de baixa complexidade, sobre a qual não foi necessária a produção de prova pericial ou oral.

Embora a ação tenha tramitado por aproximadamente 4 (quatro) anos, a baixa complexidade da causa evidencia que a quantia de mais de R$ 80.000,00 se afigura exorbitante e tem condão de gerar enriquecimento ilícito aos patronos dos réus.

(...)

A aplicação do critério de equidade, portanto, não se restringia a importe ínfimo, mas também a valor excessivamente atribuído, entendimento consolidado inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp n. 817.928, j. em 06.06.2006; REsp n. 18.647, j. em 11.11.1992; REsp n. 954.841, j. em 01.04.2008).

Nesse percurso, além de serem sopesados o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza, a importância, o valor da causa e tempo exigido para o serviço (art. 85, § 2º do CPC), é necessário interpretar a norma sob a égide dos próprios princípios constitucionais (art. 5º, inciso LIV, da CF).

O critério legal, a luz do caso concreto e em interpretação literal/gramatical, afasta-se da própria finalidade jurídica do instituto.

(...)

Destarte, em atenção ao princípio da causalidade, fixo os honorários advocatícios, por equidade, na quantia R$ 10.000,00 (dez mil reais), que serão corrigidos a partir da publicação deste V. Acórdão.

Tal quantia afina-se à peculiaridade da hipótese e afigura-se adequada para remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelos advogados dos réus, atendendo-se corretamente ao disposto no § 2º, do art. 85, do CPC." *(TJSP; Apelação Cível 1044241-80.2016.8.26.0002; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/06/2020; Data de Registro: 24/06/2020).*

Assim, tendo em vista a taxatividade definida no tema 1.076 do STJ, no sentido de ficar afastada a fixação de honorários de sucumbência por equidade quando o valor da causa for elevado, é o caso de retificar este ponto do v. acór-

Acesso ao Sumário

dão, para que sejam os honorários de sucumbência, devidos aos patronos dos requeridos/apelantes, fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC.

Este percentual se justifica pois, em que pese o zelo dos profissionais, tratou-se de demanda de relativamente baixa complexidade, sem realização de prova pericial ou oral.

Posto isso, pelo meu voto, **RETIFICO O JULGADO**, apenas do tocante ao *quantum* dos honorários de sucumbência, nos termos do artigo 1.041, caput, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1035335-76.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante MLS RESTAURANTE LTDA-ME, é apelado SHOPPING PÁTIO CIANÊ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.976)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER EXNER (Presidente) e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 11 de agosto de 2022.

LÍDIA CONCEIÇÃO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer e de fazer c.c. danos morais. Sentença de parcial procedência. Autora que celebrou contrato de locação de espaço no shopping da ré. Existência de vazamento. Corte de água pela ré. Abuso de direito caracterizado. Pedido de condenação em danos morais. Não caracterização de dano in re ipsa, por não se tratar de medida de coação da autora a realizar ato. Medida, em que pese temerária, que visava manter integridade dos demais locatários. Autora que não logrou êxito em comprovar danos à sua reputação ou imagem. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença às fls. 224/230, que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a requerida à obrigação de fazer consistente no restabelecimento do fornecimento de água à loja autora, ratificando a tutela de urgência de fls. 38/39, rejeitando os pedidos indenizatórios.

Sucumbentes, determinou que ambas as partes suportassem o pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios devidos aos patronos das partes adversas, arbitrados em R$ 1.000,00, por equidade.

Inconformada, apela a autora (fls. 232/239), arguindo que a ré, em abuso do direito, interrompeu o fornecimento de água do espaço locado a autora, sendo devidos danos morais *in re ipsa* pelo fato de coação do locatário mediante corte de água.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

Contrarrazões às fls. 244/252

É o relatório.

Cuida-se de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, na qual a autora, que atua no ramo de "fast-food" (Montana Grill), possui contrato de locação comercial com a ré, no Shopping Pátio Cianê.

A autora teria recebido notificação acerca de vazamento de água de sua responsabilidade e que estaria atingindo a loja vizinha, com obrigação de reparo até o dia 12 de setembro de 2018. A autora contra-notificou, após a realização de vistoria, informando que o vazamento não teria conexão com sua loja. Todavia, em 17 de setembro de 2018, a ré teria, arbitrariamente, interrompido o fluxo de água para o seu estabelecimento, sem qualquer respaldo em laudo técnico ou informação prévia, tendo o vazamento na loja vizinha continuado, o que veio a demonstrar, portanto, que o vazamento não tinha como origem o seu espaço.

A r. sentença julgou a ação parcialmente procedente, entendendo que houve abuso de direito, determinando o restabelecimento da água à loja autora (art. 187 do Código Civil).

Primeiramente, não há que se falar de dano moral *in re ipsa*, uma vez que o corte no fornecimento de água da loja autora não teve por finalidade obrigá-la, como locatária, ao pagamento de alugueres, mas de impedir a continuidade de vazamento e danos na loja vizinha, ainda que o vazamento não possa ser atribuído a autora.

E, ainda que a conduta da ré tenha sido abusiva conforme reconhecido

Acesso ao Sumário

pelo MM. Juízo em Primeiro Grau, e desse fato não houve recurso foi fundada no justo receio da continuidade do vazamento de água que afetava outros locatários, não tendo como finalidade a coação indevida da autora ao pagamento de quaisquer valores.

Desta forma, não se tratando de dano *in re ipsa*, o dano moral deve ser comprovado pela autora.

Cumpre reforçar que é certo que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por período de tempo considerável a doutrina e a jurisprudência debateram o tema da aplicação do dano moral às pessoas jurídicas.

Contudo, o debate foi superado e, atualmente, o entendimento unânime dos Tribunais Superiores é no sentido de que a pessoa jurídica é ente passível de prejuízo à ordem moral.

Em 1995, o C. Superior Tribunal de Justiça assentou o seguinte entendimento:

> *"Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, autoestima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria.* ***Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua"*** *(STJ, REsp 60033 / MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, T4, j. 09.8.1995, DJ 27.11.1995 p. 40893, LEXSTJ vol. 81 p. 228, REVFOR vol. 334 p. 315, RSTJ vol. 85 p. 268, RT vol. 727 p. 123) (g.n.).*

Posteriormente, em 08 de setembro de 1999 o C. Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento da seguinte forma: *"Súmula n. 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano material."*

Diante desse quadro, a pessoa jurídica, por ser ente desprovido de personalidade e, portanto, de subjetividade, não goza da mesma proteção jurídica do dano moral que a pessoa natural.

Assim, a pessoa jurídica apenas sofre dano moral quando atingida em sua honra objetiva, ou seja, quando um ato ilícito gera **abalo à sua reputação**

Acesso ao Sumário

social (à sua imagem, fama, conceito ou ao seu bom nome). Não basta, portanto, à caracterização do dano moral de pessoa jurídica, situação que pudesse ensejar dor a pessoa física, por exemplo, o corte de água. Dessarte, o abalo à reputação social deve ser efetivamente demonstrado.

No caso em apreço, a autora não logrou êxito de que a comprovação da situação ora narrada, teria ultrapassado o mero aborrecimento, desgosto ou contrariedade, inerentes à vida em sociedade, qual seja, corte de água para solução de vazamento em condomínio, que não reflete, em consequência, na responsabilização patrimonial ou extrapatrimonial por parte do suposto ofensor.

Isso porque a autora teria afirmado que teve perdas patrimoniais decorrentes do corte de água, todavia, não demonstrou tais perdas patrimoniais relevantes. Pelo contrário, pois instada pelo MM. Juízo a quo a demonstrar suas perdas patrimoniais às fls. 217, limitou-se a indicar documento trazido aos autos pela ré, às fls. 132, que não demonstra grande diferença do montante auferido pela loja em relação a outros meses, notadamente considerando a oscilação mês a mês de vendas.

E, uma vez que designou funcionário para buscar água nos três dias que permaneceu sem o seu fornecimento, ainda que haja um aborrecimento, não se caracteriza como dano capaz de ensejar o dano moral ou que tenha sofrido abalo à sua reputação.

Tal assertiva, também encontra respaldo em sede doutrinária:

> "Inicialmente, tanto doutrina como jurisprudência sinalizam par ao fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral." (TARTUCE, Flávio. Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Editora Método: 2014, 9ª edição, fls. 412).

Por essas razões, outra não poderia ser a conclusão assentada em Primeiro Grau que, por seus bem lançados fundamentos, julgou improcedente o pedido de condenação deduzidos pela autora-apelante.

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*

Acesso ao Sumário

28/08/2020)"[1].

Nesse diapasão, como consectário do desprovimento do recurso interposto pela parte autora, sucumbente, 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 razoabilidade e proporcionalidade, de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais devidos pela apelante em favor do(s) I. Patrono(s) da ré-apelada, de R$1.000,00 para R$1.200,00, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

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 1099906-05.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO PAN S/A, é apelado MANUEL JANKOVITS.

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 33.819)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 16 de agosto de 2022.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa. Apelação. Compromisso de compra e venda. Ação de obrigação de fazer. Procedência. Inconformismo da corré instituição financeira. Descabimento. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Súmula 308 do STJ. Verba honorária sucumbencial. Base de cálculo, nos termos do § 2º, art. 85, CPC. Tema 1076, STJ. Observação. Correção. Sentença mantida. Apelação improvida.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1879557/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2021, DJe 04/03/2021.

Apelação interposta contra a sentença de fls. 270/275, cujo relatório se adota, que assentou a procedência do pedido formulados na ação de obrigação de fazer movida por Manuel Jankovits em face de Sab Astúrias Empreendimentos SPE e Banco Pan S/A.

Foi determinado cancelamento da hipoteca que pendia sobre o imóvel e em favor da corré Banco Pan e determinado, com isso, o registro do título dominial do respectivo cartório.

Dada a sucumbência, as rés foram condenadas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

O recurso é da corré Banco Pan, de acordo com fls. 278/300, com resposta às fls. 306/312.

É o relatório.

Cuida-se de ação por meio da qual o autor pugnou pela baixa do gravame de hipoteca, que pesava sobre o bem imóvel que adquirira da corré Sab Astúrias Empreendimentos e instituída em favor da corré Banco Pan.

Inicialmente, deve ser repudiada a preliminar arguida pela corré Banco Pan, sobre ser parte passiva ilegítima. Ela é a parte em favor de quem a corré Sab Astúrias instituiu a hipoteca; por sua vez, foi firmado pelo autor, com esta, o compromisso de venda e compra de bem imóvel. Bem definida está a cadeia produtiva (art. 7º, CDC), forte no fato de que se o pedido é o de cancelamento da hipoteca lançada sobre a matrícula do imóvel, é evidente que a instituição bancária, por ser titular do direito, também deve integrar o polo passivo da demanda.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal:

"Apelação Cível nº 1052024-86.2017.8.26.0100 – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CANCELAMENTO DE HIPOTECA E OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA. APELAÇÃO DA CORRÉ ESSER ALASKA. Ausência de comprovação da regularidade do recolhimento do preparo, apesar da oportunidade para tanto. Deserção. RECURSO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO DO CORRÉU BANCO SAFRA S/A. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Afastada. Responsabilidade do credor hipotecário pelo cancelamento do gravame. NULIDADE DA SENTENÇA. Cerceamento de defesa não verificado. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Inteligência do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. Preliminares afastadas. MÉRITO. Desaparecimento superveniente do interesse recursal. Acordo homologado nos autos nº processo 1052989-64.2017.8.26.0100 que abrange o objeto desta demanda, qual seja, o cancelamento da hipoteca da unidade autônoma adquirida pelos autores. RECURSO PREJUDICADO" (TJSP – Relator (a): ANA MARIA BALDY, 6ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado. j. em 13/06/2019).

"Apelação Cível nº 1005000-23.2018.8.26.0037 – APELAÇÃO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – PEDIDO DE CANCELAMENTO DA HIPOTECA QUE GRAVA O IMÓVEL ADQUIRIDO PELA AUTORA – PROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO DO BANCO – REJEIÇÃO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – O banco, na qualidade de credor hipotecário, responde pelo pedido de cancelamento da hipoteca sobre o imóvel – Gravame instituído em razão do financiamento do empreendimento obtido pela construtora, que dá as unidades imobiliárias em garantia ao agente financiador – Impossibilidade de se opor a hipoteca em face do adquirente, que quita o preço do imóvel – Princípio da boa-fé das relações negociais – Inteligência da súmula 308 do STJ – Afastada a pretensão de redução da verba honorária fixada – Quantia arbitrada no mínimo legal com base no valor da causa – Inteligência do art. 85, § 2º do CPC – Sentença mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO" (TJSP – Relator (a): ALEXANDRE COELHO, 8ª Câmara de Direito Privado, j. em 18/12/2018).

No mais, a hipoteca consiste em um direito real de garantia imobiliária, que assegura a obrigação constituída entre a construtora/incorporadora/vendedora e a instituição financeira.

Nos termos da Súmula 308 do C. Superior Tribunal de Justiça, a hipoteca instituída sobre unidades imobiliárias, visando a obtenção de recursos para a realização do empreendimento, não tem eficácia em relação aos compromissários compradores. Vejamos:

Súmula 308, do STJ: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".

É dizer, o comprador fica desobrigado do ônus de arcar com as despesas decorrentes da hipoteca firmada entre a construtora e a instituição financeira, independentemente se a hipoteca foi constituída antes ou depois do contrato de compromisso de compra e venda.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, considerando que a hipoteca foi instituída entre as rés, induvidoso que ao autor não poderia ser transferido qualquer ônus, como o pagamento da taxa para seu desligamento/cancelamento.

Por isto, não tem razão de ser a argumentação da corré Banco do Brasil, que coloca em dúvida a aplicabilidade da súmula acima referida.

A propósito, sobre o tema, esta C. Câmara já decidiu:

Apelação Cível 1030645-19.2017.8.26.0576 *– COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS A TÍTULO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS EM CONSEQUÊNCIA DO*

CANCELAMENTO DA HIPOTECA – GARANTIA ATRELADA A CONTRATO DE FINANCIAMENTO FIRMADO ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCEIRO – VALORES INDEVIDAMENTE REPASSADOS PARA O PROMISSÁRIO COMPRADOR – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 308 DO STJ – PRECEDENTES – SENTENÇA MODIFICADA – RECURSO PROVIDO (TJSP; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/09/2019; Data de Registro: 30/09/2019).

Apelação Cível 1051349-53.2017.8.26.0576 – *CONTRATO – Compromisso de compra e venda – Taxa de cancelamento de hipoteca – Despesa decorrente de gravame que não tem eficácia perante o comprador – Súmula 308 do STJ – Restituição ao autor do valor da referida taxa – Cabimento – Ação de restituição de valores procedente – Sentença reformada – Recurso provido* (TJSP; Relator (a): Benedito Antonio Okuno; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/01/2014; Data de Registro: 26/07/2019).

Apelação Cível 1002303-29.2018.8.26.0037 – *APELAÇÃO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – PEDIDO DE CANCELAMENTO DA HIPOTECA QUE GRAVA O IMÓVEL ADQUIRIDO PELOS AUTORES – PROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO DO BANCO – REJEIÇÃO – Gravame instituído em razão do financiamento do empreendimento obtido pela construtora, que dá as unidades imobiliárias em garantia ao agente financiador – Impossibilidade de se opor a hipoteca em face do adquirente, que quita o preço do imóvel – Princípio da boa-fé das relações negociais – Inteligência da súmula 308 do STJ – Sentença mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO* (TJSP; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/05/2019; Data de Registro: 21/05/2019).

A corré apelante se queixa da verba honorária, no sentido de ser aplicada por equidade, contudo, não é o caso, mormente diante do julgamento, pelo egrégio Superior tribunal de Justiça. Neste sentido, foi consolidado o entendimento sobre a base de cálculo da verba honorária, relegando sua adoção por equidade apenas quando o valor da causa foi irrisório, sendo de rigor a aplicação do Tema 1076.

Assim, fica mantida a verba honorária fixada nos termos do § 2º, do artigo 85, do CPC.

De outro lado, incumbe à corré a providência ligada ao Cartório de Regis-

Acesso ao Sumário

tro de Imóveis, não sendo esta a função do juízo. Logo, não há que se falar em expedição de ofício ao referido órgão.

De outra parte, a corré não se conforma com sua condenação ao pagamento da verba honorária sucumbencial e pugna para que ela seja integralmente carreada a outra corré, mas, entre as rés a condenação é solidária, já que a relação jurídica entre as partes é de consumo.

Por fim, sem razão a alegação da corré de ausência de prova de pagamento, já que está foi à vista, consoante os instrumentos contratuais exibidos no processo.

Mantida a procedência dos pedidos, impõe-se a majoração da verba honorária advocatícia sucumbencial devida ao patrono do autor em 2%, o que totaliza 17% sobre o valor da causa, dado o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005266-41.2021.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JULIO MANOEL CUSTODIO CORREIA, é apelado JEFFERSON DEL VALLE MUNEZ – VIDRAÇARIA HORIZON (REVEL).

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 41.238)**

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

São Paulo, 17 de agosto de 2022.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE VIDRAÇA PARA INSTALAÇÃO EM SACADA DE APARTAMENTO – RECEBIMENTO DO PREÇO E FALTA DE ENTREGA DO PRODUTO ADQUIRIDO – DEMORA INJUSTIFICÁVEL PARA SOLUÇÃO DO PROBLEMA – TRANSTORNOS QUE EXTRAPOLARAM O MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO PROVIDA

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo autor contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de reparação de danos fundada em falta de entrega de produto adquirido e pago, condenado o réu a restituir a importância de R$ 5.400,00 corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde a data do pagamento para a empresa ré, 21/10/2020 e acrescido ainda de juros de mora de 1% ao mês, na forma simples, a partir da a citação.

O apelante busca a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais em razão de ter ficado um ano e meio tentando solucionar a pendenga, o que lhe causou perda de tempo útil e ofensa moral.

O recurso foi regularmente processado à revelia do réu que também descurou de apresentar contrarrazões de apelação.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Indisputável que o autor contratou a aquisição e instalação de vidraça na sacada do seu apartamento, no dia 21 de outubro de 2020, no valor total de R$ 3.300,00 (três mil e trezentos reais), pago mediante cartão de crédito, em dez vezes de R$ 330,00, com prazo de trinta dias úteis para realização do serviço. Diz o autor que no dia 24 de outubro de 2020, o empregado da ré foi ao seu apartamento para realização das medidas necessárias para execução do serviço, ocasião em que entregou o contrato para assinatura. Contudo, passados mais de um ano e meio, não obstante as várias promessas feitas, os produtos ainda não foram entregues.

As tratativas frustradas podem ser vistas nas conversas que acompanham a inicial. De 19/10/2020 a 22/01/2021 e conversas a partir de 22/01/21, conforme áudios disponíveis em links compartilhados (endereço eletrônico constante no texto original).

Veja-se que em 04/12/2020 a ré prometeu iniciar o serviço em 08/12/2020, o que não ocorreu. Na semana de 10 a 17/12/2020, o autor tentou contato com a ré, mas esta não respondeu. Nas semanas seguintes, apenas em 05/01/2021 novas promessas foram feitas de entrega em 11/01/2021, 18/01/2021 e 22/01/2021, sendo que nesta última foram instaladas barras de alumínio, mas sem vidros. O apelante, diz que, de boa-fé, chegou até a propor pagamento adicional para contratar outra equipe de técnicos para fazer a instalação em 21/01/2021, o que foi negado pela apelada, com mais uma promessa de entrega para o dia 02/02/2021, também não cumprida. Em 11/05/2021 houve nova promessa de instalação, que mais uma vez não foi cumprido, até que em 13/05/2021, o autor desistiu dos serviços da ré e tentou fazer o estorno no cartão, mas a operadora informou que

Acesso ao Sumário

em função do tempo transcorrido, só a ré poderia fazê-lo, tendo ela se recusado a restituir os valores pagos.

Acresça-se, ainda, que a ré deixou as hastes de alumínio instaladas, prejudicando esteticamente a vista da sua sacada, obrigando-o a contratar outra empresa para conclusão do serviço, a qual constatou que as hastes foram mal instaladas, fixadas com parafusos de ferro sem tratamento anti-corrosivo e que tiveram de ser retiradas.

Nestas circunstâncias, inafastável que o descumprimento do contrato por parte da empresa contratada ultrapassou, e muito, uma simples quebra de expectativa de cumprimento do contrato, causando-lhe relevante lesão à sua dignidade humana.

Nas circunstâncias, ressoa induvidoso ter a ré não apenas desrespeitado o consumidor, mas o desprezou, tratando-o com tal grau de indiferença e leviandade que importou em flagrante violação à dignidade da pessoa humana. Intolerável que um fornecedor abandone o seu consumidor e ignore os seus reclamos dessa forma.

Em assim sendo, atendendo aos critérios de razoabilidade, levando-se em conta o grau de frustração e humilhação sofridos ante o descaso e indiferença com que foi tratado o consumidor, fixo o valor da indenização em R$ 10.000,00, montante que, além de não enriquecer o autor, serve como desincentivo à prática de condutas semelhantes.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso do autor** para condenar a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) corrigido monetariamente a partir desta decisão e acrescido de juros de mora a contar da citação. A ré ainda deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001045-62.2020.8.26.0441, da Comarca de Peruíbe, em que é apelante M.P., é apelada M.J.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.886)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELCIO TRU-

JILLO (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO e J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 17 de agosto de 2022.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA C.C. PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. Demanda ajuizada pelo genitor em face da mãe de sua filha menor, visando a alteração do regime de guarda, anteriormente fixado de forma unilateral, para forma compartilhada, bem como ampliação do regime de convivência. Sentença de procedência parcial, com manutenção da guarda unilateral e fixação dos dias de visitas. Inconformismo do genitor. Guarda compartilhada que, embora goze de preferência legal nos termos do art. 1.584, § 2º do Código Civil, pressupõe convivência harmoniosa entre os genitores, de modo que possam promover, em conjunto, o melhor interesse dos menores. Situação constatada em relatório psicológico produzido nos autos, que atesta em desfavor de tal modalidade. Prevalência do melhor interesse da menor com a manutenção da guarda unilateral exercida pela genitora. Visitas exercidas pelo genitor que, porém, comportam ampliação, mantendo-se a intermediação do avô paterno. Sentença modificada.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 186/189, que nos autos da ação de modificação da guarda julgou parcialmente procedente o pedido inicial para*: "(...) CONCEDER ao autor o direito de visitas, com intermediação do avô paterno, Sr. G., retirando o(a) menor semanalmente na escola às segundas-feiras à tarde e devolvendo às quartas-feiras pela manhã, pelo avô paterno, pernoitando na casa do pai."*.

Deixou de condenar a parte requerida no pagamento dos honorários sucumbenciais, cabendo somente o pagamento referente às custas e despesas processuais, ressalvada a gratuidade judiciária concedida em favor da requerida.

Apelou o autor (fls. 195/205).

Sustenta, em suma, que a guarda compartilhada é a modalidade que me-

Acesso ao Sumário

lhor atende aos interesses do filho e que é necessária a ampliação do regime de visitas para o fortalecimento dos laços afetivos entre pai e filho. Por tais razões, pleiteia a fixação da guarda do menor na modalidade compartilhada e que as visitas sejam exercidas sem a necessidade de intermediação do avô paterno, da seguinte forma: *"a) semanalmente, com retirada do filho na escola às segundas-feiras à tarde e devolução às quartas-feiras pela manhã; b) em finais de semana alternados, com retirada do filho do lar materno às 09 horas dos sábados e devolução às 19 horas dos domingos, no mesmo local; c) durante as férias escolares, o genitor terá a companhia do filho metade de cada período, podendo com ele viajar, comunicando antecipadamente à genitora; d) nas festas de final de ano, o infante passará, nos anos pares, o Natal com o pai e Ano Novo com a mãe, invertendo-se essa ordem nos anos ímpares; e) no dia dos pais e no aniversário do pai, o filho passará com o genitor; f) no aniversário da criança, o pai poderá visitar o filho em sua residência, sem alterar a programação ou eventual comemoração, podendo leva-lo para almoçar fora, com a obrigação de devolvê-lo na casa materna até as 16 horas do mesmo dia. No dia das crianças, passará na companhia do pai nos anos pares e as mãe nos anos ímpares; e) no caso de viagem, deve haver o aviso do local de destino com 24 horas de antecedência (fls. 195/205)".*

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 211/214).

Sobreveio parecer ministerial às fls. 221/228.

É O RELATÓRIO.

M.P. ajuizou a presente "Ação de regulamentação de guarda, com pedido liminar", em face de M.J.S.

Alegou, em síntese, que manteve relação afetiva com a requerida e deste vínculo adveio o menor E.G.G.P, nascido em 13/02/2018. Com base em tal fato, postula pela concessão de liminar a fim de deferir-lhe a guarda unilateral do menor, além de regularizar o direito de visitas da requerida.

E, no mérito, a sua confirmação.

Por decisão de fls. 38 foi concedido ao requerente o direito de visitas.

Em cumprimento ao mandado de constatação, às fls. 59 o Oficial de Justiça certificou que o menor está sob a guarda da requerida desde março de 2020.

Às fls. 65, foi indeferido o pedido liminar de guarda provisória do menor.

Citada (fls. 95), a requerida apresentou contestação às fls. 95/99.

Réplica às fls. 117/120.

Decisão saneadora às fls. 134/135.

Estudo psicossocial às fls. 150/158 162/171.

Parecer do Ministério Público às fls. 183/185.

Sobreveio sentença de parcial procedência às fls. 186/189 contra a qual

Acesso ao Sumário

se insurgiu o autor.

Alguma razão lhe assiste.

O genitor insiste na necessidade de fixação da guarda compartilhada, como forma de atendimento ao melhor interesse do menor.

Com efeito, o cerne da controvérsia está em definir qual o regime de guarda e convivência que melhor atende ao superior interesse da criança. O melhor interesse do menor é princípio orientador de todas as decisões envolvendo a guarda de menores.

Nesse sentido, o escólio de WALDYR GRISARD FILHO:

"O objetivo da lei é proteger interesses de uma forma geral e abstrata, convindo a um sem-número de casos que cabem na hipótese legal. De outra parte, existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda dos filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscando em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é critério da decisão do juiz." (GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. RT, 2002, p. 63/64).

E sobre a necessidade de resguardo do melhor interesse da criança, igualmente sustenta GUILHERME GONÇALVES STRENGER que:

"A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio". (STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos, São Paulo: LTr, 1998, p. 56).

É certo que, com o advento da Lei n° 11.698/2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, a guarda compartilhada passou a ser contemplada expressamente no texto legal, passando a ter privilégio em relação à guarda exclusiva que, muitas vezes, é abusiva e contrária à igualdade entre os genitores, a qual é constitucionalmente garantida.

Segundo doutrina FERNANDA ROCHA LOURENÇO LEVY:

"O modelo de guarda compartilhada requer, como o próprio nome diz, compartilhamento entre pai e mãe de decisões e atitudes cotidianas em relação ao exercício dos deveres e direitos relativos aos filhos em comum. Vai muito além da 'divisão' equilibrada do tempo de convívio entre pai e

Acesso ao Sumário

mãe com os filhos. Compartilhar a guarda significa agir em uníssono e conjunto em várias situações que, se já são de difícil condução para pais que convivem sob o mesmo teto e possuem laços afetivos que os unem, quão difícil será para pais desunidos e em discórdia, o exercício da guarda compartilhada imposta por decisão judicial!" (Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para construção de um acordo parental sustentável, 2ª Ed., Método, p. 126/128)

Na guarda compartilhada, em síntese, se faz necessário que ambos os genitores se responsabilizem pelos filhos, exercendo, em conjunto, os direitos e, igualmente, cumprindo deveres concernentes ao poder familiar (art. 1.583, § 1º).

Implica divisão de tarefas e acompanhamento simultâneo dos pais na formação e educação dos filhos, o que deles exige maturidade, consenso, superação das mágoas deixadas pelo processo de separação e ausência de animosidade.

Não se ignora a existência de precedentes do STJ nos quais a existência de conflitos entre os genitores não constituiu óbice ao deferimento da guarda compartilhada. Paradigmático, a propósito, o acórdão de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi (REsp n. 1.629.994/RJ, j. 6.12.2016) no qual foi deferida a guarda compartilhada a despeito das graves desavenças entre os genitores, inclusive com histórico de violência doméstica, por se considerar que somente pode ser afastada na hipótese de inaptidão de qualquer deles para o exercício do poder familiar, *"fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do poder familiar"*.

No referido julgado, todavia, houve discordância quanto aos fundamentos da decisão, e a guarda conjunta acabou sendo deferida por unanimidade apenas porque, naquele caso concreto, o entendimento dos ministros foi no sentido de que a medida era benéfica à criança.

Vê-se, portanto, que o melhor interesse da criança é que deve, em última análise, prevalecer.

Acesso ao Sumário

No caso em tela, o melhor interesse da menor desaconselha a fixação da guarda compartilhada, em razão da situação de tensão, com dificuldades de comunicação e de relação constatadas no convívio entre ambos os genitores, bem como em razão do histórico de violência doméstica perpetrado pelo genitor em face da genitora.

O estudo psicossocial realizado às fls. 162/171 em que pese sugerir a guarda compartilhada, expressa que o menor deve ter residência fixa na casa da mãe:

"(...) ***M. admitiu que usou de violência contra M., o que justificou a medida protetiva contra ele****. Manteve uma atitude de acusar a genitora de*

não ser uma boa mãe, por ter deixado seus 4 filhos anteriores sob a guarda paterna. Também procurou criticar a forma que a genitora estaria cuidando do filho, deixando-o sob cuidado de outra pessoa. No entanto, temos que avaliar que é uma necessidade de qualquer mãe que trabalhe fora de casa, não implicando em negligência.

M. demonstrou ter dificuldade em lidar com frustração, pois deixou de visitar o filho quando a decisão judicial não saiu de acordo com sua vontade, o que é contraditório com seu desejo de manter vínculo com o filho.

***Por outro lado, M. demonstrou ainda ter medo de M. agredi-la, procurando evitar o contato com o mesmo. Porém não se opôs quanto ao avô paterno intermediar as visitas**, buscando e levando o neto na escola, com pernoites nas segundas e terças-feiras, semanalmente.*

(...)

Do ponto de vista técnico, considero ser a modalidade de guarda compartilhada a mais indicada**, que seja deferida entre a genitora M.J.S. e o genitor M.P., **com residência fixa na casa materna e regulamentação de visitas paternas, com intermediação do avô paterno, sr. G..

Sugere-se que E. possa ser retirado semanalmente na escola às segundas-feiras à tarde e devolvido às quartas-feiras pela manhã, pelo avô paterno, sr. G., pernoitando na casa do pai.

*Com o intuito de que o desfecho desta questão vá em direção ao melhor interesse da criança, submeto à apreciação de Vossa Excelência". **G. N.***

Assim, respeitado o entendimento expresso em laudo psicossocial, a sentença recorrida não comporta qualquer reforma no que diz respeito à manutenção da guarda da menor, de forma unilateral, com a genitora.

Com relação ao regime de visitas, contudo, respeitado o entendimento adotado pela sentença, a decisão comporta reforma parcial.

Nesse contexto, não se vislumbra qualquer óbice a que o menor realize pernoite na companhia do genitor, durante os finais de semana alternados, observando-se ademais que a necessidade de devolução ao lar materno, para retirá-la em sequência no domingo representaria entrave inconveniente à convivência da menor com seu genitor.

Amplia-se, portanto, o regime de visitas inicialmente fixado, acolhendo-se a sugestão ministerial (fls. 221/228) para que as visitas sejam exercidas da seguinte forma:

"(...) a) semanalmente, com retirada do filho na escola às segundas-feiras à tarde e devolução às quartas-feiras pela manhã;

b) em finais de semana alternados, com retirada do filho do lar materno

Acesso ao Sumário

às 09 horas dos sábados e devolução às 19 horas dos domingos, no mesmo local;

c) durante as férias escolares, o genitor terá a companhia do filho metade de cada período, podendo com ele viajar, comunicando antecipadamente à genitora;

d) nas festas de final de ano, o infante passará, nos anos pares, o Natal com o pai e Ano Novo com a mãe, invertendo-se essa ordem nos anos ímpares;

e) no dia dos pais e no aniversário do pai, o filho passará com o genitor;

f) no aniversário da criança, o pai poderá retirar o filho para visitas durante o período de 03 horas, sem alterar a programação ou eventual comemoração, com a obrigação de devolvê-lo na casa materna até as 16 horas do mesmo dia. No dia das crianças, passará na companhia do pai nos anos pares e as mãe nos anos ímpares;

e) no caso de viagem, deve haver o aviso do local de destino com 24 horas de antecedência".

Mantém-se ainda a exigência para que as visitas sejam intermediadas pelo avô paterno, que deverá, necessariamente acompanhar o genitor durante as visitas, dado a impossibilidade de convivência pacífica entre os genitores.

Mantida a sucumbência em desfavor da apelada, ressalvada a gratuidade concedida em seu favor.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Observo ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006811-08.2022.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante WILLIAM MACIEL DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.223)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GIL COELHO (Presidente), MARINO NETO e WALTER FONSECA.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

GIL COELHO, Relator

Ementa: Cédula de crédito bancário – Financiamento de veículo automotor – Revisão e repetição de valores pagos – Cerceamento de defesa inexistente – Dilação probatória inútil para o desfecho da causa – Capitalização de juros admitida – Validade da MP nº 2.170-36/2001 – Alegação de ilegalidade da cobrança de comissão de permanência que não constou na inicial – Inovação recursal – Não demonstração de cobrança de "tarifa de cadastro" – Tese genérica – Cobrança a título de registro do contrato: regularidade – Tarifa de avaliação do veículo: há documento com fotos do veículo sem se considerar abusivo o valor cobrado – Seguro prestamista: abusividade da cobrança do prêmio, ausente a liberdade de escolha da seguradora – Consolidação de teses com os julgamentos de Recursos Especiais Repetitivos – Devolução de valores que deve ser feita de forma simples, ante a ausência de má-fé – Recurso provido, em parte.

VOTO

Pretensões de revisão de contrato bancário e de restituição de valores pagos julgadas improcedentes, adotado o relatório da r. sentença.

Em apelação, o autor alegou que a sentença de improcedência foi proferida sem realização de perícia, havendo cerceamento de defesa. Afirmou, na sequência, a ilegalidade da cobrança de juros capitalizados, os quais não foram expressamente pactuados, postulando pela substituição do método de amortização adotado pela ré. Postulou pela revisão do contrato para que seja aplicada a taxa média de mercado ao valor das parcelas. Falou da abusividade da cobrança de tarifas de avaliação e registro, ressaltando a necessidade de entrega ao consumidor de documento que lhe dê garantia do que está comprando, como, por exemplo, a avaliação do veículo, que demonstrará que o carro está em perfeita ordem. Afirmou a impossibilidade de ser aceita a cobrança de uma taxa de cadastro em valores exorbitantes. Impugnou a cobrança de seguro, sustentando se tratar de venda casada, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor. Falou da

Acesso ao Sumário

ilegalidade da cobrança de comissão de permanência. Pugnou pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

Houve resposta.

Eis o relatório.

A tese de cerceamento de defesa deduzida pelo autor em seu recurso não convence. Não soube o requerente explicar para que serviria a produção de prova pericial, assinalado, ademais, que as matérias em debate dependem para resolução unicamente da leitura da cédula de crédito bancário juntada a fls. 43/45, e da aplicação do direito.

A capitalização de juros era vedada até para as operações bancárias antes da Medida Provisória n.º 1.963-17/2000, atual MP n.º 2170-36/2001. O entendimento a respeito estava posto na Súmula n.º 121 do STF (é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada). A partir da MP 1.963, passou a haver entendimento favorável à capitalização de juros em períodos inferiores a um ano.

Com a edição da Súmula 539, em 10/6/2015, o tema foi pacificado pela jurisprudência do E. STJ. Eis o seu teor: "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." Ainda: "A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.", conforme Enunciado da Súmula 541 do STJ.

Está superada a tese de inconstitucionalidade deste ato normativo, não havendo que se falar, também, em existência de qualquer tipo de vício formal. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 592.377, consolidou que "...conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência. 2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados." (Plenário, julgamento ocorrido em 4/2/2015, Relator para o acórdão Min. TEORI ZAVASCKI).

O § 1º do art. 28 da Lei n.º 10.931/2004 dispõe que poderão ser pactuados juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for

Acesso ao Sumário

o caso, a periodicidade de sua capitalização. A cédula prevê taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal (Item F.4 – fl. 43), o que é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada, conforme Enunciado da Súmula 541 do STJ.

No mais, vale destacar que, consoante se verifica na Cédula de Crédito Bancário de fls. 43/45, a taxa de juros contratada é de 1,33% ao mês e de 17,22% ao ano (Custo Efetivo Total: 1,78% ao mês e 23,94% ao ano). Não há obrigatoriedade de cobrança de juros remuneratórios à taxa igual à média praticada no mercado. Se há a taxa média, é obvio que existem instituições financeiras que cobram taxas de juros maiores e outras que praticam menores. Cabe ao interessado escolher a proposta de mútuo que melhor lhe convier.

O autor não alegou, na inicial, a ilegalidade da cobrança de comissão de permanência, se tratando de clara tentativa de inovação recursal. Portanto, com relação a tal questão, o recurso do requerente sequer pode ser conhecido.

Não foi demonstrada, pelo autor, que houve cobrança a título de "tarifa de cadastro", razão pela qual não há que se falar em qualquer devolução a tal título. A tese, como a maioria das outras trazidas pelo autor, é genérica.

Na oportunidade da concessão do crédito, foram cobradas as seguintes despesas, as quais foram consideradas válidas pela sentença e questionadas pelo autor em seu recurso (fl. 43):

Registro contrato: R$ 150,72;

Tarifa de avaliação de bem: R$ 239,00;

Seguro Prestamista: R$ 2.050,28.

A C. 2ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.578.553/SP, relatado pelo Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, ocorrido em 28/11/2018, fixou o seguinte entendimento acerca das cláusulas que preveem a cobrança de ressarcimento de tarifa de avaliação do bem dado em garantia e o ressarcimento de despesa com o registro do contrato:

> "2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:
>
> 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto."

Ficou assentada pela Corte Superior a regularidade da cobrança do valor para o registro, correspondente à prestação do serviço de registro do gravame no órgão de trânsito. Ainda segundo a tese firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, é regular a cobrança da tarifa de avaliação do bem. Em ambos os casos, foi ressalvada a possibilidade de análise da onerosidade excessiva e desde que

Acesso ao Sumário

comprovada prestação do serviço.

No que diz respeito ao registro do contrato, o valor cobrado pela instituição financeira não pode ser considerado abusivo e, além disso, há nos autos a comprovação da efetiva prestação dos serviços de registro do contrato (conforme documento emitido pelo DETRAN-SP acostado a fl. 49, comprovando a efetivação do serviço).

Consta do título a cobrança da tarifa de avaliação. A fls. 130/131 consta o documento "termo de avaliação de veículo", com os dados do veículo, inclusive fotos. Assim, de mister entender que foi regular a cobrança de R$ 239,00, que não pode ser considerado valor abusivo.

Relativamente ao ressarcimento pelo consumidor da despesa com cobrança de prêmio de seguro, o E. STJ, por sua C. 2ª Seção, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo n.º 1.639.259/SP, relatoria do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, em 12/12/2018, pacificou o entendimento a respeito do tema da seguinte forma:

> "2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:
>
> 2.2 Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. (...) 3. CASO CONCRETO: (...) 3.2. Aplicação da tese 2.2 para declarar a ocorrência de venda casada no que tange ao seguro de proteção financeira. (...)".

Na hipótese, conforme documento de fls. 46/48, o seguro prestamista é garantido pela seguradora Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A, a qual pertence ao mesmo grupo econômico do réu. Logo, a conclusão é de abusividade da cláusula, tirada da ausência de liberdade de escolha do consumidor em contratar com seguradora que melhor lhe conviesse.

Portanto, a condenação da ré à devolução, de maneira simples, da quantia cobrada a título de "Seguro Prestamista" (R$ 2.050,28), deste modo, é medida que se impõe.

Acesso ao Sumário

A correção monetária incidirá desde os desembolsos das parcelas pela Tabela Prática deste E. TJSP e os juros moratórios de 1% ao mês serão contados da citação.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com o pagamento de metade do valor das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios do patrono da parte contrária, fixados em R$ 700,00, observada a gratuidade judiciária concedida ao autor.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento, em parte, ao recurso, para determinar a devolução, pelo réu, da quantia desembolsada pelo autor a título de "Seguro Prestamista" (R$ 2.050,28).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006921-10.2021.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MARIA DA CONCEIÇÃO DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BANCO C6 S/A e BANCO C6 CONSIGNADO 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.983)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL.

São Paulo, 24 de agosto de 2022.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Apelação – Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com reparação por danos morais e tutela de urgência – Procedência parcial – Contratação de empréstimo negada pela autora – Falsidade da assinatura reconhecida pela perícia grafotécnica – Responsabilidade do réu reconhecida – Restituição em dobro cabível, nos termos do art. 42 do CDC – Ocorrência de dano moral configurada – Quantificação – Insurgência da demandante, postulando a sua majoração – Montante arbitrado pela douta Magistrada que merece ser majorado – Pretensão da autora de permanecer com o valor do mútuo creditado em sua conta, com fulcro no art. 39, parágrafo único do CDC ("amostra grátis) – Impossibilidade, sob pena de enriquecimento sem causa – Fixação de honorários recursais nos termos do art. 85, § 11º, do CPC/15 – Recurso da autora provido em parte.

VOTO

A r. sentença (fls. 442/445), proferida pela douta Magistrada Ana Claudia de Moura Oliveira Querido, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte a presente ação declaratória de inexistência de débito cumulada com reparação por danos morais e tutela de urgência ajuizada por MARIA DA CONCEIÇÃO DE JESUS contra BANCO C6 S/A E OUTRO, *para: DECLARAR a inexistência e inexigibilidade de contrato nº 010014731170, CONDENAR a ré à devolu-*

ção simples dos valores descontados indevidamente do benefício previdenciário da autora, corrigidos monetariamente desde o respectivo desconto e contando juros de 1% (um por cento) desde a citação, mediante comprovação dos descontos pela autora e CONDENAR o réu ao pagamento à autora do valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização por danos morais, atualizado a contar desta data (Sumula 362 do STJ), pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (art. 405 do CC), observado que do valor a ser pago a título de danos morais, a ré poderá subtrair o valor de R$ 2.001,17 (dois mil e um reais e dezessete centavos) creditado indevidamente na conta da autora, conforme supra mencionado. O banco foi condenado, ainda, a arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Irresignada, apela a autora, sustentando, em apertada síntese, ser cabível a devolução em dobro dos valores descontados indevidamente de seu benefício previdenciário. Invoca a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, no caso vertente. Ressalta que *não há argumento capaz de justificar a falsificação de um contrato e o emprego desta fraude em desfavor da consumidora apelante.* Alega que o "quantum" indenizatório fixado pela douta Magistrada não é condizente com os dissabores experimentados e o comportamento ilícito do réu, devendo ser majorado para R$ 10.000,00, diante da falha na prestação de serviços do banco, ao realizar descontos mensais de valores de seu benefício previdenciário, além de ter se recusa a solucionar a questão no âmbito administrativo. Destaca que não há que se falar em devolução dos valores supostamente creditados na conta da parte autora, pois, conforme artigo 39, III do CDC, o ato de enviar ou entregar ao consumidor qualquer produto ou serviço sem prévia solicitação, caracteriza amostra grátis. Postula, por isso, a reforma da r. sentença para acolher os pedidos apresentados em seu recurso, bem como a fixação dos honorários de sucumbência em 20% do valor da condenação (fls. 455/481).

Houve apresentação de contrarrazões (fls. 490/499).

Recurso tempestivo, processado e recebido no duplo efeito.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Restando confirmada pela perícia grafotécnica a falsidade da assinatura do empréstimo aqui versado, a douta Magistrada "a quo" reconheceu, por isso, a inexistência dos débitos relativos a este contrato, determinando a devolução destes.

Contudo, com relação à devolução dos valores descontados indevidamente do benefício previdenciário da autora, é certo que devem ser realizados em dobro, nos termos do art. 42, § único, do Código de Defesa do Consumidor, por restar evidenciado no caso que houve falha grave do réu.

No que tange ao pedido de ressarcimento pelos danos morais sofridos,

também agiu acertadamente a MMª Juíza sentenciante ao reconhecer o seu cabimento no presente caso.

Entretanto, no que diz respeito à fixação do montante da indenização por danos morais, importa observar que, na ausência de um critério objetivo estabelecido em lei para quantificá-lo, seu arbitramento é feito, por isso, com certa discricionariedade pelo julgador, atento sempre, porém, à gravidade do dano moral sofrido pelo lesado, à condição ou necessidade da vítima e à capacidade do ofensor, além do fator de dissuasão.

Conforme já decidiu a este respeito, a indenização por dano moral *"deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos ou exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica"* (RSTJ 137/486 e STJ-RT 775/211).

Da mesma forma, também decidiu referida Corte no sentido de que *"A indenização por dano moral deve ter cunho didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima"* (AgRg no REsp 944792/PE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 02.08.07, DJ 20.08.07, p. 281).

Não se deve olvidar, outrossim, conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves, trazendo à baila lição de Maria Helena Diniz, que *"a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando, assim, em parte, seu sofrimento"* (in "Responsabilidade Civil", Ed. Saraiva, 9ª ed., págs. 584/585).

Desse modo, atento a tais diretrizes e considerando-se, ainda, as circuns-

Acesso ao Sumário

tâncias do presente caso, conforme apontado na inicial da presente ação e foi supra ressaltado, é de se verificar que o montante arbitrado pela douta Magistrada (R$ 3.000,00) merece ser majorado para R$ 6.000,00, pois mostra-se mais adequado para efeito de reparação do dano aqui versado, tendo-se em vista a realização dos descontos no benefício previdenciário da autora, bem como ao caráter pedagógico da indenização, eis que mencionada dívida foi em razão da contratação de empréstimo fraudulento, evidenciando que o réu falhou no seu dever de verificação no momento da formalização do negócio. Este montante revela-se mais condizente com a gravidade do abalo moral sofrido pela demandante, com a condição social desta e com a capacidade do ofensor, servindo, ainda, como fator de dissuasão. Não cabe, entretanto, a majoração para a quantia estipulada pela autora em R$ 10.000,00, por ser à evidência excessivo e incondizente com a reparação buscada.

Note-se, porém, que de acordo com a Súmula nº 326 do E. Superior Tribunal de Justiça, "na ação de indenização por dano moral a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca".

Por fim, deve ser mantida a determinação feita pelo MM. Juiz singular para que a autora devolva os valores creditados em sua conta relativos ao empréstimo em questão.

Ora, se a apelante afirma não ter contratado o empréstimo que originou referido crédito em sua conta, não pode pretender beneficiar-se de eventual equívoco da instituição financeira ou de fraude perpetrada por terceiros. O conceito de "amostra grátis" não tem o alcance pretendido, sendo certo, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio repudia o enriquecimento ilícito.

A propósito, precedente desta Câmara:

Empréstimos consignados. Idosa. Descumprimento do ônus probatório pela instituição financeira (Art. 6º, VIII, do CDC). Ação julgada procedente para reconhecer a inexistência dos contratos, impossibilidade de ser procedido desconto no benefício previdenciário da autora e para determinar reparação por danos morais. Depósito na conta bancária da autora que não configura amostra grátis. Redução da monta indenizatória por danos morais ora determinada. Recurso, da autora, improvido. Recurso, do banco, parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1049859-88.2020.8.26.0576; Relator (a): Luís Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2021; Data de Registro: 26/10/2021).

Conclui-se, pois, que a irresignação da autora merece ser acolhida em parte, para condenar o réu a restituir, em dobro, os valores indevidamente descontados de seu benefício previdenciário, que deverão ser corrigidos monetaria-

Acesso ao Sumário

mente pela da Tabela Prática do TJSP, a partir de cada desembolso e acrescido de juros de 1% ao mês, a partir da citação, bem como para majorar a indenização por danos morais ao importe de R$ 6.000,00.

Considera-se prequestionada toda a matéria ventilada neste recurso, sendo dispensável a indicação expressa de artigos de lei e, consequentemente, desnecessária a interposição de embargos de declaração com essa exclusiva finalidade. Outrossim, ficam as partes advertidas em relação à interposição de recurso infundado ou meramente protelatório, sob pena de multa, nos termos do art. 1026, parágrafo 2° do CPC.

Por fim, considerando-se o trabalho adicional realizado nesta sede recursal pelo patrono da autora, bem como o provimento da apelação que interpôs, é de se reconhecer cabível a majoração da verba honorária arbitrada em seu favor 20% do valor da condenação ora majorada, o que se mostra suficiente para remunerar mais condignamente o trabalho do advogado, em face do trabalho acrescido nesta sede recursal.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1105021-75.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELLA SOARES PICCOLI, é apelado LUFTHANSA – DEUTSCHE LUFTHANSA AG.

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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.688)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e HEITOR LUIZ FERREIRA DO AMPARO.

São Paulo, 25 de agosto de 2022

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ATRASO DE VOO, PERDA DE CONEXÕES AÉREAS E EXTRAVIO DE BAGAGEM. SENTENÇA

Acesso ao Sumário

DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. REFORMA EM PARTE.

RESPONSABILIDADE DA RÉ PELOS FATOS.

As provas apresentadas pela ré do suposto fortuito externo (condições climáticas desfavoráveis) são frágeis e não conferem plausibilidade à tese defensiva traçada na contestação. O serviço prestado não atendeu ao que dele se esperava.

DANO MORAL BEM CARACTERIZADO.

É sabido que o atraso de voo, perda de conexões aéreas e extravio de bagagem extrapola o mero dissabor cotidiano. Nota-se que o dano moral suportado pela autora é inegável.

QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS.

O valor dos danos morais fica arbitrado em R$ 5.000,00, quantia estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, não deve ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva. O novo valor deverá ser atualizado segundo a tabela prática de atualização dos débitos judiciais elaborada por esta Egrégia Corte, desde a data de publicação desta decisão, uma vez que houve alteração do quantum. O termo inicial da incidência dos juros moratórios, cuidando-se de responsabilidade civil contratual, é a data da citação (CPC, art. 240).

DANO MATERIAL EMERGENTE NÃO COMPROVADO.

Melhor sorte não assiste à autora no que diz respeito à pretensão indenizatória de danos materiais emergentes. Quer fazer crer a autora que, em razão do atraso e da perda de conexão aérea, teve que custear com taxas aéreas para que conseguisse chegar a sua residência. Todavia, o comprovante que apresentou demonstra as despesas feitas meses antes dos fatos litigiosos. À míngua de comprovação dos danos, a autora não faz jus à almejada indenização.

Apelação parcialmente provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença (fls. 140/145), cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados por MARCELLA SOARES PICCOLI na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra a LUFTHANSA – DEUTSCHE LUFTHANSA AG.

O objeto da ação é o serviço aéreo prestado pela Ré e a responsabilidade pelos danos materiais e morais decorrentes de atraso de voo, perda de conexões aéreas, extravio de bagagem.

Ao prolatar a sentença, o nobre magistrado entendeu que *"Há prova suficiente do atraso voo de Londres a Frankfurt (fls. 23), que levou à perda de conexões da autora. Logo, o evento equiparou-se ao caso fortuito, rompendo-se o nexo de causalidade entre a atividade do fornecedor e o dano suportado pela parte autora, ainda que se trate de responsabilidade objetiva (relação de consumo), ante sua imprevisibilidade."*. Externou que *"não houve compromisso, pela ré, de entrega da autora em Porto Alegre, mas no Rio de Janeiro, arcando a própria autora, espontaneamente, com riscos de eventuais atrasos nos voos anteriores, os quais, insisto, não faziam parte do transporte aéreo contratado com a ré; a contratação no trecho Rio de Janeiro Porto Alegre foi feita por conta e risco da parte autora, simplesmente"*. Salientou que o extravio de bagagem consiste em mero aborrecimento. Desacolheu a pretensão indenizatória por danos morais e materiais. Acolheu o pedido de ressarcimento de valores despendidos com alimentação.

Assim, julgou *"PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos, para condenar a parte ré no pagamento de EU$ 14,65 à parte autora, corrigidos desde 19.8.2019 pela Tabela Prática do TJSP e com juros de 1% ao mês desde a citação, efetuada a conversão na data do pagamento. Ante a sucumbência recíproca, ficam as partes condenadas em metade das custas e despesas processuais cada uma. Considerando-se o trâmite da ação, a baixa complexidade, o dispêndio do tempo e o trabalho exercido, a ausência de dilação probatória, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os honorários advocatícios são arbitrados, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil, em R$ 1.000,00, devido por cada parte ao patrono da parte contrária."*

Inconformada, a autora apela (fls. 151 e seguintes). Narra que celebrou com a ré um contrato de transporte aéreo internacional de passageiro, dela adquirindo bilhetes de trechos de viagem a ser realizada em 18 de agosto de 2019, de Londres ao Rio de Janeiro, com conexão em Frankfurt. Diz que houve atraso injustificado de decolagem, o que ocasionou a perda de conexões aéreas e a realização de despesas não planejadas. Frisa que não há prova das condições

Acesso ao Sumário

climáticas que impediram a decolagem da aeronave. Salienta que a ré deixou de prestar assistência à autora. Ressalta o extravio de bagagem. Assevera padecimento de danos morais e materiais. Estima aos danos morais a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e, ainda, pugna pela condenação da ré ao pagamento de danos materiais correspondentes a R$ 1.542,90.

A ré ofereceu contrarrazões (fls. 164 e seguintes). Aduz que *"o voo operado pela Apelada Lufthansa atrasou APENAS 01h23min devido a restrições para aterrisagem no Aeroporto de Frankfurt devido ao mau tempo, situação que não pode ser considerada falha, desídia ou descaso na prestação dos serviços, evidentemente, sob pena de inviabilização do setor aéreo"*. Ventila causa excludente de responsabilidade. Argumenta que prestou assistência à autora, com fornecimento de hospedagem e realocação de voo. Ressalta que o extravio de bagagem foi provocado por outra empresa aérea. Refuta os danos morais e pede razoabilidade no arbitramento de valores.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do essencial.

2. Decide-se.

De proêmio, anote-se que a sentença acolheu a pretensão indenizatória pela despesa com alimentação feita pela autora.

A controvérsia da autora reside na existência e na quantificação dos danos morais, bem como na condenação da ré ao pagamento de taxas aéreas que a autora despendeu para alteração de voo.

Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

É sabido que as Convenções de Varsóvia e de Montreal prevalecem nas hipóteses de indenizações por danos materiais que sobrevierem na execução do contrato de transporte internacional de passageiro.

Nesse sentido:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NORMAS E TRATADOS INTERNACIONAIS. CONVENÇÃO DE MONTREAL. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA TRANSPORTADORA APENAS QUANTO AOS DANOS MATERIAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO AOS DANOS MORAIS. RECURSO ESPECIAL 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) se-

Acesso ao Sumário

rão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O STF, no julgamento do RE nº 636.331/RJ, com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese jurídica: Nos termos do artigo 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. 3. Referido entendimento tem aplicação apenas aos pedidos de reparação por danos materiais. 4. As indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo não estão submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC. 5. Recurso especial não provido". (REsp 1842066/RS STJ/T3 Rel. Des. Ministro MOURA RIBEIRO j. 09/06/2020).

Da falha na prestação de serviço

A relação jurídica configurada é de consumo, submetendo-se as partes ao Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade da companhia aérea ré é objetiva e independe de culpa, nos termos art. 14 do CDC, e decorre do risco por ela assumido no contrato de transporte.

Para se eximir de sua responsabilidade pelos fatos, incumbiria à ré demonstrar a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

A LUFTHANSA alega que as condições climáticas desfavoráveis ensejaram o atraso da decolagem do voo em Frankfurt, que perdurou por tempo inferior a 2 horas. Diz que o extravio de bagagem foi provocado por outra empresa aérea.

Com a devida vênia, a narrativa da ré não convence.

As provas do suposto fortuito externo apresentadas pela ré são frágeis. Limitou-se a reproduzir, no corpo de sua contestação, um "print" de uma tela sistêmica, sem informações exatas sobre o ocorrido no dia dos fatos (fls. 49/50). Por mais que se esforce o Julgador em compreender as anotações, elas são feitas em códigos internos, resumidas e em língua estrangeira, o que dificulta a apreciação das provas. E mais: tampouco a juntada do documento traduzido (fls. 132/133) foi capaz de esclarecer os fatos e a tese defensiva da ré.

De rigor reconhecer que as informações são abrangentes, imprecisas e não conferem plausibilidade ao fato liberatório descrito na defesa da Ré. Deixou de apresentar qualquer outra prova que corroborasse a sua versão dos fatos, tais como um documento emitido pela ANAC ou pelo aeroporto.

Nessa toada, a ré não se desincumbiu de seu ônus de comprovar o propalado fortuito externo. Inexiste rompimento de nexo de causalidade.

Acesso ao Sumário

No que atine à alegação de falta de responsabilidade da ré pelo extravio de bagagem, insta consignar que a ré optou por usar o serviço de terceira empresa aérea, em codeshare, como alternativa para realocar a autora em outro voo após a perda de conexão aérea.

O acordo é feito entre transportadoras parceiras, por meio de oferecimento de vantagens e serviços aos passageiros, visam a obtenção de lucros por ambas as empresas aéreas. Houve uma coligação das rés para a execução do contrato e, se operam em conjunto, possuem ambas a responsabilidade pelo risco da atividade.

Nos termos do artigo 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor: todos os integrantes da cadeia de fornecimento de serviço respondem solidariamente perante o consumidor.

O serviço de transporte prestado não atendeu o que dele se esperava.

O atraso de decolagem do voo acarretou a perda de conexão aérea da autora. O voo para o qual foi realocada partiu apenas no dia seguinte, sendo imposta à autora outra parada/conexão não planejada, em Madrid. A autora teve a bagagem extraviada. A chegada ao destino ocorreu 15 horas após a programação da autora.

Com efeito, os incômodos, as atribulações, as expectativas desfeitas de uma viagem prazerosa, o sentimento de impotência diante do atraso do voo, os revezes, o estresse, extrapolam o mero dissabor do cotidiano.

O dano moral suportado pela autora é inegável.

Passe-se à quantificação os danos morais.

Da quantificação dos danos morais

É sabido que o valor da reparação de danos morais não é tarifado, e os critérios de fixação são propostos pela doutrina e jurisprudência. A propósito do tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> *"Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como os prejuízos morais sofridos pela vítima, tendo em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, e a de compensar o sofrimento indevidamente imposto, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo ao ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa" (AI n° 163.571/MG, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. 9.2.99, DJU n° 35-E, de 23.21.99, p. 71).*

A condenação ao pagamento de reparação do dano moral deve se atrelar

Acesso ao Sumário

a valor que inspire ao réu a tomada de providências no sentido de que o fato não volte a se repetir, sem que configure enriquecimento sem causa dos autores.

No caso dos autos, deve ser considerado que a autora perdeu conexões aéreas em razão do atraso de decolagem de voo. A despeito de fornecer hospedagem, a autora se viu obrigada a realizar nova conexão aérea em outra cidade, ficou sem alimentação fornecida pela ré e teve sua bagagem extraviada. A autora chegou ao destino 15 horas após a programação inicial. No que atine ao comportamento da ré, realocou a autora em outro trecho aéreo, forneceu hospedagem e providenciou a restituição da bagagem na cidade da autora.

Partindo dessas premissas, a despeito do reconhecimento dos danos morais, o valor pleiteado pela Autora (R$ 15.000,00) soa elevado, mormente se consideradas as dificuldades financeiras que as empresas aéreas experimentaram no período da pandemia provocada pelo Covid-19.

O valor dos danos morais fica arbitrado em R$ 5.000,00, quantia estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, não deve ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva (RT 742/320; RJTJESP 137/187; JTJ-LEX 174/49).

O novo valor deverá ser atualizado segundo a tabela prática de atualização dos débitos judiciais elaborada por esta Egrégia Corte, desde a data de publicação desta decisão, uma vez que houve alteração do quantum.

O termo inicial da incidência dos juros moratórios, cuidando-se de responsabilidade civil contratual, é a data da citação (CPC, art. 240).

Melhor sorte não assiste à autora no que diz respeito à pretensão indenizatória de danos materiais emergentes.

Quer fazer crer a autora que, em razão do atraso e da perda de conexão aérea, teve que custear taxas aéreas para que conseguisse chegar em sua residência. Todavia, o comprovante que apresentou demonstra as despesas feitas em 11 de julho de 2019 (fls. 39), ou seja, meses antes dos fatos litigiosos.

À míngua de comprovação dos prejuízos, não faz jus à almejada indenização.

Não se olvide que a legislação consumerista rege a relação jurídica de direito material travada entre as partes. É cediço, outrossim, que se admite a possibilidade de inversão do ônus da prova, como forma de facilitar a defesa dos direitos do consumidor em Juízo.

Sucede que tais premissas não podem ser levadas a ferro e fogo, ao extremo, a ponto de se carrear sempre e indistintamente o ônus da prova ao prestador de serviços.

A inversão do ônus da prova preconizada na legislação consumerista não constitui necessariamente regra de julgamento ou de procedimento, mas, repita-

Acesso ao Sumário

se, facilitação da defesa do direito do consumidor em Juízo.

Pois bem, na hipótese da pretensão de indenização dos danos emergentes, cabia à autora comprovar, com consistência, a despesas feitas em razão do atraso do voo e no dia dos fatos. Desse ônus, porém, não se desincumbiu.

3. Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação da Ré, para condenar a ré ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados e corrigidos nos termos do acórdão. Levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, os honorários advocatícios a favor do patrono da autora ficam majorados em mais R$ 500,00 (quinhentos reais).

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032841-48.2022.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante JULIO CESAR CASSANDRO, são agravados MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e TRINTIN AUTOMOVEIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, Negaram Provimento ao recurso. Vencido o 3º Juiz que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.882)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 8 de junho de 2022

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – Decisão que revogou o benefício da justiça gratuita – Pleito de reforma da decisão – Não cabimento – Agravante que não pode ser enquadrado na condição de necessitado a que alude o art. 98 do CPC – Declaração de pobreza e documentos juntados aos autos que não são suficientes para demonstrar a hipossuficiência – Decisão mantida – AGRAVO DE INSTRUMENTO não provido.

VOTO

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto por Julio Cesar Cassandro contra a r. **decisão** (fls. 185/187 dos autos principais), proferida nos autos da **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS**, ajuizada pelo

Acesso ao Sumário

agravante em face de **Trintin Automóveis Ltda**. e do **Município de São Carlos**, que **revogou** a gratuidade processual que havia sido concedida ao agravante, determinando-lhe o recolhimento das custas iniciais em 5 (cinco) dias.

Alega o agravante no presente recurso (fls. 01/11), em síntese, que faz jus à concessão da **justiça gratuita**, uma vez que não possui condições financeiras de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem graves prejuízos ao seu sustento e de sua família. Alega que não há provas nos autos acerca de renda compatível com a complexidade da demanda, tampouco sendo possível extraí-la das declarações de imposto de renda acostadas. Argumenta que a pandemia fragilizou as finanças dos empresários. Afirma que sua aposentadoria por invalidez não permite que equilibre suas contas, além de ser dono de um comércio que pouco lhe rende.

Com tais argumentos pediu a concessão do efeito suspensivo para que, ao final, seja dado provimento ao presente agravo de instrumento para a reforma da decisão atacada (fl. 10).

O recurso é tempestivo.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Cabível o presente recurso, por se enquadrar na hipótese do artigo 1.015, inciso V, do Código de processo Civil.

Foram atendidos os requisitos do artigo 1.016, estando dispensada a juntada das peças obrigatórias, nos termos do disposto no artigo 1.017, parágrafo 5º, ambos artigos do referido código.

Não sendo o caso de aplicação do artigo 932, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, passo a apreciar o presente agravo de instrumento.

O recurso **não** merece provimento.

Conforme se depreende dos artigos 98 e 99 do Código de Processo Civil, a presunção de veracidade da declaração de pobreza é relativa, admitindo prova em contrário.

Ressalta-se que o artigo 5°, inciso LXXIV, da Constituição Federal, ao dispor que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", acaba também por impor a comprovação da necessidade.

No caso em tela, o MM. Juiz "a quo" entendeu não estar configurada a hipossuficiência do agravante exigida para a concessão do benefício, pois "**conforme alegado na contestação e não refutado na réplica, ele é proprietário de uma firma individual, com nome fantasia 'Casa do Automóvel'; sua esposa possui duas empresas, do ramo de rações e petshop, das quais ele teria participação gerencial; o autor é dono de um barco, no valor de R$ 30.000,00 e reside em imóvel não compatível com pessoa de baixa renda**" (fl.

185 dos autos principais).

Mais uma vez, o agravante se insurge sem impugnar especificamente nenhuma dessas constatações, o que, por si só, basta à rejeição da pretensão, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

O agravante se limita a acostar as declarações de imposto de renda de sua pessoa física e de sua pessoa jurídica, ambas sem rendimentos (fls. 25/56), sem tecer nenhuma explicação adicional, o que não é suficiente a afastar a presunção de capacidade financeira que emerge de todos os bens citados, sobretudo diante do reduzido valor da causa, de apenas R$ 6.112,00 (seis mil, cento e doze reais), que culminará no recolhimento de custas iniciais pelo valor mínimo, de R$ 159,85 (cento e cinquenta e nove reais e oitenta e cinco centavos).

Realmente, qualquer dos bens possuídos pelo agravante, por si só, já seria incompatível com a incapacidade de arcar com tal valor de custas iniciais. Além do referido barco de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a residência do agravante não é humilde e este ainda detém um veículo Fiat Strada do ano de 2017 com valor estimado na Tabela Fipe de quase R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) (fl. 108 dos autos principais). Ainda foi demonstrado o anúncio de vaga de trabalho na referida "pet shop" (fl. 107 dos autos principais), com indicação de endereço eletrônico do agravante para recebimento de currículos, o que, além de indicar a relação direta deste com tal empresa, não indica recessão desta, que está até contratando pessoal.

Ademais, o agravante deixou de demonstrar que tem despesas essenciais a suportar, de sorte a reduzir sua capacidade financeira, a ponto de não ter condições de arcar com as custas e despesas do processo sem prejuízo do sustento de sua família.

Logo, não há como afastar a revogação dos benefícios da gratuidade de justiça quanto ao agravante.

Desta forma, deve ser mantida a r. decisão de 1ª instância agravada.

Diante da manutenção da revogação, deverá o agravante recolher o preparo referente ao presente recurso, em 10 (dez) dias úteis, nos termos do artigo 99, parágrafo 7º, parte final, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao presente agravo de instrumento, para manter a r. decisão questionada por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 44.840)

Ementa: Agravo de Instrumento – Gratuidade Processual – Alegação de insuficiência – Presunção de ve-

racidade – Admissibilidade – Gratuidade processual concedida – Entendimento do art. 99, § 3º, do NCPC – Agravo provido.

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por Júlio Cesar Cassandro contra r. decisão (fls. 185/187 dos autos principais) proferida pela MMa. Juíza Carolina Muller Carioba Attanazio, e consistente em indeferir lhe o pedido de gratuidade processual.

Foram dispensadas as informações e o procedimento previsto no artigo 1.019, II do Código de Processo Civil.

Em síntese, é o relatório.

A ideia de acesso à Justiça comporta dois objetivos ao sistema jurídico: que seja um sistema acessível a todos e outro que determina que os resultados sejam justos às partes. Assim, a forma encontrada para igualar os agentes envolvidos no processo foi lhes garantir o acesso ao Judiciário.

No entanto, o que se verifica é que ao Poder Público foi garantido tal acesso independentemente de qualquer ônus, uma vez que é dispensado do recolhimento das custas, enquanto os particulares são obrigados a pagá-las e, quando não o podem, estão sujeitos a prestar declarações de hipossuficiência sob as penas da lei ou, ainda, comprovar sua carência financeira.

Assim, são submetidos a declarar ou provar algo que o Poder Público, para o mesmo fato ou ato, é dispensado em razão de privilégios que lhe são concedidos, sendo exemplo o art. 6º da lei de custas do Estado de São Paulo nº 11.608/03: "*A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária*" e, também, o art. 511, § 1º, do CPC, dentre outros tantos que poderiam ser citados.

Ora, tais exemplos só trazem à tona o evidenciado desequilíbrio entre a pessoa do particular e a Fazenda Pública, provocado por uma reiterada interpretação normativa, que deixa de lado os desideratos democráticos insculpidos em nossa Carta Magna, desconsiderando os princípios maiores de respeito à dignidade humana e em detrimento aos cidadãos para beneficiar o Poder Estatal.

Nesse sentido, a ausência de uma interpretação sistemática, alinhada aos mais nobres princípios constitucionais, como a isonomia por exemplo, faz com que atos processuais referentes a demandas indubitavelmente necessárias deixem de ser convalidados, por dependerem do pagamento de despesas processuais.

Indo além, esse panorama impede que se atinja uma ordem jurídica justa, estreitamente ligada com o devido processo legal, segundo ensinamento de Paulo Henriques dos Santos Lucon ("Garantias Constitucionais do Processo Civil", 1999, p. 98):

Acesso ao Sumário

"A igualdade interage com o devido processo legal, pois o exercício do poder estatal só se legitima através de resultados justos e conformes com o ordenamento jurídico, por meio da plena observância da ordem estabelecida, com as oportunidades e garantias que assegurem o respeito ao tratamento paritário das partes. Tal é o direito ao processo justo, ou seja, o direito á efetividade das normas e garantias que as leis do processo e de direito material oferecem. A real consecução do acesso à justiça e do direito ao processo exige o respeito às normas processuais portadoras de garantias de tratamento isonômico dos sujeitos parciais do processo. Ao estabelecer a ordem de atos a serem praticados lógica e cronologicamente, com a observância de todos os requisitos inerentes a cada um deles e a exigência da realização de todos, a lei pretende atingir um resultado de modo a tutelar quem tem razão. Isso significa atingir a ordem jurídica justa, que tem estreita relação com o devido processo legal, pois igualmente pode ser vista como meio e fim; se de um lado é a própria abertura de caminhos para a obtenção de uma solução justa, de outro constitui a própria solução justa que se espera justa porque conforme com os padrões éticos e sociais eleitos pela nação. Daí porque o devido processo legal é uma cláusula de abertura do sistema na busca por resultados formal e substancialmente justos. Tal é a amplitude que se espera dessa garantia de meio e de resultado, que desenha o perfil democrático do processo brasileiro na obtenção da justiça substancial. (...) A garantia constitucional do devido processo legal exige que se dê às partes a tutela jurisdicional adequada. Além disso, aos sujeitos do processo devem ser conferidas amplas e iguais oportunidades para alegar e provar fatos inerentes à consecução daquela tutela."

Vale ressaltar, também, o ensinamento de Alexandre Freitas Câmara a esse respeito ("*Lições de direito processual civil*." Vol. I. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 40):

"A isonomia (ou igualdade) está intimamente ligada à idéia de processo justo – isto é, de devido processo legal –, eis que este exige necessariamente um tratamento equilibrado entre os seus sujeitos. Por essa razão, aliás, dispõe o artigo 125, I, do CPC, que é dever do juiz assegurar às partes um tratamento isonômico. Não se pode ver, porém, neste princípio da igualdade uma garantia meramente formal. A falsa idéia de que todos são iguais e, por isso, merecem o mesmo tratamento é contrária à adequada aplicação do princípio da isonomia. As diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial. Assim é que, mais do que nunca, deve-se obedecer aqui à regra que determina tratamento igual às pessoas iguais, e tratamento desigual às

Acesso ao Sumário

pessoas desiguais."

Sobre o assunto, merece ainda destaque o ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno e Carlos Ari Sundfeld ("*Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo*", São Paulo, Malheiros, 2000, p. 84):

> *"[...] o desequilíbrio entre a Fazenda e o Particular, em juízo, é profundo, absurdo e injustificável, onerando demais o cidadão, na medida em que este não logra suportar o ônus dessas prerrogativas, ou pelo menos, de algumas delas."*

Com efeito, deve-se assegurar a justiça gratuita aos declarados hipossuficientes para um adequado alcance do aparelhamento judiciário através da gratuidade das despesas materiais.

Mas não é só: a única exigência legal (Art. 99, § 3º, NCPC) para a concessão do benefício é a mera declaração da impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo próprio ou de sua família, "*verbis*":

> *"Art. 99 - O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. (...)*
>
> § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural."

Não se exige o estado de pobreza para a obtenção do benefício, já que o Novo Código de Processo Civil não o menciona como condição para a obtenção da assistência judiciária gratuita, mas sim a insuficiência de recursos.

Dessa forma, o mero pedido e a simples declaração de insuficiência bastam, pois, para a concessão do benefício, ainda mais quando não impugnada pela parte contrária, a quem incumbe a prova capaz de desconstituir a presunção de veracidade.

Assim, vê-se, com clareza, pela simples leitura do texto legal, que a intenção do legislador foi a de possibilitar o amplo acesso à Justiça, pela credibilidade na palavra do cidadão, criando, contudo, mecanismos de controle e punição para o caso de descumprimento de seus preceitos.

Acesso ao Sumário

Diverso não é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a saber: "*Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário"* (RSTJ 7/414).

Registre-se, ainda, que o espírito da lei em comento, deve ser entendido não como situação definitiva, mas, sempre, situação momentânea, de maneira que não é nenhum absurdo se encontrar pessoas em boa situação econômica e péssima situação financeira. O mesmo se diga quanto à pessoa ter rendimentos ou salário acima do miserável mínimo, fato que não significa, necessariamente, capacidade financeira.

Aliás, o fato isolado de litigante possuir renda, genericamente considerado, não presume pujança econômica. Pensar assim seria tão irrazoável e prematuro quanto o argumento de que a simples contratação de honorários de advogado impede a concessão do benefício. Afinal, muitos dos honorários contratuais tornar-se-ão exigíveis apenas caso seja obtido êxito na demanda, e mesmo são verbas destinadas à remuneração adequada do trabalho, em muito distintas das custas judiciais.

Por tudo isso, não tem a parte o dever de comprovar sempre e documentalmente a hipossuficiência afirmada, como condição para o deferimento do benefício, ausentes, na hipótese concreta, fundadas razões para que ele seja inadmitido.

Por tudo, de rigor a concessão do benefício requerido, a fim de proporcionar a paridade processual necessária para o escorreito deslinde do feito.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso da Agravante.

MARREY UINT, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2118840-66.2022.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que são agravantes CORRÊA LOFRANO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, ARY DOS SANTOS PINTO, LÍDIA PARSEKIAN MARTINS e LUIS GONZAGA GANDINI JUNIOR, é agravado UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JULIO DE MESQUITA FILHO - UNESP.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.358)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 14 de julho de 2022.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Acolhimento em parte da impugnação apresentada pelo executado enseja a condenação do exequente ao pagamento da verba honorária, ainda que tenha havido concordância deste

Acesso ao Sumário

com os cálculos apresentados pela executada. Princípio da causalidade. Fixação do valor dos honorários por equidade. Impossibilidade. Proveito econômico que não se mostra imensurável, irrisório ou exorbitante. Pleito de compensação de honorários devidos à autarquia estadual, com parte de crédito de precatório devido pela própria, a que fazem jus os agravantes. Possibilidade. Verba não pertencente ao Procurador e sim a ente público que ele representa. Precedentes. Decisão reformada em parte para deferir o pedido de compensação de parte do crédito de precatório devido pela própria autarquia estadual, a que fazem jus os agravantes, e a verba honorária de sucumbência a que condenados em favor desta.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *CORRÊA LOFRANO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, ARY DOS SANTOS PINTO, LÍDIA PARSEKIAN MARTINS e LUIZ GONZAGA GANDINI JÚNIOR* contra a r. decisão que, na ação ordinária, em fase de cumprimento de sentença, movida em face da *UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JULIO DE MESQUITA FILHO - UNESP*, acolheu os embargos da ora agravada para arbitrar honorários advocatícios em 10% do proveito econômico obtido no incidente.

Sustentam, em síntese, que a decisão é nula, pois não foi concedido prazo para os agravantes responderem aos embargos de declaração, nos termos previstos no artigo 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, e que a condenação é indevida. Se mantida a condenação, requerem o seu arbitramento por equidade, pois o valor é desproporcional e irrazoável, ou que seu pagamento seja descontado dos créditos de precatório ou postergado para após o seu recebimento pelos agravantes.

O agravado respondeu.

É o breve relato.

O recurso comporta parcial provimento.

Primeiro, rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão por não ter sido oportunizada a resposta aos embargos de declaração, vez que não se vislumbra prejuízo à defesa da agravante, sobretudo pela oportunidade de interposição do presente recurso em face da r. decisão agravada. Logo, a pretensão será analisada por esta instância, independentemente de sua manifestação prévia em primeiro grau.

Acesso ao Sumário

No mérito, tem-se que o acolhimento em parte da impugnação apresentada pelo executado enseja a condenação do exequente ao pagamento da verba honorária, em observância ao princípio da causalidade.

Nesse sentido, "*em matéria de honorários e de despesas, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja, responde por eles a parte que deu causa à instauração do processo*" (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 45ª ed., Ed. Saraiva, pág. 144).

Aliás, "*sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes*" (REsp nº 264.930, 4ª T., rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. em 13.09.2000. No mesmo sentido: AgRg no AI nº 615.423, 3ª T., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 17.3.2005; REsp nº 664.475, 1ª T., rel. Min. TEORI ZAVASCKI, j. em 03.05.2005).

E, especificamente no que tange ao pagamento de honorários advocatícios em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.134.186, submetido ao rito dos recursos repetitivos, fixou as seguintes teses:

> *"a)* São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do ‹cumpra-se› (*REsp* nº 940.274/MS);
>
> *b) Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.*
>
> *c) Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20,* § 4º, do CPC".

No mesmo sentido é a jurisprudência desta C. 11ª Câmara de Direito Público:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Sistema remuneratório e benefícios – Servidora pública municipal aposentada – Repetição de indébito tributário – Imposto de renda retido sobre valores provenientes de conversão de licença-prêmio não gozada em pecúnia – Impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo executado, sob fundamento de excesso de execução – Inconformismo diante de decisão que, ante da concordância da exequente, homologou os cálculos apresentados pelo executado, sem a condenação da exequente em honorários advocatícios – Ainda que tenha sido considerada prejudicada a impugnação, fato é que seu pleito foi reconhecido pela exequente, que admitiu o excesso de execução – Desfecho que tem o mesmo resultado prático do julgamento de*

Acesso ao Sumário

mérito de acolhimento – Ademais, cabível a fixação de honorários, em respeito ao princípio da causalidade – Aplicação, a contrario sensu, da súmula 519 do Superior Tribunal de Justiça – Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça – Decisão reformada para condenar a exequente ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre a diferença impugnada (excesso de execução), nos termos do art. 85, §§1º e 2º, do CPC. Recurso provido."

(Agravo de Instrumento nº 2279357-16.2020.8.26.0000, rel. Desembargador Oscild de Lima Júnior, j. em 12/02/2021);

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – IMPUGNAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Concordância do impugnado – Cabimento – Princípio da Causalidade – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal Fixação com base nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO."

(Agravo de Instrumento nº 3005639-50.2020.8.26.0000, rel. Desembargador Afonso Faro Jr., j. em 01/12/2020).

Aliás, são devidos os honorários sucumbenciais ainda que tenha havido concordância pela exequente com os cálculos apresentados pela executada. Nesse sentido, citam-se os julgados deste E. Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA SEM ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Cabimento. A ausência de resistência à impugnação ao cumprimento de sentença não isenta o credor do pagamento de honorários advocatícios. Princípio da causalidade. Reação do devedor. Acolhimento determina a condenação em honorários diante da necessidade de manejo do meio de defesa para eliminação do excesso de execução. Incidência do Princípio da causalidade. Inteligência do Tema 410 firmada pelo STJ e art. 85, §1º, do CPC. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Decisão reformada. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Arbitramento da verba em 11% do valor do proveito econômico, já considerando a atuação do patrono do devedor em segundo grau de jurisdição. RECURSO PROVIDO."

(Agravo de Instrumento nº 2083670-33.2022.8.26.0000, rel. Desembargador José Maria Câmara Junior, 8ª Câmara de Direito Público, j. em 20/06/2022);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Concordância da autora-exequente com os cálculos apresentados pela FESP em impugnação. R. decisão agravada que não fixou honorários advocatícios em favor da FESP-impugnante. Pleito pela FESP de condenação do exequente em honorários sucumbenciais. CABIMENTO. São devidos os honorários sucumbenciais ainda que tenha havido concordância pela autora-exequente com os cálculos apresentados pela Fazenda. Aplica-

Acesso ao Sumário

ção do art. 85, §1º do CPC/2015. Precedentes desta E. Corte. Reforma da r. decisão vergastada para fixar os honorários sucumbenciais em 10% sobre a diferença apontada pela FESP. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO."

(Agravo de Instrumento nº 3001492-10.2022.8.26.0000, rel. Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 09/05/2022);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO NÃO RESISTIDA. Decisão que acolheu a impugnação à execução, sem condenar a exequente/agravada em honorários sucumbenciais, em razão da concordância à impugnação. Inteligência do art. 85, § 1º, do CPC. Honorários advocatícios cabíveis, em razão do acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença. Recurso provido."

(Agravo de Instrumento nº 3001167-35.2022.8.26.0000, rel. Desembargador Moacir Peres, 7ª Câmara de Direito Público, j. em 04/05/2022).

Com relação ao valor dos honorários advocatícios, o C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.746.072/PR, j. em 13.02.2019, ao tratar sobre a questão atinente aos honorários advocatícios à luz do Código de Processo Civil de 2015, considerou que dentre as alterações do novo ordenamento processual foram reduzidas, "*visivelmente, a subjetividade do julgador, **restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade**, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) **no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º)***". (grifei)

Importante esclarecer que "*o § 8º do art. 85 do CPC/2015 se aplica somente quando o valor da causa é muito baixo e, além disso, seja irrisório ou inestimável o proveito econômico experimentado. Caso contrário, os honorários advocatícios devem ser arbitrados a partir do valor da causa ou do proveito econômico experimentado, com obediência aos limites impostos pelo § 2º do art. 85 do CPC/2015, os quais se aplicam, inclusive, nas decisões de improcedência e quando houver julgamento sem resolução do mérito*" (STJ - AgInt no AREsp nº 1.187.650/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018).

Não se verifica, pois, hipótese de arbitramento dos honorários advocatícios por equidade, pois o proveito econômico não é imensurável, irrisório ou exorbitante, uma vez que relacionado com o valor da obrigação de pagar.

O Código de Processo Civil atual, ao tratar da matéria dos honorários advocatícios, inovou substancialmente com relação à legislação anterior, trazendo

Acesso ao Sumário

regramento específico para a condenação nas causas em que a Fazenda Pública for parte, nos seguintes termos:

> *"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:
>
> *(...)*
>
> § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:
>
> *I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;*
>
> *II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;*
>
> *III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;*
>
> *IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;*
>
> *V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos."*

Assim, em razão do acolhimento da impugnação e, consequentemente, a redução do valor da obrigação de pagar, é correta a fixação dos os honorários em 10% do valor do proveito econômico obtido (artigo 85, § 2º e 3º, inc. I).

Acesso ao Sumário

Por fim, acolhe-se a pretensão de compensação de honorários devidos à autarquia estadual, com parte de crédito de precatório devido por esta, a que fazem jus os agravantes.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que os honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedor o ente público, não constituem direito autônomo do advogado público, na medida em que integram o patrimônio da entidade, nesse sentido:

> *"É admissível a compensação dos valores devidos a título de honorários advocatícios, pela oposição de embargos à execução, com a verba a ser paga ao autor da ação, em face da procedência do pedido. Precedentes da Corte"*

(REsp 279.363 Rel. Paulo Medina DJU 21.11.2005).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA, QUANDO VENCEDOR O ENTE PÚBLICO, NÃO CONSTITUEM DIREITO AUTÔNOMO DO PROCURADOR JUDICIAL, PORQUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO PÚBLICO DA ENTIDADE. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cinge-se a controvérsia em definir se os honorários de sucumbência fixados em favor da Fazenda Pública podem ser compensados com crédito a ser recebido por meio de precatório, por integrarem o patrimônio da entidade pública, ou se referidos valores são de titularidade dos Procuradores da entidade estatal, circunstância que inviabilizaria eventual compensação.

2. O entendimento adotado no acórdão impugnado encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que os honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedora a Fazenda Pública, integram o patrimônio da entidade estatal, não constituindo direito autônomo do Procurador judicial, o que viabiliza sua compensação. Precedentes: REsp. 1.668.647/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.6.2017; AgInt no AREsp. 859.401/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 30.8.2016; AgInt no REsp. 1.198.678/RS, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 21.11.2016.

3. Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO a que se nega provimento."

(AgInt no AREsp 909.941/SP, Rel. o Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. 22.08.2017);

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. VERBA DEVIDA AOS COFRES DA FAZENDA PÚBLICA. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. VERBA PÚBLICA DE CARÁTER NÃO PESSOAL.

1. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedora a Fazenda Pública, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade.

3. Desse modo, o acórdão impugnado decidiu em compasso com a jurisprudência do STJ, no sentido de possibilitar a compensação dos honorários devidos pelo ora recorrido com o montante a que tem direito a

Acesso ao Sumário

receber do Estado, via precatório. 4. Recurso Especial não conhecido.
(REsp 1.668.647/SP, Rel. o Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 13.06.2017).

Portanto, é possível a compensação da verba honorária advocatícia devida ao ente público, com o crédito decorrente de precatório contra o próprio, desde que presentes os requisitos dos art. 368 e 369 do Código Civil:

"Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem- se, até onde se compensarem.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis".

Nesse sentido, são os julgados desta C. 11ª Câmara de Direito Público:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Sistema remuneratório e benefícios – Servidores públicos estaduais – Cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública – Pleito de compensação de honorários devidos à Fazenda Estadual, com parte de crédito de precatório devido pela própria Fazenda Estadual, a que fazem jus os agravantes – Possibilidade – Verba de sucumbência decorrente do acolhimento de impugnação ao cumprimento de sentença, com crédito dos agravantes em precatório devido pela própria Fazenda Estadual – Verba não pertencente ao Procurador e sim a ente público que ele representa – Entendimento que não se alterou com o advento do Novo CPC (art. 85, §§ 14 e 19) – Precedentes do STJ e deste Tribunal – Decisão reformada. Recurso provido, com observação."

(Agravo de Instrumento nº 2049571-71.2021.8.26.0000, rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 14/06/2021);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Indeferimento da justiça gratuita – Ausência de comprovação do alegado comprometimento ao próprio sustento e de seus familiares – Verba sucumbencial – Compensação – Concordância expressa da FESP, observados os parâmetros – Decisão modificada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO."

(Agravo de Instrumento nº 2007303-02.2021.8.26.0000, rel. Des. Afonso Faro Jr., j. em 19/03/2021).

Fica parcialmente reformada, portanto, a r. decisão agravada para deferir o pedido de compensação de parte do crédito de precatório devido pela própria autarquia estadual, a que fazem jus os agravantes, e a verba honorária de sucumbência a que condenados em favor desta.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos retro especificados.

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 pode-

Acesso ao Sumário

rão, 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 Agravo de Instrumento nº 2141157-58.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WASHINGTON LUIS CONCEIÇÃO FERREIRA, é agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.514)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente) e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 18 de julho de 2022.

ALBERTO GENTIL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Prévio requerimento administrativo – Hipótese não elencada no artigo 1.015 do CPC – Taxatividade mitigada – Tema 988 do C.STJ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Prévio requerimento administrativo – Desnecessidade – Concessão de auxílio-doença acidentário na esfera administrativa, com alta médica – Prosseguimento do feito determinado – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

1 – Agravo de instrumento interposto por Washington Luis Conceição Ferreira visando a reforma da r. decisão trasladada a fls. 54 e 62 que, nos autos da ação por ele proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, determinou a comprovação de prévio e recente requerimento administrativo.

Recurso tempestivo e que prescinde para julgamento das diligências possíveis de serem ordenadas (CPC, art. 1.019 e incisos).

2 – A decisão agravada não está elencada no rol do artigo 1.015 do CPC.

No entanto, o presente recurso merece ser conhecido.

Assim já decidiu esta Colenda Décima Sétima Câmara de Direito Público, *verbis*: –

> *"Nesse sentido, o C. STJ (Resp 1.696.396/MT e 1.704.520/MT Tema 988) mitigou a taxatividade do mencionado rol do artigo 1.015 do CPC/2015. Em casos urgentes, é possível conhecer do agravo, em caráter excepcional, em hipóteses não elencadas no referido dispositivo. Uma vez que o processo será extinto caso o agravante não formule novo pedido administrativo e seja comprovada sua negativa (despiciendo), a presente situação necessita ser examinada de imediato, mesmo que não abrangida no artigo 1.015 do CPC/2015"* (Agravo de Instrumento nº 2021841-22.2020.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Monnerat)".

3 – No caso em exame, a despeito da decisão firmada pelo C. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 631240/MG, não há que se falar em necessidade de prévio requerimento administrativo de benefício.

Afinal, ao agravante, foi concedido administrativamente auxílio-doença acidentário até 30.11.2020 (fls. 35 deste agravo).

A autarquia cessou o pagamento deste benefício temporário, conferindo ao segurado a alta médica que, em outras palavras, equivale ao indeferimento do direito perseguido.

Ainda mais quando se observa que a alta médica ocorreu em novembro de 2.020 e a propositura da ação em junho de 2.022. Ou seja, pouco tempo decorreu entre a alta médica e a propositura da ação.

Neste sentido, inclusive, já se pronunciou esta Colenda Câmara Especializada: – Apelação Cível nº 1010072-46.2014; Relator Juiz Afonso Celso da Silva.

Destarte, de rigor o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

4 – Daí porque, ante o exposto, nos termos supra consignados, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0176311-02.2007.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é agravante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é agravado EDVALDO DOS SANTOS MELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.563)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 22 de agosto de 2022.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – REVISÃO DE BENEFÍCIO – ORDEM DE RETIFICAÇÃO DA RENDA MENSAL NO PRAZO DE 60 DIAS SOB PENA DE MULTA DIÁRIA – INTIMAÇÃO PESSOAL EFETIVADA – CUMPRIMENTO SOMENTE QUASE UM ANO DEPOIS – MULTA DEVIDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

"No caso concreto a imposição da multa imposta ao INSS decorre da absoluta extemporaneidade no cumprimento da ordem de revisão da renda mensal do benefício no caso concreto".

Agravo de instrumento desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS insurgindo-se contra decisão que o condenou ao pagamento de multa no importe de R$ 12.900,00 por atraso no cumprimento de ordem judicial anterior que determinara a retificação do valor da renda mensal do benefício acidentário concedido a Edvaldo dos Santos Melo (fls. 14/29).

Insurge-se o agravante aduzindo, em suma: a) ter sido irregular a intimação daquela ordem anterior; b) houve a retificação do valor do benefício; c) não há certeza quanto à legalidade da multa imposta na espécie.

Julgado deserto o agravo de instrumento na Sessão aqui realizada no dia 13/02/2007, interpôs o INSS recurso extraordinário, seguindo-se ordem da Presidência da Seção de Direito Público, em cumprimento à deliberação advinda do Supremo Tribunal de Federal, de retorno dos autos à Turma Julgadora para retratação do Acórdão em atenção à tese firmada pela Corte Suprema em sede do Tema 135 (ver fls. 38/125 e autos em apenso).

Na sequência, intimado a respeito, manifestou-se o agravado (fls. 129/122).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

De pronto, dou por superada controvérsia em relação à deserção do recurso, ante o consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal que ao tratar o assunto em sede do Tema 135, como se sabe, assentou expressamente estar o INSS dispensado do pagamento da despesa com porte de remessa e retorno.

Assim impõe-se, em sede de retratação, o conhecimento e apreciação do agravo de instrumento interposto pelo INSS contra a r. decisão que, no caso concreto, o condenou ao pagamento de multa no importe de R$ 12.900,00 por atraso na retificação da renda mensal do benefício acidentário devido a Edvaldo dos Santos Melo.

Vê-se que nas razões do agravo de instrumento discorda o INSS da multa que lhe fora imposta aduzindo não ter sido regularmente intimado, que efetivamente reviu o valor da renda mensal do benefício e que não há certeza quanto à legalidade da pena imposta.

Sem razão, a meu juízo.

Primeiro, porque a cominação da multa já estava prevista em sede de decisão anterior, prolatada em junho de 2005, que determinara a intimação dele, INSS, para efetuar a revisão do valor mensal do benefício no prazo de 60 dias, não se constatando nenhuma impugnação ao tempo certo acerca de tal deliberação.

Depois, ao que se infere, a intimação se deu de modo claro, por Oficial de Justiça, em setembro de 2005 na pessoa da Chefe do INSS em Santos/SP que, por seu turno, aceitou contrafé do mandado e exarou a sua ciência sem nenhuma ressalva.

Não obstante, em que pese a intimação ter se efetivado em setembro de 2005, o cumprimento da ordem só se deu de forma efetiva em agosto de 2006 quando, evidentemente, desde há muito extrapolado o prazo – quase um ano após –, o que resultou na prolação da r. decisão que tão só fez concretizar a incidência da multa estipulada (basta conferir com a tenção nas cópias das peças aqui trazidas nas fls. 14/29).

Por fim, sem nenhuma consistência a arguição de ausência de certeza quanto à aludida multa.

Ora, no caso a multa, como exposto, já estava prevista na decisão anterior, ao que consta irrecorrida, que ordenara a intimação com prazo fixado para revisão da renda mensal do benefício.

A incidência, por sua vez, decorreu da manifesta extemporaneidade do cumprimento da ordem pelo INSS.

Nada, pois, a meu ver a se modificar na r. decisão singular, devendo o feito prosseguir em seus ulteriores termos.

Ante o exposto, pelo meu voto, superada a deserção em sede de re-

Acesso ao Sumário

tratação, no mérito nego provimento ao agravo de instrumento nos termos supra. Oportunamente, retornem-se os autos à Presidência da Seção de Direito (despacho na fl. 121 - *in fine*).

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2147000-04.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante ENZO MEDEIROS COSTA (MENOR) (REPRESENTADO POR SUA MÃE) LUCIANA MEDEIROS COSTA, é agravado UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP.

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. Impedido o Desembargador Aliende Ribeiro", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.344)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), RUBENS RIHL e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 19 de julho de 2022.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que deferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso de apelação, na forma do art. 1.012, § 3º, do CPC – Sentença que concedeu a segurança ao impetrante, confirmando medida liminar anteriormente deferida, para lhe assegurar o ingresso nas dependências da Universidade de São Paulo (USP) com a dispensa da apresentação de passaporte vacinal – Laudos médicos particulares refutados pelo profissional da medicina da USP – Discussão em sede de apelação quanto aos riscos existentes – Risco de irreversibilidade da medida – Interesse público na proteção da saúde coletiva que prevalece nesta fase – Decisão mantida – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo interno contra a decisão monocrática de fls. 80/81 dos autos em apenso, proferida pelo Relator Sorteado Desembargador Danilo Panizza, que deferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso de apelação interposto pela Universidade de São Paulo - USP em face de sentença que concedeu a segurança à Enzo Medeiros Costa (menor representado por sua genitora, Luciana Medeiros Costa), confirmando medida liminar anteriormente deferida, para afastar a obrigatoriedade de apresentação de passaporte vacinal, considerando a contraindicação médica juntada aos autos.

O impetrante/apelado recorre pleiteando a reconsideração da decisão agravada para indeferir a atribuição do afeito suspensivo à apelação interposta pela USP, sustentando, em síntese a existência de dois laudos médicos, confeccionados por diferentes profissionais, contraindicando a vacinação ao impetrante, bem como a urgência na execução da sentença sob pena de grave prejuízo aos estudos e à vida profissional do impetrante (fls. 1/38).

Recurso tempestivo, sem a necessidade de preparo.

É o relatório.

De início, anoto que estes autos vieram conclusos a este Desembargador para apreciação de medidas urgentes, nos termos do artigo 70, § 1º do Regimento Interno deste Tribunal.

Trata-se na origem de mandado de segurança impetrado por Enzo Medeiros Costa (menor representado por sua genitora, Luciana Medeiros Costa) em face de atos praticados pelo Reitor da Universidade de São Paulo - USP, da Presidente da Comissão de Graduação da Escola de Engenharia de São Carlos/USP e do Diretor da Escola de Engenharia de São Carlos/USP para que lhe seja garantido adentrar em estabelecimentos na USP/São Carlos e assistir aulas presencialmente, sendo dispensado de apresentar passaporte da vacina, considerando que laudos médicos contraindicando a vacinação contra a Covid.

Confirmando a liminar deferida, foi proferida sentença concedendo a segurança pleiteada.

Acesso ao Sumário

Inconformada a USP interpôs recurso de apelação e apresentou, nesta instância, petição autônoma pleiteado a imediata suspensão da execução da sentença, na forma do art. 1.012, § 3º, do CPC, discorrendo acerca da prolação da sentença antes mesmo do transcurso do prazo para interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a liminar (fls. 171/174 dos autos de origem). Alega a prevalência do direito à vida e à saúde coletiva e ressalta a desconsideração da análise feita pela Superintendência de Saúde da Universidade de São Paulo dos atestados médicos apresentados pelo impetrante e eficácia das vacinas a indicar redução importante da transmissibilidade da doença pelos vacinados. Por fim, sustenta a necessidade de concessão do efeito suspensivo à

apelação a fim de evitar dano irreparável ou de difícil reparação, com a preservação da vida e da saúde dos alunos, servidores docentes e não docentes, além de frequentadores do campus da USP, aludindo às normas sanitárias baixadas pela requerente no contexto pandêmico, decisões do Plenário do STF (ADI n. 6586 e 6625), normas constitucionais e a ADPF nº 756.

A pretensão foi acolhida pelo Relator Sorteado, Desembargador Danilo Panizza, por meio da decisão ora agravada (fls. 80/82 dos autos em apenso) esclarecendo que "*em que pese o entendimento do Juízo de 1ª instância, bem como as ponderações de mérito externado pela ora requerente, constata-se que a sentença foi proferida no 16º dia após a intimação da autoridade impetrada, que goza de prazo em dobro para manifestação (art. 183, do CPC), portanto anteriormente ao transcurso do prazo para interposição de recurso contra a decisão que deferiu a liminar requerida no mandamus, a justificar a concessão do efeito suspensivo ora pleiteado*.", acrescentando que "*não pode ser desconsiderado que a pronta executoriedade dos termos decididos em primeira instância pode ensejar, no mínimo, difícil reparação a posteriori, sendo providência de cautela a atribuição do efeito suspensivo ao recurso de apelação interposta, observado o disposto no § 4º, do art. 1.012, do CPC, sempre atento a parte final do reportado parágrafo*."

Irresignado o impetrante/apelado interpôs o presente agravo interno sustentando que a agravada deturpou os fatos e omitiu informações importantes como: "*a existência de atestados/laudos médicos, de dois médicos distintos, inúmeros exames médicos, a revogação da emergência sanitária pelo ministério da saúde, que retirou o objeto da lei 13.979/2020, fundamentada no recurso pela agravante, a expressa recomendação médica para não inoculação, e, por fim, a violação ao entendimento do supremo tribunal federal, ADPF 898/DF, que afasta da inoculação pessoas com recomendação médica em sentido contrário*". Sustenta que a manutenção da suspensão dos efeitos da sentença provocará dano irreparável ao agravante, que perderá as provas finais do semestre letivo, além do prazo para rematrícula para o semestre seguinte, causando prejuízo para a sua vida profissional *ad aeternum*. Alega que o caso não se trata não querer se vacinar, mas sim de contraindicação médica, tendo em vista que o agravante sofre de mutação genética associada com aumento de níveis de homocisteína, que provocam trombose, podendo levar o paciente à morte por AVC. Afirma que agravada não impugnou nenhum exame médico, eis que é prova incontroversa. Pede a reconsideração da decisão agravada para indeferir a atribuição do afeito suspensivo à apelação interposta pela USP.

Diferente do alegado pelo ora agravante, os laudos médicos por ele apresentados foram tecnicamente refutados pela Superintendência de Saúde da Universidade de São Paulo, que concluiu não haver contraindicação médica formal para a imunização do impetrante (fls. 222/224 dos autos de origem).

Acesso ao Sumário

Por certo que a via eleita pelo impetrante limita a contraposição das provas diante da impossibilidade da realização de perícia judicial, o que deverá ser melhor analisado quando do julgamento da apelação.

Nesse cenário de divergência entre as provas técnicas apresentadas pelas partes e considerando que os riscos existentes ainda estão sendo debatidos em sede de apelação, prevalece, por ora, o interesse público na proteção da saúde coletiva (de todos os frequentadores do campus da USP), em especial nesta nova fase de aumento na taxa de transmissão da Covid-19, que gerou, inclusive, o retorno do uso obrigatório de máscaras faciais nos ambientes internos de diversas repartições públicas, frente ao risco de irreversibilidade da medida.

Destaco que o colendo Supremo Tribunal Federal já considerou válidas exigências análogas (Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.481-RJ, Min. Luiz Fux, j. 01/10/21) e que podem ser buscadas soluções alternativas que não impliquem maiores riscos para outras pessoas no ambiente acadêmico.

Mantidas as condições que fundamentaram a decisão agravada, não se justifica, nesta fase, a sua alteração.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013357-66.2021.8.26.0625, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelada GENOVINA NUNES DE SOUSA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante 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: "Deram provimento ao recurso do réu, prejudicado o da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.855)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ISABEL COGAN.

São Paulo, 6 de junho de 2022.

BORELLI THOMAZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Responsabilidade civil. Óbito de preso por complicações de COVID-19. Obrigação do Estado

pela incolumidade dos presos. Peculiaridade, no entanto, a afastá-la. Negligência dos agentes públicos inocorrente. Medidas de enfrentamento tomadas pelo estabelecimento prisional. Atendimento médico dispensado com presteza e de acordo com o protocolo da doença. Omissão de sintomas pelo custodiado Nexo causal rompido. Sentença de procedência reformada. Recurso do réu provido, prejudicado o da autora.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento ter sido procedente ação indenizatória ajuizada por GENOVINA NUNES DE SOUSA contra o ESTADO DE SÃO PAULO, por danos materiais e morais decorrentes do óbito de seu marido por complicações de Covid-19, quando estava sob custódia no Presídio de Tremembé, contra o que as partes recorreram.

A autora, porque a diferença existente entre o benefício de aposentadoria e a pensão paga pelo INSS é superior ao fixado e para majoração da indenização por danos morais.

O réu sustenta inexistência de nexo causal entre a conduta da administração pública estadual e o indeferimento da prisão domiciliar ao *de cujus*, que era da competência do Juízo da execução criminal. Eventual erro judiciário não foi objeto da causa de pedir. Apontou pronto atendimento ao preso e não comprovação da falha na adoção de precaução exigível ou desrespeito ao dever constitucional de proteção. Asseverou ser indevida indenização por dano material e requereu redução do *quantum* fixado a título de dano moral.

Recursos bem processados, respondidos (págs. 428/453 e 456/479).

É o relatório.

Francisco de Sousa, com 63 anos de idade, estava sob custódia do Estado, recolhido no Presídio de Tremembé, em cumprimento de pena de 38 (trinta e oito anos, 01 (um) mês e 12 (doze) dias e, em razão da pandemia COVID-19 e comorbidades como hipertensão e problemas no trato respiratório, em 30/03/2020 requereu prisão domiciliar, pedido reiterado em 20/04/2020 nos autos da Execução Penal nº 0003916-44.2017.8.26.0520.

Ante demora na apreciação do pedido, impetrou o *Habeas Corpus* nº 2106635-73.2020.8.26.0000, mas rejeitado, interpôs Recurso Ordinário, porém indeferido. Por fim, manejou Agravo de Execução, mas desprovido por unanimidade em 23/06/2020.

Ocorreu, no entanto, de ser contaminado pelo Coronavírus *dentro do presidio quando colocado em cela com reeducando infectado, onde passou mal desde dia 12.06.2021 e se socorreu a medicamentos por conta própria, visto a*

Acesso ao Sumário

ausência de profissional qualificado "medico" para identificação do seu quadro clinico. Certamente seu estado foi se agravando dentro do presidio até o dia 18.06.2021, ocasião que foi enviado para o hospital de campanha, sem conseguir respirar ou sequer força para falar (*sic*).

A esposa, ora autora, soube da contaminação por carta enviada por Francisco via *e-mail* institucional *informando que havia contaminações no presidio por COVID, e compara o seu estado a outra ocasião que passou muito mal. Acrescenta que naquela oportunidade estava separado dos demais na cela 03 (cela úmida e fria) que era utilizada para visita. devido essas informações, este patrono compareceu no presidio para visita-lo no dia 17.06.2021, porém sem acesso ao reeducando, sendo informado que este se encontrava separado sob suspeita de contaminação de COVID-19. Porém, segundo informações do diretor do presidio "Jeferson" o reeducando estava no seu estado clinico "bem".*

No dia 18/06/21, Francisco foi levado a UPA de Taubaté, no dia seguinte foi entubado no Hospital de Campanha Dr. Fabio Miraglia Souza e, em 28/06/21foi solicitada vaga em unidade de tratamento de hemodiálise. A vaga somente foi obtida mediante ordem judicial proferida em Mandado de Segurança em 01/07/21.

Houve piora do quadro de saúde e, em 07/07/21, Francisco faleceu.

Diante desses fatos, com fundamento na responsabilidade do Estado pela incolumidade dos custodiados, ante a demora no atendimento e na vacinação, que se deu somente em 28/05/21, em detrimento do plano de vacinação do Estado de São Paulo que atendeu idosos com 63 (sessenta e três) anos de idade em 28 de abril de 2021, Genovina Nunes de Sousa, viúva de Francisco, ajuizou esta ação indenizatória por danos morais e materiais, na modalidade de complementação da pensão por morte paga pelo INSS.

O D. Magistrado julgou *procedente o pedido formulado por Genovina Nunes de Sousa em face do Estado de São Paulo para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais no valor correspondente a R$ 1.130,80 mensais, até o mês que Francisco completaria 70 anos, a ser pago de uma só vez e cujo valor será apurado em sede de liquidação de sentença, e ao pagamento de R$ 50.000,00 pelos danos morais (págs. 361/363), contra o que as partes apelaram.*

Antes do mais, observo o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no Tema 592 de Repercussão Geral que, *em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.*

Isso considerado, colhe-se do *leading case* RE 841.526[1], com grifos nossos:

Acesso ao Sumário

1 **Rel. Ministro Luiz Fux, julg. 30/03/2016.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).

4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.

6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, *v.g.*, homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.

7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.

8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

9. *In casu*, o tribunal *a quo* assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causali-

Acesso ao Sumário

dade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.

10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

Ao excepcionar a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado pela omissão no dever de proteção, imposto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, aquela C. Corte afirmou:

> *(...) para que se configure a responsabilidade civil do ente público no mister da execução penal, a pura e simples inobservância do mandamento constitucional de que evite a morte do preso sob sua custódia, sendo necessário, também, que o Poder Público tenha a efetiva possibilidade de agir nesse sentido. Deveras, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano.*
>
> *(...) Até mesmo no caso de homicídio, poderá haver situações em que não se poderá responsabilizar o Estado pela morte do detento.* À *guisa de exemplo, podemos aqui apontar a situação em que um preso mata o outro em legítima defesa. Nessa situação, é o falecido quem age de forma contrária à lei, atentando contra a vida de outro preso, que reage licitamente, matando-o. Ora, se o ato praticado pelo homicida é lícito (artigos 23, inciso II, do Código Penal, e 188, inciso I, do Código Civil) e visa a afastar injusta agressão imputável exclusivamente ao falecido, não há como se sustentar que de tal situação exsurja qualquer dever de reparação pelo Estado.*
>
> *(...) há casos em que a morte do detento simplesmente não pode ser evitada pelo Estado. Nesses casos, como já se ressaltou acima, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal no seu dever de manter a incolumidade física dos presos, o que afasta a responsabilização civil do ente público. Adota-se aqui, portanto, a teoria do risco administrativo, que permite a oposição de causas excludentes do nexo causal – as quais devem ser comprovadas pela Administração –, rejeitando-se, por consequência, a incidência da teoria do risco integral, não recepcionada pela ordem constitucional brasileira, que implicaria a imposição de responsabilidade civil ao Estado por toda e qualquer morte de detento (...)*

Disso resulta que a responsabilização do Estado pela morte do custodiado, decorre da omissão na atuação para garantia dos direitos fundamentais, sem perder de vista a razoabilidade e real possibilidade de atuação, ***sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.***

Então, a discussão desloca-se do plano puro da "presença de nexo causal",

Acesso ao Sumário

para a verificação de efetiva infração a dever específico de diligência estatal e assim, há que se perquirir a omissão ou comissão estatal no dever de proteção do indivíduo custodiado; portanto, é imprescindível declinar a dinâmica dos fatos.

Feitas essas considerações, houve pedido, pelo custodiado, de prisão domiciliar em 30/03/2020 por possuir *mais de 60 (sessenta) anos, e por se encontrar em grupo de risco, por ser cárdico e apresentar problemas respiratórios fazendo uso de medicamento dentro sistema prisional, em atenção a Recomendação n° 62 de 17 março de 2020 e art. 5°, 8°, 9°, Art. 1 da Lei 10.741 de 1° de Outubro de 2003, e Art. 5° da Constituição Federal, sendo que os presídios não possuem estrutura no combate (isolamento) a PANDEMIA*[2].

Em 20/04/2020, houve manifestação acerca da unificação das penas e pedido de apreciação da prisão domiciliar[3]; porém, ante a demora na apreciação, o defensor do custodiado ajuizou o *Habeas Corpus* nº 2106635-73.2020.8.26.0000, meio entendido mais célere para o pleito, e colho daqueles autos, porque são digitais, o indeferimento da liminar pelo I. Desembargador OSNI PEREIRA, pois não *restou efetivamente comprovado nos autos que o quadro clínico ostentado pelo paciente o impossibilite de se locomover ou realizar suas atividades básicas, embora seja idoso, tampouco que ele não está obtendo o tratamento médico devido na unidade prisional em que está custodiado.*

Durante o processamento do remédio constitucional, em 15/06/2020, a D. Juíza do DEECRIM 9ª RAJ decidiu[4]:

> *A despeito do quadro clínico do detento, não há nos autos notícia de que o mesmo não possa ser acompanhado na própria unidade prisional onde se encontra, inclusive por ser uma das mais bem equipadas e estruturadas do Estado de São Paulo, mantendo profissionais da área médica em atendimento constante da população carcerária lá recolhida e, para os casos mais delicados e urgentes, o preso é conduzido até uma unidade de pronto atendimento da rede pública.*
>
> *Importante frisar, ainda, que durante o período de reclusão, não houve questões graves relacionadas à saúde do ora postulante, conforme cópia do prontuário médico constante dos autos.*
>
> *Ademais, a direção administrativa do presídio adotou as medidas urgentes de prevenção à infecção e à propagação do vírus, a fim de tentar reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão e preservar a saúde dos indivíduos confinados, bem como da sociedade civil como um todo. Sem embargo, não há ao menos até a presente data notícia de infectados pelo dito "Coronavírus" nas unidades prisionais situadas nesta região administrativa ou sequer casos suspeitos.*

Acesso ao Sumário

2 **Págs. 61/69.**
3 **Págs. 70/72.**
4 **Págs. 111/113.**

Vale consignar, por oportuno, decisão da lavra do E. Min. Rogério Schietti Cruz, do C. Superior Tribunal de Justiça:

"A crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de liberação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal" (HC n. 567.408-RJ).

Assim, para o presente caso, não há como afirmar que o risco "extramuros" se mostra atualmente menor que o "intramuros", a justificar, por si só, pedidos desta natureza, valendo consignar que o perigo é potencial e alcança a todos os indivíduos sob a face da terra, indiscriminadamente.

Após as informações da I. Juíza, seguiu-se a manifestação do Ministério Público e, em 17/07/2020 a C. 16ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal, denegou a ordem por decisão assim ementada:

Habeas Corpus – Execução da pena – Decisão que indeferiu pedido de concessão de prisão domiciliar – Impetração pleiteando a benesse, com fundamento na Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça – Descabimento – Hipótese que ensejaria o não conhecimento da impetração, considerando que a Defensoria Pública pretende, pela via inadequada e em momento inoportuno, se insurgir contra decisão contra a qual caberia agravo em execução – Inteligência do artigo 197 da Lei de Execução Penal – Advento da pandemia do "novo coronavírus" (COVID-19) que, todavia, autoriza a excepcional apreciação da questão por meio do presente remédio constitucional – **Não restou efetivamente comprovado que o quadro clínico ostentado pelo paciente o impossibilite de se locomover ou realizar suas atividades básicas, tampouco que ele não está obtendo o tratamento médico devido na unidade prisional em que está custodiado –** Reeducando que não preenche o requisito do artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal – **Paciente que não se encaixa nas hipóteses de excepcional concessão de prisão domiciliar previstas na Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça** – Constrangimento ilegal não configurado – ORDEM DENEGADA. (destaquei)

Contra o v. acórdão foi interposto Recurso Ordinário[5] e o Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, indeferiu liminarmente o *habeas corpus*, nos seguintes termos[6]:

5 **Págs. 151/171.**
6 Págs. 96/99.

Acesso ao Sumário

É certo que já me manifestei em recentes oportunidades que, ante a crise mundial do coronavírus e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário, sendo apropriado o exame da manutenção da medida mais gravosa com outro olhar; porém, sempre com ressalva quanto à necessidade inarredável da segregação preventiva ou da manutenção do cumprimento da pena em estabelecimento prisional, sobretudo nos casos de crimes cometidos com particular violência ou gravidade.

De qualquer modo, a par do cenário indicado, entendo que as instâncias ordinárias têm maiores condições de analisar a alegada situação de risco frente à nova realidade, por estarem mais próximos da situação carcerária e das medidas adotadas pelas autoridades da área de segurança e de saúde da localidade onde o paciente encontra- se custodiado.

Mister ressaltar que o Poder Judiciário não está inerte à realidade do quadro mundial afetado pela pandemia de Covid-19, o que se pode inferir da pronta atuação do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 62/2020-CNJ, bem como mediante o olhar atento do Supremo Tribunal Federal, que, em 23/3/2020, solicitou informações aos órgãos competentes acerca das medidas que estão sendo tomadas em cada um dos presídios brasileiros, no bojo do HC n. 143.641, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

Ademais, a precariedade das cadeias públicas é argumento que pode ser adequado a todos aqueles que se encontram custodiados. O Poder Judiciário, apesar de tentar amenizar a situação, inclusive com a edição da Súmula Vinculante n. 56, não tem meios para resolver o assinalado estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015.

*O surgimento da pandemia de Covid-19 não pode ser, **data venia**, utilizado como passe livre, para impor ao Juiz da VEC a soltura geral de todos encarcerados sem o conhecimento da realidade subjacente de cada execução específica, o que demanda provocação e certo tempo para deliberação. Ninguém, em sã consciência, é a favor do contágio e da morte de presos e, mesmo com as projeções de que viveremos tempos sombrios o que, atualmente, submete a algum isolamento social cerca de 1/3 de toda a humanidade, não vejo como deferir, **per saltum**, a liminar requerida pelo impetrante.*

Não se sabe ao certo o que virá pela frente, muitas perguntas ainda não têm respostas, mas o que se percebe é que os Estados, cientes dos gravíssimos efeitos do novo coronavírus, adotaram medidas preventivas

Acesso ao Sumário

à propagação da infecção nas unidades prisionais. Nesse cenário, não há razões para coactar do Juiz de primeira instância e do Tribunal a análise da situação de cada preso.

Este Superior Tribunal, assim como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não conhece a realidade dos presos do regime fechado do presídio onde se encontra o ora paciente. Não sabe que medidas foram adotadas pelas autoridades locais para resguardar os integrantes do grupo de risco à Covid-19. Nada está a sugerir a instabilidade de quadro clínico dos pacientes ou que não foi adotada nenhuma providência para resguardá-los do contágio ou para tratá- los, se necessário. Assim, considero temerário determinar a soltura, sob a mera alegação de riscos de contágio pela Covid-19.

Diante das circunstâncias expostas, reputo não se tratar de soltura, substituição ou de concessão da prisão domiciliar, ***dada a ausência de comprova***ção precisa de que o paciente – ***que cumpre pena em regime fechado – integra grupo de risco e que não esteja recebendo eventual tratamento no estabelecimento onde se encontra****. Para alterar a conclusão diversa, necessária seria a dilação probatória, o que é vedado no exame do habeas corpus.*

À vista do exposto, indefiro liminarmente o habeas corpus. (destaquei)

Colho do site do C. Superior Tribunal de Justiça, o trânsito em julgado dessa decisão em 20/10/2020.

Como visto, a prisão domiciliar foi indeferida em todas as instâncias, notadamente pela falta de comprovação *precisa de que o paciente – que cumpre pena em regime fechado – integra grupo de risco* ***e que não esteja recebendo eventual tratamento no estabelecimento onde se encontra.***

Como decidido pelo Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, *a par do cenário indicado, entendo que as instâncias ordinárias têm maiores condições de analisar a alegada situação de risco frente à nova realidade, por estarem mais próximos da situação carcerária e das medidas adotadas pelas autoridades da área de segurança e de saúde da localidade onde o paciente encontra-se custodiado.*

Nesse sentido a D. Juíza da Execução Criminal pontuou que a *não há nos autos notícia de que o mesmo não possa ser acompanhado na própria unidade prisional onde se encontra,* ***inclusive por ser uma das mais bem equipadas e estruturadas do Estado de São Paulo, mantendo profissionais da área médica em atendimento constante da população carcerária lá recolhida e, para os casos mais delicados e urgentes, o preso é conduzido até uma unidade de pronto atendimento da rede pública.***

Acesso ao Sumário

Isso realçado, ante a estrutura da unidade prisional e a falta de comprovação de falha no atendimento médico, assim observadas nas decisões irreprocháveis no âmbito da execução criminal observada também a Resolução nº 62/2020-CNJ, resta analisar aqui se houve prova da omissão do Estado no dever legal com efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso frente ao surto pandêmico, sem antecedentes na história mundial.

Respeitados o esforço e o entendimento original, há farta prova documental a afastar a desídia alegada em tintas fortes desde a petição inicial, e também a afastar falha no atendimento ou de cuidados com Francisco no estabelecimento prisional.

Colhe-se da mensagem enviada por ele à esposa, transcrita com omissões por grafias incompreensíveis[7]:

Olá Gê! Faz + ou – meia hora que vim do atendimento médico e agora estou na cabine 03 da (...) sozinho, e estou dando graças à *Deus por isso mediante a situação era tudo que eu queria.* ***Comecei a ficar ruim de gripe e resfriado no dia 12, de sábado até ontem eu fiquei muito mal, fui tapeando com uns remedinhos lá, então hoje passei na emergência*** *e não deu outra, tirei material que vai para laboratório fora pra ver se é COVID. O médico acha que pode ser uma reação da vacina que tomei dia 28/05, agora é esperar pra ver. Mulher vc se lembra aquela vez que fomos parar lá Hospital S. Paulo, pois é foi igualzinho eu fiquei; é minha filha estou sofrendo em maior (...) da minha vida que foi separar você de mim é pior do que a própria prisão em si, eu sinto tanto a sua falta que você nem faz ideia, ainda mais na situação dos últimos dias; e ainda por sima cheio de demônios ao seu redor fazendo algazarras, palavrões e (...), brincadeiras inconvenientes, sem um mínimo de respeito a sua situação, por isso que estou dando graças estar aqui no isolamento, vc ouve conversas das outras celas também que está lotado aqui, porém é por aqui na 3 só está eu. Bom, da (...) eu sabia que ia acontecer isso. Fala pra Anderson dessa minha situação aqui, pra que antes dele sair fora (...) ligar aqui pra ver se não tem impecílio pra gente se encontrar, se já tiver agendado acho que não ter problema não. A luta continua, não vou para enquanto eu respirar, dias melhores virão (...)* (*sic* – destaquei).

Como visto, Francisco omitiu a apresentação de sintomas e foi "tapeando com uns remédios", ou seja, não buscou atendimento médico e praticou automedicação, mesmo ciente da possibilidade de ter contraído COVID. Tampouco se importou na propagação da doença a outros custodiados.

Pelo que está nos autos, somente procurou o serviço de emergência dias após, com a gravidade dos sintomas, e obteve pronto atendimento, foi colhido material para exame, segundo o protocolo, com nota de inexistir referência à

Acesso ao Sumário

7 **Pág. 114.**

ausência de profissional de saúde no presídio a obstar o atendimento dele desde o início dos sintomas.

Colho do Relatório da Diretoria do Núcleo de Atendimento à Saúde do estabelecimento prisional visto na pág. 78:

> *Atendendo solicitação judicial, processo 0003916-44.2017.8.26.0520 – execução da Pena, com relação ao preso Francisco de Souza, matrícula 1.082.424-1, temos a informar que o mesmo é hipertenso faz uso de medicação contínua.*
>
> *Passou em atendimento médico no dia 16/06/2021, apresentando tosse seca, afebril e com M.V rude a esquerda, referindo anorexia, mialgia e cefaleia. Após avaliação, sendo medicado com analgésicos e antibióticos. Colhido na ocasião o exame de sawb – PCR e encaminhado ao Instituto Adolfo Lutz. No dia 18/06/2021, foi novamente reavaliado, devido a presença de dispneia aos pequenos esforços, referindo inapetência e apresentando tosse e taquipneia, com M.V rude bilateral. Nesta data com PA – 140x80mmhg, FC – 110b/m e SPO2 – 55% em ar ambiente. Recebeu aporte medicamentoso (hidrocortisona 1g – EV) e respiratório com inalação e oxigenoterapia, elevando a SPO2 a 88%, permitindo o encaminhamento a UPA Central em Taubaté, para melhor avaliação, onde permanece internado até o momento. O mesmo recebeu a 1ª dose de vacina astrazenica em 28/05/2021.* (*sic*)

Dessarte, não houve omissão no atendimento médico; ao inverso, houve presteza na medicação, isolamento, reavaliação e estabilização para transferência à Unidade de Pronto Atendimento em Taubaté para internação.

Por outra, não há como atribuir pudesse a vacina impedir as complicações, pois é de conhecimento público ocorrer contaminação também por pessoas vacinadas, indo algumas delas a óbito.

Com a piora do quadro, como é comum nas infecções pelo Coronavírus, houve a necessidade de remoção para unidade de terapia de hemodiálise, que foi atendida mediante ordem judicial. Conquanto esse não seja o fundamento desta ação indenizatória, o paciente obteve o tratamento que necessitava, mas não resistiu e faleceu em 07/07/2021 no Hospital Municipal Universitário de Taubaté.

Durante todo o período de internação, foram emitidos boletins médicos diários e retransmitidos à autora pela assistente social, acompanhada de mensagens sempre com desejo de melhoras e à disposição para o que necessário for[8].

O óbito do custodiado foi objeto de procedimento interno[9] e constou do Relatório Conclusivo[10]:

> *(...) ANTONIO FREDRICO VENTURELLI JUNIOR, às fls. 83/84,*

Acesso ao Sumário

8 **Págs. 118/142.**
9 **Págs. 218/337.**
10 **Págs. 320/330.**

no que o mesmo disse: que está preso nesta Unidade desde 24/04/2018 procedente da CP de Pradópolis. Trabalha como médico na Unidade Prisional, que seu exercício ocorre devidamente autorizado pelo D. Juízo Corregedor das Execuções Criminais – DEECRIM 9. RAJ de São José dos Campos e pela direção da Unidade. Atendeu o preso Francisco no dia 16/06/2021 com tosse e desconforto respiratório, dor no corpo e dor de cabeça sendo imediatamente iniciado protocolo pra covid-19 com sinotplas, azitromicina e predinizona. Que o preso tinha recebido a primeira dose da vacina contra covid-19 em 28/05/2021 – vacina astrazenica, aguardava o decurso de tempo para receber a segunda dose. Ficou em acompanhamento ambulatorial até 18/06/2021 quando apresentou piora do quadro respiratório, com rebaixamento da saturação de 93% para 55% em área ambiente, sendo então, encaminhado para o pronto socorro de Taubaté. O preso Francisco possui comorbidade pois era idoso e hipertenso. O referido preso foi transferido para o hospital de Taubaté no mesmo dia em que solicitado, permanecendo internado e sob os cuidados médicos daquele hospital. Esclarece que tem como praxe sempre em casos como do preso em questão, prestar os primeiros socorros no atendimento, inclusive, o preso ***Francisco já estava sendo medicado de acordo com o protocolo medicamentoso contra covid-19****, e que, até a chegada da escolta e viatura, deixa o preso em acompanhamento ambulatorial recebendo medicação necessária e suporte de oxigênio por máscara para aumento da saturação. Tomou conhecimento que o preso faleceu após várias dias de internação e intenso tratamento em leito de U.T.L. Que na unidade prisional foram prestados todos os socorros ao preso Francisco, inclusive, com encaminhamento ao órgão de saúde externo em tempo oportuno e imediato, mas que, embora com todo o suporte, até mesmo do hospital, o preso não resistiu. Declara que* ***o preso pode ter adquirido o vírus por "enes" formas, por um atendimento com advogado, um funcionário ou outro preso assintomático****: Que se lembra de cerca de houve 32 (trinta e dois) casos positivados de Covid-19 neste ano 2021, sendo todos foram devidamente acompanhados e medicados na medida do necessário. Esclarece que a grande maioria dos positivados se apresentaram assintomáticos, parte com sintomas leves, algumas graves e caso fatal como ocorreu com o Francisco. Que os protocolos sanitários foram cumpridos, sendo isolados aqueles que foram possíveis, e isolamento de todos que da cela tiveram contato com Francisco ou ainda, das celas em que se constatou algum preso com sintomas. Que os protocolos preventivos de forma coletiva, no que depende da unidade prisional, declara que o setor de isolamento, em local apartado do pavilhão habitacional, já estava lotado com casos positivados e suspeitos, sendo que, exceto por falta*

Acesso ao Sumário

de espaço físico, não foi possível fazer o isolamento individual daqueles que tiveram contato com o preso Francisco, sendo permanecidos isolados na cela trancada no pavilhão habitacional. Quanto aos protocolos individuais, no que depende de cada preso com sua respectiva responsabilidade, no usar a máscara doada pela unidade, lavar as mãos com de sabão, sabonete ou detergente, e não se aglomerar, o que o declarante não sabe se cada um cumpriu com seu dever; não tendo como avaliar isso; ainda, solicitar atendimento tão logo sinta algum sintoma gripal.

Que não sabe informar se algum preso tenha ocultado sintomas. Após a constatação do primeiro caso de Covid-19, passou-se a aferir a temperatura de todos os presos duas vezes ao dia e também o índice de oxigenação (saturação), vez que o sintoma febril ainda é possível ocultar.

Francisco de Sousa foi incluso na unidade prisional no dia 26/09/2017, desde então, sempre lhe foi prestado a devida assistência na unidade prisional conforme se observa pelo prontuário de saúde acostados aos autos das fls. 33 às fls. 65; especificamente das fls. 39 às fls. 45.

Ao exame de ingresso constatou-se que o referido preso era hipertenso e fazia uso de medicação contínua, a saber: losartana 50mg – fls. 36 e posteriormente passou a fazer uso também de captopril 50mg – fls. 41, não apresentava outros problemas de saúde.

O referido preso vinha recebendo o acompanhamento médico compatível com seu quadro de saúde sem maiores intercorrências.

No dia 16/06/2021 Francisco acabou por apresentar no setor de saúde com quadro de tosse seca, desconforto respiratório, afebril, com M.V. rude a esquerda, referindo anorexia, mialgia e cefaleia, após avaliação médica e diante do apresentado preso foi medicado, sendo iniciado protocolo covid-19 e colhido material para exame de sawb – POR, fls. 58 e fls. 65.

Neste mesmo sentido, declarou o médico às fls. 97, assim: "... atendeu o preso Francisco no dia 16/06/2021 com tosse e desconforto respiratório, dor no corpo e dor de cabeça sendo imediatamente iniciado protocolo pra covid-19 com sinotplas, azitromicina e predinizona".

Em continuidade do termo, o médico disse: "... Ficou em acompanhamento ambulatorial até 18/06/2021 quando apresentou piora do quadro respiratório, com rebaixamento da saturação de 93% para 55% em área ambiente, sendo então, encaminhado para o pronto socorro de Taubaté" – fls. 97.

Francisco recebeu aporte medicamentoso (hidrocortisona 1g – EV) e respiratório com inalação e oxigenoterapia, elevando a SPO2 (saturação) para 88% – fls. 65, sendo então, encaminhado para a UPA de

Acesso ao Sumário

Taubaté onde permaneceu internado.

Disso, Francisco passou a ser assistido pelos médicos do Hospital (UPA Central de Taubaté) e posteriormente transferido para o HMUT - Hospital Municipal Universitário de Taubaté, órgãos de saúde donde o preso recebeu as mediações e cuidados pertinentes.

Em âmbito hospitalar, onde Francisco permaneceu internado por vários dias (cerca de 20 dias), consta dos autos que o preso em comento recebeu toda assistência necessária, mas, numa piora, acabou por ser intubado e tratado sob ventilação mecânica, conforme se observa pelos relatórios de acompanhamento diário (boletim diário de saúde) emitido por aquele órgão – das fls. 67 às fls. 86, até mesmo com acompanhamento dos familiares do preso por meio da assistência social da unidade prisional (via e-mail).

Verificou-se que o referido preso foi sedado para o tratamento em questão, apresentou algumas melhoras no quadro infeccioso e saturação num estado razoável com algumas melhoras da função pulmonar, porém, o quadro de saúde continuava grave;

No dia 02/07/2021 ainda em leito de U.T.I. do HMUT, Francisco apresentou piora no quadro de saúde com problemas relacionados à função renal; em continuidade do tratamento houve a necessidade de hemodiálise, porém, não realizada devido a instabilidade hemodinâmica – fls. 83; já no dia 07/07/2021 – fls. 85 o estado de saúde chegou a ser considerado gravíssimo, em que, o preso não resistiu e faleceu, ainda que com todos os esforços despendido pela equipe médica. Pois bem, certo é, que realmente tratou-se de morte natural, haja vista complicações do quadro de saúde em decorrência de pneumonia por coronavírus, conforme consta na certidão de óbito – fls. 66 apodou a causa morte: covid-19, bem como, os demais sintomas para a referida doença e laudo pericial às fls. 91 (covid-19 energia de ordem biodinâmica);

O referido preso tinha como comorbidade para coronavírus a idade (idoso 63 anos); bem como, era hipertenso com uso de medicação contínua.

Havia recebido a primeira dose da vacina contra a citada doença no dia 28/05/2021 – astrazenica, e aguarda o decurso de tempo para recebimento da segunda dose.

Depreende-se que Francisco recebeu todo cuidado da equipe médica e enfermagem da unidade prisional e do hospital de Taubaté, seja da Upa Central ou do HMUT, ou seja, o preso em questão foi devidamente assistido por profissional qualificado (médico) e medicado de acordo com os sintomas aventados. Como consta dos autos, o falecimento foi

Acesso ao Sumário

uma fatalidade.

Ao que se conclui dos autos, não há o que se olvidar de que Francisco foi de pronto atendido pelo médico na unidade prisional, tão logo solicitado o atendimento à equipe de saúde da unidade, e que, recebeu devidamente o tratamento pertinente ao caso, e diante do quadro clínico, foi devidamente providenciado o encaminhamento ao órgão de saúde externo, até mesmo, com atendimento até o último minuto a sair da unidade.

Como visto, não houve omissão, negligência ou imprudência dos agentes do estabelecimento prisional, como apontado pela autora. Ante o colapso do sistema de saúde público e particular, o cuidado recebido pelo custodiado, provavelmente, foi até em nível superior àquele que receberia se estivesse fora do estabelecimento prisional. Por sua vez, ao inverso, Francisco omitiu sintomas, fez automedicação e, potencialmente, infectou outras pessoas.

Ainda, constou do Relatório Conclusivo a relação das cautelas e dos cuidados ao combate à disseminação da Covid-19 na unidade prisional, assim indicadas pelo D. Juízo Corregedor.

A responsabilização do Estado exige prova ter sido o serviço público, ou sua ausência, o responsável pelo dano sofrido pela vítima, como é lição de Yussef Said Cahali[11]:

O prejuízo de que se queixa o administrado tem de ser consequência direta e indireta da atividade ou omissão do Poder Público – 'a responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor' (RJTJESP, 68: 145)

Dessarte, diante da ausência de elementos fáticos concretos que conduzam ao entendimento de que a Administração Pública poderia ter evitado o evento danoso, não há como atribuir a ela a responsabilidade pelo falecimento de Francisco, a resultar na ausência de nexo de causalidade.

Concluo não ter a autora feito prova do alegado. Por outra, o réu logrou, na contraprova, desconstituir as alegações deduzidas na inicial.

Inexistindo, deveras, nexo causal, não há o dever de indenizar e, por consequência, respeitado o entendimento original, a improcedência da ação é de rigor, condenada a autora nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 11% sobre o valor atualizado da causa, já considerada a majoração do §11 do art. 85 do Código de Processo Civil, do que ela se livra por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (pág.192).

Anoto, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em

11 **Responsabilidade Civil, ed. Saraiva,** São Paulo/SP, 1984, p. 370.

ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Dou provimento ao recurso do réu, prejudicado o da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000051-76.2022.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante (...), é apelado T.R.S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.386)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 1º de julho de 2022.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: CONCURSO PÚBLICO – Escriturário – (...) – Vaga para pretos e pardos – Comissão especial – Eliminação – Ilegalidade – Inexistência – Revisão judicial – Impossibilidade:

– Não constatados ilegalidade, excesso ou desvio de poder, não há fundamento para que o Judiciário modifique a decisão da banca examinadora.

VOTO

RELATÓRIO

Sentença de procedência para anular o ato administrativo que declarou o autor "NÃO ENQUADRADO" na etapa de autodeclaração de pessoa preta/parda do concurso público para o cargo de escriturário do (...) (Edital nº (...)), determinando sua reintegração no certame na fase posterior à análise da autodeclaração. Custas e honorários pelos réus, fixados em R$ 1.200,00, por equidade.

Apela o (...) (fls. 467/487), alegando que o autor foi aprovado nas duas primeiras etapas do concurso, mas foi eliminado quando submetido ao exame da Comissão específica responsável por comprovar sua condição como PPP (Pessoa Preta ou Parda). Concluiu a Comissão que o recorrido não se caracteriza

Acesso ao Sumário

para a modalidade de concorrência supracitada. Interposto recurso administrativo, ele foi negado, ensejando a presente demanda, na qual deferida a tutela de urgência que lhe assegurou prosseguir no certame nas vagas destinadas às PPPs. Essa liminar não observou as regras do Edital. Preliminarmente, houve cerceamento de defesa, porque negada a produção de prova documental e a inspeção judicial, com a finalidade de aferição judicial do fenótipo do autor pelo Juízo, que pode ser efetuado em audiência. O recorrente é parte ilegítima, pois o apelado busca saber e discutir os motivos que levaram a Fundação CESGRANRIO a considerá-lo não pertencente à etnia preta ou parda. Somente a referida Fundação tem legitimidade. No mérito, o mérito do ato administrativo é insindicável. Não é cabível ao Poder Judiciário intervir na adoção de critério de realização das etapas de concurso público, já que essa matéria é de competência reservada e exclusiva do administrador público. O Edital, em seu item 4.2, previu a realização de procedimento para verificação da condição autodeclarada pelo candidato para concorrer às vagas reservadas para pretos ou pardos no ato da inscrição, em consonância com o que fixado pelo STF na ADC 41, independentemente de boa-fé do candidato. A indicação de "cor parda" na certidão de nascimento não vincula a decisão administrativa, vez tratar-se de declaração unilateral, informada pelo responsável ou genitor no ato do registro, e sem qualquer averiguação quanto à veracidade dessas informações. O candidato se vincula às previsões do edital. A Lei Federal 12.990/14 (Lei de Quotas Raciais) foi observada. A alegação de já ter sido enquadrado no sistema de quotas raciais em outros certames não vincula a presente seleção, alheia aos mesmos resultados. Trata-se de concursos diversos, cada qual com seu próprio edital, não cabendo, aqui, discutir os critérios subjetivos utilizados por outras bancas. A Comissão Avaliadora se pautou na Lei 12.990/14 (que não define critérios objetivos para aferir a condição do candidato como preto ou pardo), na Portaria Normativa 4/18 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, e nos quesitos de cor e raça utilizados pelo IBGE. Dessa forma, descabido o uso de outros critérios tais como a análise de fotos de famílias, fotos do candidato e declaração de cor fornecida por dermatologista, documentos ora impugnados, porque não previstos no Edital. Pede a tutela de urgência para revogar a tutela provisória concedida ao apelado, porque ausentes a verossimilhança e o *periculum in mora*. Prequestiona a matéria debatida.

Em contrarrazões (fls. 510/540), aduz o autor que o recurso viola o princípio da dialeticidade, pelo que não deve ser conhecido. Insubsistente a alegação de cerceamento de defesa, pois a questão é exclusivamente de direito. O mesmo se diga sobre o argumento de ilegitimidade passiva, porque, embora o ato impugnado tenha sido praticado pela CESGRANRIO, o certame é para o preenchimento do quadro de funcionários do recorrente. Além disso, sua legitimidade se escora no item 12.15 do Edital. No mérito, o mérito do ato administrativo pode

Acesso ao Sumário

ser fiscalizado pelo Judiciário quanto à observância da legalidade e dos princípios jurídicos. Na ADC 41, disse o STF que, quando houver dúvida razoável sobre o fenótipo do candidato, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial. O autor é indiscutivelmente de pele parda, o que é demonstrado pela documentação juntada, tanto que já foi admitido em outros concursos concorrendo pelas quotas raciais. O recorrente se omite quanto à ausência de fundamentação da decisão da Comissão Avaliadora. Interposto recurso administrativo, mais uma vez negou-se o direito do autor sem a devida fundamentação, o que torna arbitrário o ato atacado.

FUNDAMENTOS

1. Analiso as preliminares.

1.1. Sem razão a alegação de violação ao princípio da dialeticidade, pois, embora reproduzida a argumentação esposada em Primeiro Grau, não se trata de mera repetição literal em desconsideração da sentença. O apelante ataca sim os fundamentos desta, notadamente aqueles relativos à documentação juntada pelo autor e à sua aprovação pelo sistema de quotas em outros concursos.

Por sinal, teve o apelado condições de atacar a fundamentação do recurso, em homenagem ao devido processo legal, razão última do princípio da dialeticidade.

Exigir argumentação absolutamente inédita na fase recursal implicaria violação ao duplo grau de jurisdição e justamente ao próprio devido processo legal, assim como à boa-fé processual, uma vez que estaria a parte fadada a omitir argumentos para utilizá-los somente na instância recursal.

Não se pode olvidar tais parâmetros quando da intepretação e aplicação do princípio da dialeticidade.

1.2. Também insubsistente o argumento de cerceamento de defesa, pois, a uma, a prova documental pode ser realizada a qualquer momento, mormente quando a parte interessada não indica nenhuma impossibilidade nesse sentido, como, por exemplo, exclusiva posse com a parte contrária de documento indispensável à correta solução da lide.

E, a duas, a inspeção judicial implicaria, quando muito, substituição da atuação do administrador pela do juiz, em flagrante violação ao princípio da separação do Poder. Não se discute o desacerto (de expressiva subjetividade, por sinal) da decisão da Comissão Avaliadora, mas sim a sua juridicidade, para o que dispensável a inspeção judicial requerida.

1.3. Por fim, igualmente sem razão o apelante quanto à aduzida ilegitimidade passiva, porque o item 12.15 do Edital prevê (fl. 51):

*"**12.15** - As ocorrências não previstas neste Edital serão resolvidas a critério exclusivo e irrecorrível do (...), juntamente com a FUNDAÇÃO CESGRANRIO, no que couber".*

Acesso ao Sumário

Mas ainda que assim não fosse, a análise do mérito o socorre, de modo que, pelo princípio da instrumentalidade das formas, da economia processual e da primazia do julgamento de mérito (art. 6º do CPC), melhor enfrentá-lo.

2. Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

A corroborar seu pedido, juntou o autor sua CNH (fls. 27/28), Certidão de Nascimento na qual consta "*cor parda*" (fl. 29), e documentos referentes a diversos outros concursos públicos nos quais a sua alegação de cútis parda foi aceita (fls. 82/94).

A respeito da avaliação, pelas bancas examinadoras de concurso, quanto ao preenchimento, pelo candidato, dos requisitos para a concorrência às vagas reservadas para pessoas pretas e pardas, fixou o STF a seguinte tese (em especial, a segunda parte), oriunda da ADC 41:

"É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada ***a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa****".* (realce nosso)

A questão dos autos é de singular delicadeza, pois a discussão que lhe subjaz toca questões sociais, econômicas e históricas de extrema relevância e gravidade, extrapolando, e muito, ainda que indiretamente, os limites objetivos e subjetivos da lide.

É dizer, a questão racial no Brasil, e todos os seus consectários, é tema ainda prenhe de profundos debates, políticas públicas e privadas, projetos etc.

Todavia, tais aspectos dessa discussão não compõem as competências do Judiciário, a quem não é dado traçar políticas públicas. Seu papel resume-se a assegurar a estrita observância do ordenamento jurídico, independentemente da compreensão particular de cada julgador a respeito dos aspectos relativos a esse substrato maior sobre o qual indiretamente paira a questão de fundo destes autos.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, não se discute a própria autodeclaração do apelado ou sua etnia, mas sim o ato ora atacado, i.e., sua exclusão do certame para o cargo de Escriturário do (...) (Edital (...)).

E, sob esse estrito aspecto, não cabe ao Judiciário substituir-se à avaliação conduzida pela banca examinadora, diante da ausência de ilegalidade, excesso ou desvio de poder, o que redundaria em afronta ao princípio da separação do Poder.

Nesse sentido, entendimento do STJ:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO

NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. QUESTIONAMENTO ACERCA DA CORREÇÃO DA PROVA OBJETIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança, em que se requer que o acórdão do TJDFT seja reformado, a fim de que seja declarada a nulidade da correção efetuada na prova objetiva da parte recorrente.

2. Inicialmente, é firme a jurisprudência desta Corte Superior ao dispor que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas, tendo em vista que, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame. Assenta-se ainda que, excepcionalmente, havendo flagrante ilegalidade, tem-se admitido a intervenção pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital *(AgInt no RMS 49.239/MS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 10.11.2016; AgInt no RMS 50.342/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 5.9.2016; RE 632.853, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 29.6.2015).*

3. Na espécie, o Tribunal de origem consignou que os documentos que instruem o feito, sobretudo as cópias das questões, revela inexistir a ilegalidade apontada. O julgamento dos recursos da parte autora em relação à nota que lhe fora atribuída, realizado pela Comissão responsável pela análise, foi concluído, não havendo prova de qualquer irregularidade praticada pela banca examinadora, que declinou as razões pelas quais inexiste ilegalidade a ensejar a alteração do gabarito oficial divulgado.

4. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento". (realce nosso)

(AgInt no RMS 66.723/DF, 1ª Turma, rel. Min. MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5), julgado em 29.11.2021).

Não se nega que a mesma Corte, em situações excepcionais, já permitiu a reforma da decisão prolatada pela banca examinadora, como, aliás, ressalvou-se no sobredito julgado. Todavia, como dito, eram situações excepcionais de flagrante violação à legalidade ou ao edital.

Já no presente caso, o recorrente comprovou a previsão editalícia quanto à possibilidade de heteroidentificação quanto ao fenótipo do candidato (cláusulas 4.2 e seguintes – fls. 37/39), tendo o recorrido sido excluído após avaliação da comissão específica (fls. 348 e 350/351).

Por sinal, a banca ainda declinou quais os critérios realizados nessa avaliação, como, por exemplo, cor da pele, textura do cabelo, formato do rosto etc.

Acesso ao Sumário

(fl. 354).

Além disso, preservados o contraditório e a ampla defesa do recorrido, que, inclusive, pode interpor recurso administrativo (pedido de reconsideração – fls. 354/355).

Note-se que em ambos os julgamentos, concluiu-se, unanimemente, pelo não reconhecimento do recorrido como pardo, o que afasta eventual dúvida razoável a ensejar a manutenção de presunção de veracidade da autodeclaração.

Ato contínuo, nada trouxe o autor que sugerisse abuso, ilegalidade ou violação à sua dignidade, de modo que rigorosamente observados os limites traçados pelo STF no julgamento da ADC 41.

Não bastasse, com todo o respeito que a delicadeza da situação demanda, a fotografia do recorrido constante da sua CNH não permite concluir de forma cabal e evidente tratar-se de pessoa parda, o que reforça a impossibilidade de o Judiciário imiscuir-se no entendimento da banca examinadora ao argumento de flagrante ilegalidade. O mesmo se pode dizer no que tange às fotografias copiadas no corpo das contrarrazões do recorrido (fls. 534/535).

Frise-se que não se nega que em outros certames tenha sido deferida a inscrição do apelado na concorrência entre pessoas pretas e pardas. Lado outro, não pode o apelante ser compelido a adotar tais entendimentos por se tratar de instituições diversas sem poder vinculante sobre as demais.

Aliás, tal quadro bem demonstra o risco de o julgador substituir-se, em situações como no presente caso, à avaliação da banca, arvorando-se em administrador, pois apenas contribuirá ainda mais para a insegurança jurídica numa questão que, por si só, já envolve alto grau de subjetividade. É dizer, eventuais divergências de interpretação entre as bancas examinadoras seriam tão somente substituídas pelas naturais divergências interpretativas do julgador. Por isso que a jurisprudência dos tribunais superiores, em regra, relega à banca examinadora a competência para a análise do mérito de tais questões, ressalvada a fiscalização judicial quanto aos aspectos jurídicos da atuação administrativa.

Por sinal, acolhido o argumento de que o deferimento por outras instituições tornaria ilícito o indeferimento pelo ora apelante, eventual decisão contrária, negando a referida inscrição, também vincularia todas as demais instituições à mesma conclusão, impedindo o recorrido de alguma vez poder concorrer como quotista.

Ou seja, é justamente preservando-se a discricionariedade regrada da banca examinadora que melhor se preservará os direitos dos candidatos e do ora recorrido.

Inegável e razoável a sua frustração em ver sua inscrição especial negada, notadamente por ter sido deferida em diversas outras oportunidades, e também por constar, da sua própria certidão de nascimento, ter pele parda.

Acesso ao Sumário

Acontece que, conforme explicado, não se vislumbra abuso, excesso ou ilegalidade por parte da recorrente, que, no âmbito da sua discricionariedade, entendeu, de forma motivada, pela invalidade da autodeclaração do apelado.

Destarte, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido, invertida a sucumbência, mantida, contudo, a liminar confirmada na sentença até o trânsito em julgado, uma vez que não acarreta prejuízo à parte vencedora e resguarda eventual direito futuro da parte vencida.

Faculto aos interessados manifestação em dez dias de eventual oposição a julgamento virtual de recurso futuro para sustentação oral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1055886-70.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS RAMON JARA TUFARI, é apelado DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - 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: "Por V.U., deram parcial provimento ao recurso. Fará declaração de voto convergente a 2ª Juíza", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.228)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), SILVIA MEIRELLES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 20 de junho de 2022.

ALVES BRAGA JUNIOR, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CNH. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. CURSO DE RECICLAGEM. Desbloqueio de prontuário e autorização para realização de curso de reciclagem. Alegação de que o cumprimento da penalidade de suspensão do direito de dirigir tem início a partir do bloqueio, independentemente da entrega da CNH. Admissibilidade em parte. Necessidade de entrega da CNH, com relação aos processos administrativos anteriores à Resolução CONTRAN 723/18. Aplicação dos arts. 261, § 2º, e 264 do CTB, e arts. 19 a 21 e

Acesso ao Sumário

24 da Resolução CONTRAN 182/05. Impossibilidade de aplicação retroativa das Resoluções CONTRAN 723/18 e 844/2021. Penalidade considerada cumprida quanto aos processos administrativos posteriores à Resolução CONTRAN 723/2018.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por CARLOS RAMON JARA TUFARI contra a r. sentença de fls. 202/5 que, em mandado de segurança impetrado contra o **DIRETOR DE HABILITAÇÃO DO DETRAN**, denegou a ordem. O impetrante requer a procedência do pedido (fls. 209/25).

Sem contrarrazões.

Sem parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso comporta parcial provimento.

Aplicou-se ao impetrante a penalidade de suspensão do direito de dirigir, pelos seguintes prazos:

PA 154.430/2017 – 10 (dez) meses (fls. 23);

PA 236.676/2017 – 3 (três) meses (fls. 25);

PA 139.257/2018 – 7 (sete) meses (fls. 28);

PA 71.547/2019 – 7 (sete) meses (fls. 30).

Nas razões recursais, requer "*seja: (i) determinado o desbloqueio do prontuário do apelante pela autoridade coatora, Diretor do DETRAN/SP, ora apelado, uma vez que já houve o cumprimento das penalidades de suspensão do direito de dirigir aplicadas nos processos administrativos n.º 154430/2017, 236676/2017, 139257/2018 e 71547/2019; e (ii) seja autorizada a realização imediata do curso de reciclagem exigido pela legislação de trânsito após o cumprimento da penalidade de suspensão*" (fls. 225).

Segundo o art. 261, § 2º, do CTB, "*Quando ocorrer a suspensão do direito de dirigir, a Carteira Nacional de Habilitação será devolvida a seu titular* ***imediatamente após cumprida a penalidade*** *e o curso de reciclagem*".

A Resolução nº 182/05, do CONTRAN, estabelecia:

Art. 19. Mantida a penalidade pelos órgãos recursais ou não havendo interposição de recurso, a autoridade de trânsito notificará o infrator, utilizando o mesmo procedimento dos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Resolução, para **entregar sua CNH** até a data do término do prazo constante na

Acesso ao Sumário

notificação, que não será inferior a 48 (quarenta e oito) horas, contadas a partir da notificação, sob as penas da lei.

§ 1º. Encerrado o prazo previsto no *caput* deste artigo, a imposição da penalidade será inscrita no RENACH.

§ 2º. Será anotada no RENACH a **data do início do efetivo cumprimento da penalidade**.

§ 3º. Sendo o infrator flagrado conduzindo veículo, encerrado o prazo para a entrega da CNH, será instaurado processo administrativo de cassação do direito de dirigir, nos termos do inciso I do artigo 263 do CTB.

Art. 20. **A CNH ficará apreendida e acostada aos autos e será devolvida ao infrator depois de cumprido o prazo de suspensão do direito de dirigir** e comprovada a realização do curso de reciclagem.

O cumprimento da penalidade de suspensão do direito de dirigir não tem início imediato. Os §§ 1º e 2º, do art. 19, desdobram as providências: uma delas é a anotação da imposição da penalidade no RENACH; a outra, é a anotação da **data do *efetivo* início** do cumprimento da suspensão.

Se o início fosse automático, não haveria razão para a segunda anotação.

Poder-se-ia pensar que o § 3º, do art. 19, trazia implícita a possibilidade de cumprimento da suspensão sem a entrega da CNH. Porém, não se mostra a melhor interpretação.

Art. 19, § 3º. Sendo o infrator flagrado conduzindo veículo, encerrado o prazo para a entrega da CNH, será instaurado processo administrativo de cassação do direito de dirigir, nos termos do inciso I do artigo 263 do CTB.

Não se trata de permissão de não entrega da CNH, mas tão somente de cuidar de situação eventualmente inevitável, qual seja, a recusa ou negligência do motorista. Todavia, as consequências não são as mesmas. Em princípio, admitindo as infrações ou acatando o resultado do recurso administrativo, há de ser do interesse do motorista fazer a entrega da CNH o quanto antes, para iniciar o período de suspensão. Se a CNH não é entregue, esgotadas as possibilidades de recurso administrativo, o motorista fica em uma situação intermediária: não está autorizado a conduzir veículo, tanto que a infração pode implicar cassação da habilitação, mas não iniciou o cumprimento da penalidade.

Interessante notar que, na hipótese em que a infração de trânsito configura infração penal, o CTB, em seu art. 307, parágrafo único, equipara a não entrega da CNH, após sentença condenatória transitada em julgado, à violação da suspensão de habilitação.

Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste

Acesso ao Sumário

Código:

Penas - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição.

Parágrafo único. **Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.**

Fato é que, em resolução posterior, 723/2018, ficou estabelecido que o cumprimento do prazo de suspensão pode ter início mesmo sem a entrega da CNH, embora a entrega seja a regra. A clareza dos dispositivos não deixa margem a dúvidas. Certamente, a alteração decorre da possibilidade de verificação da regularidade da situação do veículo e do motorista por consulta on-line à base de dados dos órgãos de trânsito, o que torna secundária a importância da verificação do documento físico portado pelo motorista.

Não é possível a aplicação da Resolução 723/18, do CONTRAN, em relação aos PAs 154.430/2017 e 236.676/2017, porque são anteriores à sua edição.

Nesse sentido:

Remessa necessária nº 1036423-27.2019.8.26.0114

Relatora: Vera Angrisani

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 14/7/2020

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CNH. Suspensão do direito de dirigir. Infração que originou a penalidade praticada anteriormente a 1º/11/2016. Inaplicabilidade da Resolução CONTRAN n° 723/2018. Termo inicial do cumprimento da penalidade que se dá com a entrega da CNH. Remessa necessária conhecida e provida.

Apelação nº 1000700-61.2018.8.26.0443

Relator: Spoladore Dominguez

Comarca: Piedade

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Públi**co**

Data do julgamento: 03/04/2019

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CNH – Impetração com vistas ao cancelamento da portaria de suspensão do direito de dirigir – Denegação da segurança – Manutenção – Início da contagem do prazo para cumprimento da penalidade que se dá com a "efetiva entrega" da CNH – Inteligência dos arts. 19 a 20 da Resolução CONTRAN nº 182/05 e 261, § 2º, do CTB – Precedentes desta C. Câmara – Ausência de direito líquido e certo. Apelo desprovido.

Apelação nº 1045669-70.2018.8.26.0053

Relatora: Ana Liarte

Comarca: São Paulo

Órgão julgador**: 4ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 25/03/2019

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Suspensão do Direito de Dirigir – Documentos apresentados que não fazem prova da entrega da CNH e do início do cumprimento da penalidade de suspensão do direito de dirigir – Necessidade de entrega da CNH – Inteligência dos artigos 261, § 2º, e 264 do CTB e dos artigos 19 a 21 e 24 da Resolução do CONTRAN nº 182/05 – Precedentes – Sentença de denegação da ordem mantida por seus próprios fundamentos – Art. 252 RITJSP – Recurso desprovido.

Do mesmo modo, não há se falar em aplicação retroativa da Resolução CONTRAN 844/2021, que revogou a Resolução 182/05 e as disposições da Resolução 723/18, que limitavam a aplicação aos procedimentos administrativos decorrentes de infrações cometidas a partir de 1º de novembro de 2016, diante do disposto no art. 5º, XXXVI, da CF, e no art. 6º da LINDB.

Nesse sentido, os argumentos da Desembargadora Maria Laura Tavares, em caso análogo (Apelação nº 1043721-36.2020.8.26.0114):

> "Assim, ainda que se admitisse a incidência da Resolução CONTRAN nº 723/2018 ao caso concreto, persistiria a necessidade de entrega da CNH para iniciar o cumprimento da penalidade de suspensão do direito de dirigir.
>
> Anoto, por oportuno, que o disposto na Resolução CONTRAN nº 844/2021, que introduziu modificações na Resolução nº 723/2018, em nada altera o entendimento acima exposto, tendo em vista a realocação dos termos do revogado artigo 29 para os novos artigos 17-C (caput) e 17-E (parágrafo único) da referida Resolução:
>
> Art. 17-C. Os prazos de suspensão do direito de dirigir para processo instaurado em decorrência da contagem de 20 (vinte) ou mais pontos em que haja uma ou mais infrações cometidas antes de 1º de novembro de 2016 são os estabelecidos no art. 17-B. (...)
>
> Art. 17-E. Para os casos anteriores à publicação da Deliberação CONTRAN nº 163, de 31 de outubro de 2017, em que a penalidade já tenha sido inscrita no RENACH, mas que não tenha data de início do seu cumprimento, os órgãos e entidades integrantes do SNT deverão adotar a medida administrativa de recolhimento do documento de habilitação e encaminhá-la aos órgãos ou entidades de registro do documento de habilitação para aposição do início e fim do cumprimento da respectiva penalidade."

Acesso ao Sumário

Na mesma esteira:

Embargos de Declaração nº 1049090-97.2020.8.26.0053

Relator: Edson Ferreira

Comarca: São Paulo

Órgão julgador**: 12ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 10/09/2021

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Suspensão do direito de dirigir. Cumprimento da penalidade. Resolução CONTRAN 844/2021, que revogou a Resolução CONTRAN 182/2005 e as disposições da Resolução CONTRAN 723/2018 que limitavam sua aplicação aos procedimentos administrativos decorrentes de infrações cometidas a partir de 1º de novembro de 2016. Sem possibilidade de aplicação retroativa. Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo 6º, e precedentes desta Corte. Para tais acréscimos são acolhidos os embargos, mas sem efeito modificativo.

Por outro lado, com relação aos PAs 139.257/2018 e 71.547/2019, aplica-se a Resolução CONTRAN 723, de 10/3/2018, que prevê início do cumprimento da suspensão mesmo sem entrega da CNH.

Art. 15. Aplicada a penalidade, a autoridade de trânsito do órgão de registro do documento de habilitação deverá notificar o condutor informando-lhe: (...)

V - a **data limite para entrega do documento de habilitação físico** ou para interpor recurso à JARI;

VI - a data em que iniciará o cumprimento da penalidade fixada, caso não seja entregue o documento de habilitação físico e não seja interposto recurso à JARI, nos termos do artigo 16 desta Resolução.

(...)

Art. 16. **A data de início do cumprimento da penalidade será fixada e anotada no RENACH**:

I - em 15 (quinze) dias corridos, **contados do término do prazo para a interposição do recurso, em 1ª ou 2ª instância, caso não seja interposto**, inclusive para os casos do documento de habilitação eletrônico;

II - **no dia subsequente ao término do prazo para entrega do documento de habilitação físico**, caso a penalidade seja mantida em 2ª instância recursal;

(...)

§ 2º A inscrição da penalidade no RENACH conterá a data do início e término da penalidade, período durante qual o condutor deverá realizar o curso de reciclagem.

Acesso ao Sumário

A fiscalização da regularidade da situação do veículo e do condutor não se faz mais apenas com base nos documentos de porte obrigatório. Ela é completada por consulta online aos cadastros oficiais. Essa possibilidade permitiu a alteração na resolução, a partir de 2018, para prever início de cumprimento de pena de suspensão do direito de dirigir independentemente de entrega da CNH.

O que importa é que o condutor esteve com a CNH suspensa desde o escoamento do prazo de entrega, impedido, portanto, de dirigir e sujeita a todas as consequências de eventual transgressão.

Se a decisão final de imposição da pena se deu na vigência da Resolução CONTRAN nº 723/18, não há razões para não aplicar o procedimento da nova regulamentação.

Assim, considera-se cumprida a penalidade de suspensão do direito de dirigir quanto aos PAs 139.257/2018 e 71.547/2019.

A realização do curso de reciclagem, porém, depende do cumprimento ou eventual extinção das penalidades nos outros processos administrativos.

Nesse sentido:

Remessa Necessária nº 1036281-12.2019.8.26.0053

Relator: Paulo Barcellos Gatti

Comarca: São Paulo

Órgão julgador**: 4ª Câmara de Direito Público**

Data do julgamento: 02/03/2020

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR – Pretensão mandamental do impetrante voltada ao reconhecimento de seu suposto direito líquido e certo ao desbloqueio de seu prontuário, possibilitando o início de curso de reciclagem – Admissibilidade – Infração cometida pelo condutor, e que ensejou a instauração do respectivo procedimento administrativo, somente em 2017 – Aplicação, na hipótese, das disposições da Resolução CONTRAN nº 723/2018 – Inteligência do art. 2º e do art. 15, da referida Resolução – Data de início do cumprimento da penalidade de suspensão que se deu no dia subsequente ao término do prazo para entrega da CNH do condutor – Prazo de 12 meses que já se encerrou – Sentença mantida. Recurso oficial não provido.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso para conceder parcialmente a ordem e determinar o desbloqueio parcial do prontuário do impetrante, em vista do cumprimento da penalidade de suspensão do direito de dirigir aplicada nos PAs 139.257/2018 e 71.547/2019, nos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE, COM RESSALVA DE ENTENDIMENTO

(Voto nº 19.226)

Conforme o relatório do Exmo. Relator sorteado, Desembargador ALVES BRAGA JUNIOR, verifica-se que:

"Trata-se de apelação interposta por CARLOS RAMON JARA TUFARI contra a r. sentença de fls. 202/5 que, em mandado de segurança impetrado contra o DIRETOR DE HABILITAÇÃO DO DETRAN, denegou a ordem.

O impetrante requer a procedência do pedido (fls. 209/25).

Sem contrarrazões.

Sem parecer da Procuradoria Geral de Justiça."

É o relatório.

Com todo o respeito, ouso divergir do posicionamento adotado pelo ilustre Relator, pelas seguintes razões:

"Entendo ser de rigor a manutenção da denegação da ordem.

Isto porque, o início do cumprimento da penalidade de suspensão do direito de dirigir somente se inicia com a entrega da CNH à autoridade de trânsito competente, não sendo possível qualquer discricionariedade por parte da autoridade administrativa ou facultatividade do condutor neste aspecto, posto cuidar-se de imposição legal.

Neste sentido é o que preceitua o artigo 261, do Código de Trânsito Brasileiro, como se verifica in verbis:

'Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - ***Quando ocorrer a suspensão do direito de dirigir, a Carteira Nacional de Habilitação será devolvida a seu titular imediatamente após cumprida a penalidade e o curso de reciclagem****.*

(...)

§ 11. O Contran regulamentará as disposições deste *artigo.'*

(g.m.).

Extrai-se dos dispositivos supratranscritos que a imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir impõe ao penalizado a obrigação da entregar a sua CNH, a qual será devolvida imediatamente após o cumprimento da penalidade, bem como do curso de reciclagem.

Assim, ainda que se alegue que as infrações foram cometidas em momento posterior à vigência da Resolução nº 723/18, situação em que se poderia cogitar de sua aplicação, esta seria impossível em razão do

Acesso ao Sumário

patente ferimento aos princípios da legalidade e da hierarquia das leis.

Isto porque, nos seus artigos 15 e 16, a resolução passou a prever situações em que o cumprimento da penalidade se inicia ainda que não haja a efetiva entrega da CNH, tornando-a facultativa, o que afronta a lei federal que rege a matéria.

Vicente Ráo, ao ensinar sobre a hierarquia das leis, esclarece com maestria sobre os princípios da legalidade e da constitucionalidade, da seguinte forma:

'O princípio da constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições substanciais ou formais da Constituição; o princípio da legalidade reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras.' (in "O Direito e a Vida dos Direitos" - Vol. I - Tomo II, Ed. Resenha Universitária, 2ª edição, 1976, p. 263).

Portanto, os atos administrativos subordinam- se às leis, em obediência a esta regra de hierarquia.

Na lição do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, as resoluções, são ainda inferiores ao decreto do executivo e 'são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes dos tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica.' E complementa que: 'As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los.' (in 'Direito Administrativo Brasileiro', Malheiros Editores, 23ª. edição, 1998, p. 162).

Assim, fica claro que, por força deste princípio constitucional, não podem as autoridades do Executivo, por iniciativa própria e sem texto legal expresso, criar ou modificar, por meio de simples resoluções, quaisquer disposições legais.

Pelos mesmos fundamentos, ressalte-se que nem há que se falar em aplicação retroativa da norma mais benéfica ao apenado, uma vez que não se está diante de duas leis que prescrevem procedimentos e penalidades distintas para o mesmo fato, mas sim, de ato normativo inferior (resolução), que extrapolou a sua competência, inovando contrariamente à lei a qual estava hierarquicamente vinculada.

Portanto, não há que se falar em aplicação da Resolução nº. 723/18, sendo certo que, nos termos da legislação vigente, o cumprimento da penalidade não se inicia sem a entrega da CNH, situação que ainda não ocorreu no caso.

Ressalte-se, finalmente, que a ausência de vinculação da entrega do documento para fins de compelir o condutor infrator ao cumprimento

Acesso ao Sumário

da penalidade, por vezes, importa na própria impunidade do infrator, o que, consequentemente, poderá impactar na segurança do trânsito em si, bem como coloca em risco os demais condutores devidamente habilitados e pedestres que se utilizam das vias públicas.".

Contudo, muito embora mantenha o meu posicionamento, voto com a maioria a fim de não delongar ainda mais o julgamento da causa.

Assim sendo, ressalvado o meu posicionamento, voto com a maioria, pelo **provimento parcial do recurso**.

SILVIA MEIRELLES, 2ª Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001161-05.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.065)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 22 de junho de 2022.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Pretensão do Banco do Brasil ao ressarcimento do valor de R$ 21.693.617,37 pela Fazenda Pública por ter sido condenado ao pagamento de diferenças salariais ou de complementação de aposentadoria em ação trabalhista referente aos ex-servidores do extinto Banco Nossa Caixa S/A. Inadmissibilidade. A Caixa Econômica do Estado de São Paulo, entidade autárquica, foi criada pela Lei n.º 1.164/51, tendo a Lei Estadual n.º 10.430/71, facultado aos servidores estatutários a opção pelo regime celetista, assegurando-lhes o direito à complementação de aposentadoria e pensão. Manutenção dos capítulos da r. sentença. Incidência do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Entendimento ju-

Acesso ao Sumário

risprudencial deste E. TJSP. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Banco do Brasil S/A propôs ação de cobrança contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo afirmando ter sido condenado ao pagamento de diferenças salariais ou de complementação de aposentadoria em ação trabalhista referente aos ex-servidores do extinto Banco Nossa Caixa S/A, assim, visa ao ressarcimento do valor referente ao desembolso da condenação. Pediu a procedência do pedido para condenar a ré ao pagamento de R$ 21.693.617,37, bem como, das parcelas vencidas e vincendas referentes as diferenças incorporadas em folha de pagamento dos Reclamantes dos Grupos A e B.

A r. sentença (fls. 4.309/4.314) julgou improcedente o pedido e não houve condenação do autor, nas verbas da sucumbência, porque a ré não apresentou defesa tempestiva.

O Banco do Brasil S/A apelou (fls. 4.337/4.353) repisando os argumentos da petição inicial e aduzindo que foi celebrado contrato de compra e venda de ações e outras avenças no qual a ré assumiu a responsabilidade dos pagamentos que efetuou, inclusive recálculos posteriores. Asseverou que "*entre as obrigações assumidas pelo Apelado (cláusulas 5.2.3 e 5.2.3.1 do contrato – fls. 87/105), está a de pagar diretamente as complementações de aposentadoria e pensão devidas aos atuais empregados, ex-empregados e pensionistas da Nossa Caixa, que fazem ou vierem a fazer jus ao benefício nos termos da Lei nº 4.819/58 e da Lei nº 8.236/93, bem como as aposentadorias e pensões devidas a empregados, ex-empregados e seus beneficiários, admitidos na Nossa Caixa sob o regime autárquico e que efetuaram a opção pelo regime da CLT, nos termos das Leis nº 10.430/71 e 8.236/93 e Decretos nº 7.711, de 19 de março de 1976 e 34.531 de 31 de dezembro de 1991*", *sic*. Afirmou que não deve arcar com o pagamento, sob pena de enriquecimento sem causa da ré (artigo 884 do Código Civil). Pediu que "*seja reformada r. sentença, para julgar procedente a ação, com a consequente condenação do Apelado ao pagamento dos valores relativos aos integrantes dos Grupos "A" e "B", parcelas vencidas e vincendas, devendo incidir sobre os valores a correção monetária pela SELIC até a data do efetivo pagamento, conforme a cláusula 5.2.3.2 do Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, além das custas processuais e honorários advocatícios*", *sic*.

Contrarrazões (fls. 4.362/4.380).

É o relatório.

As razões recursais não infirmam os elementos de convicção contidos na decisão recorrida, os quais ora se ratificam, e com vistas a prestigiar o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal), a decisão se mantém, consoante abaixo se observa.

A decisão deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, consoante permite o art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, que assim dispõe: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Exatamente para evitar inútil repetição da matéria, e, em observância ao princípio constitucional da razoável duração dos processos, verifica-se que tal dispositivo regimental vem sendo largamente utilizado pelas Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça (AC 994.01.017050-8, AC 994.09.379126-0), assim, como pelo C. Superior Tribunal de Justiça quando 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, 2º Turma Rel. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007; RESP 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

Consoante ressaltou o d. Magistrado:

Acerca da revelia da ré, entendo que ela não opera plenamente seus efeitos em razão da existência de interesse público indisponível.

Além disso, ainda que assim não fosse, a revelia se opera em relação aos fatos, sendo que o direito deve ser aplicado pelo magistrado. A questão objeto do feito é exclusivamente de direito, de forma que passo a analisar a questão jurídica trazida aos autos.

Dispõe a Lei Estadual nº 13.286/08:

"Artigo 4º Permanecerá sob a responsabilidade do Estado, após a transferência do controle acionário do Banco Nossa Caixa S.A. ao Banco do Brasil S.A, a responsabilidade pelo custeio dos seguintes benefícios, concedidos e a conceder:

I - aposentadorias e pensões dos ex-servidores autárquicos do Banco Nossa Caixa S.A, que exerceram o direito de opção pela legislação trabalhista, na forma prevista na Lei nº 10.430, de 16 de dezembro de 1971, na Lei nº 8.236, de 19 de janeiro de 1993, no Decreto nº 7.711, de 19 de março de 1976, e no Decreto nº 34.531 de 31 de dezembro de 1991;

II - complementações de aposentadorias e pensões, nos termos da Lei nº 4.819, de 26 de agosto de 1958, e da Lei nº 8.236, de 19 de janeiro de 1993, devidas aos empregados e ex-empregados do Banco Nossa Caixa S.A, admitidos anteriormente a 22 de janeiro de 1974, e respectivos pensionistas, de acordo com os critérios fixados pela Procuradoria Geral do Estado, vigentes na data da publicação desta lei, a saber: a) Parecer CJ-SF nº 561/2008; b) Parecer CJ-SF nº 644/2008; c) Parecer CJ-SF nº 815/2008; d) Parecer CJ-SF nº 816/2008; e) Parecer PA nº 112/2004; f) Parecer PA nº 326/2004; g) Parecer PA nº 408/2004;

Acesso ao Sumário

h) Parecer PA nº 317/2005; i) Parecer PA nº 248/2006; j) Parecer PA nº 160/2008; k) Pareceres Subg. Cons. nº 29/2004; l) Parecer GPG. Cons. nº 52/2008.

Estabelecem as cláusulas 5.2.3 e 5.2.3.1 do contrato de compra e venda de ações:

5.2. Obrigações Adicionais do Estado. O Estado se obriga ainda a:

5.2.3. Pagar diretamente as complementações de aposentadoria e pensão devidas aos atuais empregados, ex-empregados e pensionistas da Nossa Caixa, que fazem ou vierem a fazer jus ao benefício nos termos da Lei nº 4.819/58 e da Lei nº 8.236/93, nos termos do entendimento manifestado pela Procuradoria Geral do Estado, objeto dos Pareceres Subg.Cons. nº 29/2004, GPG.Cons. nº 52/2008, PA nº 326/2004, PA nº 408/2004, PA nº 317/2005, PA nº 248/2006, PA nº 160/2008, CJ-SF nº 561/2008, CJ- SF nº 815/2008, CJ-SF nº 816/2008, PA nº 112/2004 e CJS 644/2008, bem como as aposentadorias e pensões devidas a empregados a ex-empregados, e seus beneficiários, admitidos na Nossa Caixa sob o regime autárquico e que efetuaram a opção pelo regime trabalhista, nos termos das Leis nºs. 10.430/71 e 8.236/93 e Decretos nºs 7.711, de 19 de março de 1976 e 34.531 de 31 de dezembro de 1991.

5.2.3.1. Os pagamentos porventura efetuados pela Nossa Caixa ou pelo Banco do Brasil por força de decisão judicial, inclusive decorrentes da ação civil pública nº 01599200701102006, de complementações de aposentadoria e pensão, previstas na Lei nº 4.819/58, inclusive recálculos posteriores, serão antecipados ou reembolsados pelo Estado, nos limites do que for devido, conforme os Pareceres acima mencionados."

O que se observa das disposições acima é que a lei e o contrato de compra e venda não estabeleceram ampla e irrestrita responsabilidade do Estado de São Paulo ao pagamento de aposentadorias e pensões dos antigos funcionários da Nossa Caixa.

Se assim tivesse optado o legislador, bastaria a adoção de cláusula genérica, imputando ao Estado os pagamentos, mas não foi o que fez.

A redação da lei e do contrato são claros, determinando a necessária observância dos Pareceres da Procuradoria Geral do Estado. Não se trata de norma que atribui direito potestativo ao Estado, mas que estabelece balizas que garantem a previsibilidade da responsabilidade do ente estadual, dado que tais pareceres instruíram o contrato.

Evidente que tais fatores foram levados em conta por ambas as partes no momento da venda das ações, sendo que esses fatores também influenciaram no preço e nas demais condições do negócio.

Assim, o direito ao reembolso do Banco do Brasil deve englobar uma das hipóteses da lei e do contrato.

Saliente-se que o acordo vincula as partes, pacto que autonomamente optaram a se submeter.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, o autor foi condenado, em reclamação trabalhista, a revisar a aposentadoria Adalberto Luiz Berro e outros para pagamento de diferença de complementação de aposentadoria em razão de reajuste estebelecido na convenção coletiva de 1996, com a aplicação dos reflexos nas demais verbas percebidas.

O Banco do Brasil realizou os pagamentos, o que ensejou o recolhimento de cerca de 21 milhões de reais, valores atualizados na data da propositura da demanda.

Para analisar sua exigibilidade pela ré, é necessário exame da verba principal. Extrai-se que a forma de cálculo determinada pela Justiça do Trabalho extrapola o Regulamento de

Pessoal adotado pelo Decreto nº 7.711/76, que regulamentou a Lei Estadual nº 10.430/71 (que, por sua vez, transformou a CEESP em sociedade anônima).

Ademais, as verbas reconhecidas na ação trabalhista e desembolsadas pelo Banco do Brasil não constam dos pareceres da Procuradoria Geral do Estado, apontados pela legislação e pelo contrato, sendo expressamente afastado esse direito quando do pedido efetuado na esfera administrativa.

Ressalte-se que o autor se limita a argumentar que o Estado deve ser responsabilizado pelos pagamentos, mas não indica pormenorizadamente se a forma de cálculo determinada pela decisão judicial possui amparo legal ou contratual nas normas que disciplinam a alienação societária.

Vale aduzir em reforço que a Caixa Econômica do Estado de São Paulo, entidade autárquica, foi criada pela Lei n.º 1.164/51, sendo o seu quadro de servidores preenchido através de concurso público. A Lei Estadual n.º 10.430/71, transformou-a em sociedade anônima, facultando aos servidores estatutários a opção pelo regime celetista, assegurando-lhes o direito à complementação de aposentadoria e pensão.

Em 18 de dezembro de 2008, foi publicada a Lei Estadual n.º 13.286, a qual autorizou o Poder Executivo deste Estado a alienar o Banco Nossa Caixa ao Banco do Brasil (ações de propriedade do Estado, representativas do capital social do Banco Nossa Caixa S/A).

Acesso ao Sumário

Em consequência, o Banco do Brasil e o Estado de São Paulo firmaram, em 19 de dezembro de 2008, o Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, no qual foi alienada a totalidade das ações do Estado, representativas do controle acionário da Nossa Caixa ao Banco do Brasil, constando que:

"Cláusula V. OBRIGAÇÕES DO ESTADO

(...) 5.2 Obrigações Adicionais do Estado. O Estado se obriga ainda a:

(...) 5.2.3 Pagar diretamente as complementações de aposenta-

doria e pensão devidas aos atuais empregados, ex-empregados e pensionistas da Nossa Caixa, que fazem ou vierem a fazer jus ao benefício nos termos da Lei nº 4.819/58 e da Lei nº 8.236/93, nos termos do entendimento manifestado pela Procuradoria Geral do Estado, objeto dos Pareceres Subg. Cons. nº 29/204, GPG. Cons. nº 52/208, PA nº PA nº (sic) 326/204, PA nº 408/204, PA nº 317/205, PA nº 248/206, PA nº 160/208, CJ-SF nº 561/208, CJ-SF nº 815/208, CJ-SF nº 816/208, PA nº 12/204 e CJ-SF nº 64/208, bem como as aposentadorias e pensões devidas a empregados e ex-empregados, e seus beneficiários, admitidos na Nossa Caixa sob o regime autárquico e que efetuaram a opção pelo regime trabalhista, nos termos das Leis nºs 10.430/71 e 8.236/93 e Decretos nºs 7.711, de 19 de março de 1976 e 34.531 de 31 de dezembro de 1991.

5.2.3.1. Os pagamentos porventura efetuados pela Nossa Caixa ou pelo Banco do Brasil por força de decisão judicial, inclusive decorrentes da ação civil pública nº 01599200701102006, de complementações de aposentadoria e pensão, previstas na Lei nº 4.819/58, inclusive recálculos posteriores, serão antecipados ou reembolsados pelo Estado, nos limites do que for devido, conforme os Pareceres acima mencionados.

Dessa forma, o disposto na cláusula 5.2.3.1 demonstra que a apelada assumiu a obrigação de pagamento das verbas reconhecidas em ações trabalhistas, desde que em consonância com a legislação estadual vigente à época do contrato de trabalho e nos limites dos pareceres acima previstos legal e contratualmente, os quais se limitaram à complementação de aposentadoria e pensões devidas.

Analisando-se os autos, verifica-se que o Estado somente se responsabilizou pelo pagamento das complementações de aposentadorias e pensões, incluindo nestes valores as verbas trabalhistas decorrentes de condenação judicial, mas não pelo ressarcimento de condenações judiciais envolvendo verbas trabalhistas devidas aos empregados quando em atividade.

As situações são diversas, tendo em vista que uma coisa é admitir-se a incorporação de verbas trabalhistas para fins de complementar as aposentadorias e pensões, bem como se responsabilizar pelo ressarcimento de condenações judiciais relativas a tais verbas (complementações); outra coisa é se responsabilizar pelo pagamento de todo e qualquer passivo trabalhista devido àqueles que estavam em atividade e que, por força de posterior aposentadoria, passaram a ter tais valores integrados às suas complementações.

Dessa forma, não há responsabilidade da ré pelo ressarcimento dos valores pagos pela sociedade incorporada.

Além disso, é o entendimento da jurisprudência deste E. TJSP:

APELAÇÃO – Ação de cobrança – Pretensão de ressarcimento de valores pagos, em virtude de condenação em reclamação trabalhista, a ex-servidor aposentado da extinta "Nossa Caixa" – Inadmissibilidade –

Acesso ao Sumário

Valores pretendidos que dizem respeito a verbas trabalhistas diversas, devidas aos reclamantes antes da aposentadoria, com o recálculo de suas remunerações – Responsabilidade do Estado de São Paulo decorrente de lei e de cláusulas contratuais que se limitam tão somente ao reembolso de condenações judiciais ao pagamento por complementação de aposentadoria – Manutenção da r. sentença – Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1028173-28.2018.8.26.0053; Relatora: Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/04/2019; Data de Registro: 30/04/2019).

RECURSO DO BANCO DO BRASIL S/A – Ação de cobrança – Pretensão do autor da condenação da ré no ressarcimento da complementação de aposentadoria desembolsada na Reclamação Trabalhista nº 0056000-37.1991.5.15.0052, que tramitou perante a 1ª Vara do Trabalho de Ituverava/SP, das parcelas pagas em folha de pagamento ao reclamante, uma vez que tal obrigação teria sido assumida pela ré quando da alienação do Banco Nossa Caixa – Sentença de improcedência – Inconformismo do autor (Banco do Brasil S/A). Quanto a alegação do apelante (Banco do Brasil S/A) às fls. 3.773/3.774 que a Egrégia 13ª Câmara de Direito Público, no recurso de apelação nº 1030308-81.2016.8.26.0053, de Relatoria do eminente Desembargador Djalma Lofrano Filho, noutra ação movida pelo apelante em face do apelado com fundamento no mesmo contrato (procedência da ação mantida e, por conseguinte negaram provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da FESP), não merece guarida, tendo em vista, que as situações fáticas de cada ação são distintas, portanto, não havendo qualquer relação uma com a outra, bem como o número da reclamação trabalhista constante nesta ação (0056000-37.1991.5.15.0052) é diferente do número constante daquela (0029200-18.1992.5.02.0013). A ação mencionada na inicial, de nº 0056000-37.1991.5.15.0052, que tramitou perante a 1ª Vara do Trabalho de Ituverava/SP, não tem o reembolso previsto contratualmente – Portanto, tais verbas não têm previsão de reembolso previsto contratualmente, e a Fazenda do Estado de São Paulo não foi parte do processo, para discutir a forma como se pretendeu a realização dos cálculos pelos reclamantes – Como a Fazenda do Estado de São Paulo não participou da ação trabalhista, não podendo se defender quanto ao pedido formulado naquela justiça, e não se pode estender os efeitos da coisa julgada à ré (FESP), uma vez que o contrato firmado e a Lei que determinou sua responsabilidade fixou limites para sua responsabilização quanto aos encargos trabalhistas relativos à complementação de aposentadoria. Como afirmado pela FESP, na decisão administrativa, o pedido de ressarcimento carece de amparo legal ou de fundamento na cláusula 5.2.3 do Contrato de Compra e Venda celebrado entre as partes em 19.12.2008. Nesta fase do procedimento incide também o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/15, razão pela qual majoram-se os honorários advo-

Acesso ao Sumário

catícios devidos pelo apelante Banco do Brasil S/A, equitativamente, em 3% (três por cento), sobre o valor atualizado da causa, devendo ser somado com os 10% (dez por cento), já fixados na r. sentença monocrática (fls. 3.757/3.760). Desse modo, totalizando-se a verba honorária 13% (treze por cento), sobre o valor da causa. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo - Sentença que julgou improcedente a ação, mantida Recurso voluntário do Banco do Brasil S/A, improvido. (TJSP; Apelação Cível 1024421-14.2019.8.26.0053; Relator: Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/10/2019; Data de Registro: 10/10/2019).

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, a fim de viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, lembrando ser desnecessária a menção de dispositivos legais para esse efeito, bastando que seja apreciada para ensejar o manejo desses recursos (Súmulas 211 do E. STJ e 282 do E. STF).

Nesse sentido:

"O órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio". (STJ-1ª T., AI 169.073-SP-AgRg, Min. José Delgado, j. 4.6.98, v.u., DJU 17.8.98). No mesmo sentido: RSTJ 148/356, RT 797/332, RJTJESP 115/207, JTJ 349/638 (AP 991.09.051344-5-EDcl)."[1]

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002027-96.1982.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ELIZABETH REGINA SILVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "mantiveram o Acórdão V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.342)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

1 Código de Processo Civil e legislação processual em vigor / Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca. 45ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 708 – Nota 3ª ao artigo 535.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de julho de 2022.
PONTE NETO, Relator

Ementa: RETRATAÇÃO – APELAÇÃO – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Devolução à Turma Julgadora para retratação do julgado, nos termos do art. 1.040, II, CPC/2015, em razão do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 1.169.289/SC – Tema de Repercussão Geral nº 1.037 do E. STF, cuja discussão trata da não incidência dos juros de mora no período de que trata o § 5º do art. 100 da Constituição Federal. Fluência dos juros de mora que se inicia após o "período de graça" – Inviabilidade de rediscussão dos cálculos – Respeito às garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal c.c. arts. 502, 507 e 508, todos do Código de Processo Civil) – Precedentes TJSP – Retratação desacolhida, com a manutenção do julgado.

VOTO

1. Trata-se de ação de desapropriação, em fase de execução, movida pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de ELIZABETH REGINA SILVEIRA, julgada extinta pela r. sentença de fls. 677/78, embargada e mantida a fls. 708.

Houve apelação da FESP pela aplicação da Lei nº. 11.960/09 aos juros de mora (fls. 686/706), processada com contrarrazões a fls. 712/19, julgada improcedente pelo v. acórdão de fls.728/33.

Houve a interposição de Recurso Extraordinário e Recurso Especial pela exequente, sobrestados para aguardar julgamento do mérito do REsp nº. 1.492.221/PR (Tema 905/STJ) e RE nº. 870.947/SE (Tema 810/STF).

Em sede de adequação aos temas supracitados (artigo 1040, inciso II, do Código de Processo Civil), o v. acórdão de fls. 781/83v., manteve integralmente decisão anterior.

Em razão do julgamento do mérito do RE nº 1.169.289/SC - Tema nº 1.037 do E. Supremo Tribunal Federal, em cumprimento à determinação contida no artigo 1040, inciso II, do Código de Processo Civil, o Exmo. Presidente da Seção de Direito Público, deste E. Tribunal, determinou a devolução dos autos a esta Turma Julgadora (fls. 782/83).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O julgado que motivou a devolução dos autos - RE nº 1.169.289/SC, Tema nº 1037, do E. Supremo Tribunal Federal, assim dispõe:

> *"O enunciado da Súmula Vinculante 17 não foi afetado pela superveniência da Emenda Constitucional 62/2009, de modo que não incidem juros de mora no período de que trata o § 5º do art. 100 da Constituição. Havendo o inadimplemento pelo ente público devedor, a fluência dos juros inicia-se após o 'período de graça'".*

A seu turno, eis o teor da ementa do v. acórdão sob análise (fls. 729):

> *"APELAÇÃO – Desapropriação em fase de execução – Valor da indenização abrangido pelo art. 78, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – Homologação dos cálculos com concordância da Fazenda Pública – Pagamento de nove parcelas, pendente levantamento da décima e última, já depositada em Juízo Posterior impugnação sob fundamento de violação da Lei nº 11.960/09, da súmula vinculante 17, do Supremo Tribunal Federal e inconstitucionalidade dos juros moratórios e compensatórios homologados em sentença – Inocorrência – Impossibilidade de violação da coisa julgada – Prestigio à segurança jurídica – Decisão mantida – Recurso desprovido."* (TJSP; Apelação Cível 0002027-96.1982.8.26.0224; Relator: Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2012; Data de Registro: 18/10/2012).

Da análise do v. acórdão de fls. 728/33, ratificado às fls. 781/83v., verifica-se que a questão referente à fluência de juros de mora no período de que trata o artigo 100, § 5º, Constituição Federal – matéria do julgamento do E. Supremo Tribunal Federal, Tema de Repercussão Geral nº 1037 – , foi debatida e julgada, prestigiando-se, no caso, a coisa julgada, não havendo falar em necessidade de sua adequação.

Cumpre salientar que, enquanto não cumprida integralmente a obrigação, podem as partes, tanto o credor quanto o devedor, reclamar as diferenças que entendam devidas.

Assim, se a execução ainda não foi extinta, pode haver incidente discutindo o critério de atualização monetária e juros de mora utilizados.

Na hipótese em comento, infere-se que a obrigação de pagar foi integralmente cumprida, encerrada a fase executória, de modo que, em prestígio à coisa julgada, fica vedada à parte discutir as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão (art. 5º., inciso XXXVI, da Constituição Federal c.c. arts. 502, 507 e 508, todos do Código de Processo Civil).

Sendo pacífica a jurisprudência desta E. Corte neste sentido:

> ***RETRATAÇÃO – Apelação. Ação de Desapropriação. Execução. Impugnação aos cálculos. Pagamento integral do débito. Acórdão que manteve a sentença que julgou extinta a execução, consoante o dis-***

Acesso ao Sumário

posto no artigo 794, inciso I, do CPC. 1. Título executivo transitado em julgado em novembro de 1975. Impugnação com relação aos cálculos apresentados. Pagamento integral do crédito. Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 17 do STF ao presente caso. Cálculos que foram homologados em novembro de 1975. Precatório relativo ao exercício de 1992, com última parcela que remonta a dezembro de 1996. Necessidade de garantir a coisa julgada. 2. Retorno dos autos para readequação consoante entendimento firmado no REsp nº 1.169.289/SC (Tema nº 1.037/STF) ***– DJE 01.07.2020 que não se aplica à hipótese dos autos, considerando a coisa julgada material, há muito passada. 3. Acórdão que, em juízo de retratação, não altera o entendimento.*** (TJSP; Apelação Cível 0070538-58.1974.8.26.0053; Relator: Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital - UPEFAZ; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 23/06/2022).

APELAÇÃO. Manifestação sobre eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção do v. acórdão proferido por esta colenda 8ª Câmara de Direito Público, observado o decidido nos Temas 132e 1.037 do STF. Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 17. Pagamento extemporâneo ao período requisitorial que autoriza a incidência dos juros moratórios durante o período compreendido entre a expedição do precatório e o efetivo pagamento. Sentença que transitou em julgado antes da vigência da referida Súmula. Obediência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Desnecessidade de retratação. Acórdão mantido. (TJSP; Apelação Cível 0509534-98.1990.8.26.0053; Relator: Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital - UPEFAZ; Data do Julgamento: 22/06/2022; Data de Registro: 22/06/2022).

RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. Juízo de retratação. Código de Processo Civil, artigo 1040, II. Desapropriação. Restituição de diferença de correção monetária e juros de mora por inobservância de Lei 11960/2009, EC 62/2009 e Súmula Vinculante nº 17. Adequação a Supremo Tribunal Federal, Tema 1037. Sem aplicação porque posterior e sem efeito retroativo à condenação transitada em julgado em maio de 1985, com ofício requisitório expedido em 27-06-1985. Eficácia preclusiva da coisa julgada que impede qualquer alteração. Julgamento mantido. (TJSP; Apelação Cível 0000527-29.1981.8.26.0224; Relator: Edson Ferreira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/06/2022; Data de Registro: 20/06/2022).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **desacolhe-se a retratação, com a manutenção do julgado de fls. 728/33, ratificado às fls. 781/83v.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003659-66.2021.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante C.A.R., 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.283)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), ALBERTO GENTIL e ALDEMAR SILVA.

São Paulo, 1º de julho de 2022.

RICARDO GRACCHO, Relator

Ementa: Ausentes os requisitos legais, julga-se improcedente a ação acidentária.

VOTO

Acrescente-se ao relatório da sentença, que a ação acidentária promovida por C.A.R. foi julgada improcedente (fls. 134/139).

Inconformada, apela a trabalhadora buscando a anulação por cerceamento de defesa, com o fim de viabilizar a produção de provas a respeito da concausalidade da doença. No mérito, pede a inversão da decisão por entender que faz jus a concessão do auxílio-doença acidentário no período de 08/10/2020 e 17/02/2021 (fls. 144/152).

Não foi oferecido contra-arrazoado.

É o relatório.

Consigne-se, de plano, que inexiste o alegado cerceamento de defesa, considerando-se inócua a realização de outras provas para formação do Juízo de convencimento, diante do resultado do bem elaborado laudo acostado no processo.

Na realidade, a prova até então colhida trouxe todos os elementos necessários para a apreciação do pedido, tendo o médico nomeado em 1ª Instância se baseado em critérios técnicos e científicos atinentes à hipótese, o que dispensa a reabertura da instrução.

No mais, a apelação não está no caso de ser provida.

A presente ação foi ajuizada na Justiça Federal, a qual se declarou incompetente para o julgamento da causa e remeteu os autos para Justiça Estadual (fls.

Acesso ao Sumário

33/35).

A trabalhadora alega que "contraiu doença profissional adquirida no ambiente de trabalho, pois, devido ao excesso de peso para execução de seu trabalho como auxiliar de expedição, em razão de carregar caixas de peças de até 26 quilos, adquiriu Profusão Discal CID L3, L65, e Abaulamento L5 L1" (fls. 148).

Ficou afastada em razão da doença, tendo recebido auxílio-doença acidentário. Alega que por tempo inferior ao que perdurou sua moléstia.

Todavia, analisando-se as provas produzidas nos autos, especialmente laudo médico (fls. 87/95) e esclarecimentos (fls. 120/122), a conclusão é a de que o caso não comporta a indenização infortunística.

A autora foi diagnosticada com "espondilodiscoartropatia degenerativa da coluna vertebral dorsal e lombar e apresentou quadro de dorsalgia" (fls. 93).

Quanto à incapacidade, verificou-se que "a pericianda possui limitações mínimas nos movimentos da coluna e não há déficit motor nos membros. No momento a requerente está apta para o trabalho que exercia como auxiliar de expedição" (fls. 92).

Embora o *expert* afirme que "baseado na análise dos atestados dos médicos assistentes ficou evidenciado que a doença que causou incapacidade laborativa entre 08/10/2020 e 17/02/2021", ele foi enfático ao concluir que não há **nexo causal ocupacional ou concausa ocupacional.**

A propósito, o perito assinalou que: "A doença na coluna vertebral que a requerente é portadora decorre de processo degenerativo e inflamatório de articulações da coluna vertebral que leva a dor crônica e rigidez articular. É degenerativa e sua evolução mais precoce e mais intensa depende de fatores individuais. exame físico pericial" (fls. 91) e complementou que: "Conforme descrição das atividades laborativas e tarefas que executava, não há enquadramento nas situações em que a literatura médica (medicina ocupacional) considera que o trabalho possa contribuir com uma degeneração mais precoce e mais intensa da coluna vertebral" (fls. 92).

Ressalte-se que não houve impugnação técnica em relação às provas periciais realizadas. Assim, não há elementos de convicção que permitam discordar do quanto apurado em regular perícia judicial.

Como é sabido, a indenização acidentária somente é devida quando estão presentes a incapacidade para o trabalho e o nexo causal entre o mal e o labor.

Logo, ausente um dos requisitos motivadores do benefício pleiteado, era mesmo de rigor a improcedência da ação no âmbito acidentário.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao apelo de C.A.R.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024714-13.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.A.S., é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 8 de julho de 2022.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação anulatória. IPTU. Exercícios de 2016 a 2021. Isenção legal à **aposentados prevista na Lei Municipal n.º 11.614/94. Sentença de improcedência. Hipótese de isenção tributária condicionada ao prévio pedido administrativo. Interpretação restritiva da lei que prevê isenção. Inteligência dos arts. 111 e 179 do CTN. Não comprovação do atendimento ao requisito legal – Sentença mantida. Recurso desprovido.**

VOTO

Apelação (fls. 160/168) em face de sentença (fls.151/154) que julgou improcedente ação anulatória[1], em razão do autor não ter preenchido os requisitos legais à isenção do IPTU por ser aposentado.

A gratuidade da justiça foi deferida ao apelante (fls. 61).

Sucumbente, foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios no importe de R$ 2.000,00.

Alega que eventual ausência de pedido de isenção formulado na esfera administrativa não pode impedir o autor de obter isenção legal do IPTU dos exercícios de 2016 até 2021, conforme Lei Municipal n.º 11.614/94, para seu imóvel.

Pede reforma.

Contrarrazões às págs.128/34.

É o relatório.

1 Valor da causa na data da distribuição (27/04/2021): R$ 890.573,00.

Acesso ao Sumário

O Regimento Interno deste Tribunal estabelece, em seu artigo 252, que, "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Tal entendimento encontra respaldo do Superior Tribunal de Justiça (REsp 265.534/DF, relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 20/11/2003; REsp 641.963/ES, relator Ministro CASTRO MEIRA, j. 08/11/2005; REsp 662272/RS, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04/09/2007, dentre outros).

Assim, como bem anotou o Juízo:

"No mérito a demanda é improcedente.

Com efeito, a isenção do IPTU sobre o único imóvel de aposentado, pensionista, ou beneficiário de renda mensal vitalícia, está disciplinada pela Lei Municipal n.º 11.614/94:

'Art. 1º Fica isento do pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU o imóvel integrante do patrimônio do aposentado ou pensionista, bem como de beneficiário de renda mensal vitalícia paga pelo Instituto Nacional de Seguridade Social e de beneficiário do Programa de Amparo Social ao Idoso, criado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, ou outro programa que venha a substituí-lo, cujo valor venal, na data do fato gerador do imposto, seja igual ou inferior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), na seguinte proporção: (Redação dada pela Lei nº 15.889/2013)

I - 100% (cem por cento), quando o valor bruto recebido pelo interessado for de até 3 (três) salários mínimos;

II - 50% (cinquenta por cento), quando o valor bruto recebido pelo interessado for maior que 3 (três) e até 4 (quatro) salários mínimos;

III - 30% (trinta por cento), quando o valor bruto recebido pelo interessado for maior que 4 (quatro) e até 5 (cinco) salários mínimos.

§ 1º O valor bruto recebido pelo interessado refere-se ao do mês de janeiro do exercício de incidência do IPTU.

§ 2º A importância fixa prevista no «caput» deste artigo será atualizada na forma do disposto no art. 2º da Lei nº 13.105, de 29 de dezembro de 2000.

Art. 2º A isenção de que cuida o art. 1º desta lei dependerá de requerimento, na forma, prazo e condições que dispuser o regulamento, onde o interessado deverá comprovar que:

I - não possui outro imóvel neste Município; (Redação dada pela Lei nº 15.889/2013)

II - utiliza o imóvel como sua residência;

III - recebeu, relativo ao mês de janeiro do exercício de incidência do IPTU, valor bruto de até 5 (cinco) salários mínimos.

Art. 3º A isenção prevista nesta lei não exonera o beneficiário do cumpri-

Acesso ao Sumário

mento das obrigações acessórias a que está sujeito.'

No caso dos autos pleiteia-se a isenção tributária retroativa, visando a anulação dos lançamentos de IPTU/2016 a 2021 incidentes sobre o imóvel SQL 1306700365, sob o fundamento de ser o contribuinte do tributo aposentado.

Em que pese o aparente cumprimento dos requisitos legais para obtenção da isenção tributária, entendo que no caso seria imprescindível a instauração de procedimento administrativo para análise do benefício fiscal. Considerando, pois, que os requisitos devem ser aferidos ao tempo da incidência do tributo, a documentação apresentada nos autos não permite aferir o cumprimento dos requisitos da Lei Municipal nº 11.614/94.

(...)

Por fim, cumpre anotar que a anulação do débito supostamente exigido em duplicidade, suscitada pelo autor, não comporta acolhimento ante a ausência de documentos que tenham comprovado a quitação integral do imposto."

Observo que o art. 111, do CTN dispõe que:

"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

Ademais, nos termos do artigo 176 do Código Tributário Nacional, a isenção é benefício sempre instituído por lei, *stricto sensu*, que estabelece as condições e requisitos para o seu gozo. Vejamos.

"Art. 176. "A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração".

Nesse passo, cuidando-se de isenção destituída de caráter geral, o legislador municipal pode exigir, além das condições materiais, que o interessado formule requerimento junto ao órgão administrativo competente, para o fim, de comprovar o atendimento daquelas condições gerais, como preceitua o Código Tributário Nacional, *ipsis literis*:

"Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão. (...)"

Bem por isso, a Lei Municipal nº 11.614/1994, com alteração dada pela Lei Municipal nº 15.889/2013, trouxe a previsão da isenção tributária, exigindo o preenchimento das condições materiais descritas no artigo 1º.

E o artigo 2º da aludida legislação municipal, exigiu além das condições

Acesso ao Sumário

materiais, que o interessado formulasse requerimento junto ao órgão administrativo competente, para o fim, de comprovar o atendimento daquelas condições gerais.

Na hipótese dos autos, o autor não comprovou que ingressou com o requerimento perante a administração municipal, razão pela qual não faz *jus* à isenção para os exercícios pretendidos, ante o descumprimento da exigência expressa na lei que prevê o benefício.

Nesse quadro, afigura-se correta a improcedência do pedido, mantendo-se a sentença atacada, na íntegra.

Portanto, reporto-me aos fundamentos da sentença recorrida, pois correta e suficiente sua motivação.

Mantida a sentença, estipulo os honorários recursais em R$ 200,00, totalizando R$ 2.200,00, (dois mil e duzentos reais) observada a gratuidade da justiça.

Posto isso, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005347-32.2022.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante IVANDO MARCOS BOTELHO, é apelado MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 14 de julho de 2022.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Apelação cível – Concurso público – Nomeação e posse – Convocação de candidato por publicação em imprensa oficial e e-mail constante do cadastro – Princípio da publicidade observado – Esgotamento dos meios de tornar pública a convocação – Alteração cadastral não comprovada – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação cível manejada por Ivando Marcos Botelho nos autos de mandado de segurança impetrado contra ato do Prefeito de Araçatuba, os quais tramitaram perante a Vara de Fazenda Pública daquela Comarca, cuja ordem foi **denegada**, deixando de reconhecer qualquer ilegalidade na comunicação do impetrante acerca da nomeação em concurso público.

Vindica a parte apelante a desconstituição do r. julgado, com vistas à procedência do pedido para reconhecer o direito à vaga. Alega que a comunicação da nomeação foi publicada em jornal oficial, contudo, não tomou ciência de sua nomeação, pois não teria condições de acompanhar as publicações. Sustenta que referida comunicação deveria se dar também por outros meios, não bastando a mera publicação em jornal oficial. Alega que a parte apelada realizou a comunicação a um e-mail desatualizado.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado (fls. 136/143).

Tal, em abreviado, o relatório.

Dessume-se dos autos, conforme relatado na origem, que "*Ivando Marcos Botelho ajuizou o presente mandado de segurança em face de Prefeito de Araçatuba alegando, em síntese, que logrou êxito em concurso municipal para o cargo de Guarda Municipal. Sem ter condições de acompanhar a publicação oficial todos os dias, durante tanto tempo, não teve ciência de sua nomeação, não comparecendo para a posse. Teve seu direito líquido violado, pois deveria a administração proceder a todas as tentativas para sua notificação, não bastando simples publicação em jornal oficial. A conduta da Administração Pública deve ser considerada fora dos estritos limites da razoabilidade do ato administrativo. Pede seja deferida a tutela antecipada para assegurar sua posse*." (fls. 109).

Com efeito, o edital estabeleceu que "é de inteira responsabilidade do candidato, acompanhar as publicações de todos os atos, editais e comunicados referentes a este Concurso Público, que venham a ser feitas no Jornal O Liberal Regional de Araçatuba, disponibilizado como subsídio nos sites da Prefeitura Municipal de Araçatuba ***(endereço eletrônico constante no texto original) e da Fundação VUNESP (endereço eletrônico constante no texto original), não sendo aceita a alegação de desconhecimento das normas do certame***." (fls. 44).

Portanto, as comunicações também poderiam ser acessadas nos sites da Prefeitura de Araçatuba e da Fundação VUNESP, de modo que em caso de dificuldades de acesso ao jornal, deveria o impetrante, principal interessado, ser diligente e acompanhar as comunicações nos sites supracitados.

Consabido, a "*publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os omitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante*

Acesso ao Sumário

as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato, é requisito de eficácia e moralidade (...).

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral (...)"[1] .

Cumpre observar que a publicidade deve ser ampla, mormente em se tratando de concurso público, para que atinja todos os afetados. Ainda, não basta a simples publicação para atender ao princípio da *publicidade*, é preciso tomar as medidas necessárias para não afrontar a *moralidade*, a *razoabilidade* e a *efetividade*.

Contudo, compulsando os autos, se verifica em mensagem eletrônica acostada às fls. 84 que **a Municipalidade comunicou o impetrante acerca da nomeação via e-mail cadastrado no ato da inscrição**, conforme espelho de formulário inscrição acostado às fls. 23/24.

Embora o apelante alegue que referido endereço eletrônico estaria desatualizado, deixou de trazer aos autos o **protocolo de alteração de cadastro enviado** pela VUNESP ao novo e-mail, a fim de comprovar o dia e horário de alteração cadastral. Ora, a alteração do e-mail pode ter ocorrido após a comunicação de fls. 84, de modo que não haveria de se falar em suposta comunicação ao "e-mail desatualizado".

Temos que a certeza e a liquidez do direito tido por violado delineiam-se como conceito de ordem estritamente processual, havendo por ser comprovado por prova pré-constituída. Sendo assim, uma vez constatada a falta de certeza e liquidez do direito pleiteado em sede de mandado de segurança, como é o caso dos autos, impossível outra acepção que não a denegação da ordem.

Ante o exposto, considerando que a Municipalidade esgotou os meios de tornar pública a convocação, e que o impetrante não comprovou a alteração cadastral em momento anterior à comunicação realizada via e-mail, de rigor a mantença do r. julgado.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento serão realizados por meio de sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, por meu voto, **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1045505-71.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABRÍCIO

1 Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. p.93/94.

NOGUEIRA DE BARROS, é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.868)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 20 de julho de 2022.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Pensão por morte – Filho de servidor público estadual, falecido em 2013 – Autor interdito em razão de Retardo Mental grave e irreversível (CID 10 F 72-1) – Pensão por morte inicialmente instituída em favor da genitora, curadora do autor e falecida em 2018 – Requerimento do benefício após o óbito da genitora – Indeferimento por ausência de comprovação da dependência econômica em relação ao instituidor da pensão – Sentença de parcial procedência, determinando o pagamento a partir da data do requerimento administrativo – Insurgência do autor postulando o pagamento a partir do falecimento do servidor – Impossibilidade – Fixação da data inicial de pagamento que não decorre da prescrição, mas da determinação art. 148 da Lei Complementar nº 180/78 e do art. 18, § 1º, do Decreto nº 52.859/2008, os quais disciplinam que o pagamento do benefício retroage à data do óbito apenas se requerido no prazo de 60 dias – Ainda que se correlacione a fixação da data inicial de pagamento com a prescrição, a r. sentença não merece reparo, uma vez que o prazo começaria a correr a partir da vigência da Lei nº 13.146/2015, que modificou o art. 3º do Código Civil – Ausência de prejuízo, uma vez que o autor residia com sua genitora e dela dependia financeiramente, tendo se beneficiado com a pensão por ela recebida integralmente – Sentença de parcial procedência mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por FABRÍCIO NOGUEIRA

Acesso ao Sumário

DE BARROS, representado por seu curador, Sr. José Maria Nogueira de Barros Júnior, em face da SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV. O autor narra que é filho do ex-servidor José Maria Nogueira de Barros, de quem dependia financeiramente, visto que é portador de Retardo Mental grave e irreversível (CID 10 F 72-1), bem como que, em 15.06.2018, apresentou à SPPREV pedido de pensão por morte, o qual foi indeferido.

O autor alega que o benefício é devido, por força do artigo 16, inciso I, combinado com o artigo 74, *caput*, ambos da Lei nº 8.213/91, desde a data do óbito do seu genitor, visto que é incapaz e dele dependia economicamente.

A decisão de fls. 48/51 deferiu a tutela antecipada postulada. A ré interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (fls. 172/177).

A ré apresentou contestação às fls. 56/61.

Foi realizada perícia médica pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo - IMESC, cujo laudo foi acostado às fls. 312/314.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofertou parecer opinando pela parcial procedência dos pedidos (fls. 335/339).

A ação foi julgada parcialmente procedente, nos seguintes termos (fls. 344/345):

(...)

A ação procede parcialmente.

Com efeito, a documentação juntada com a inicial prova que o autor vivia como dependente da falecida pensionista em razão de possuir doença mental grave desde o nascimento que o impossibilita de obter o próprio sustento, sendo inclusive interditado judicialmente, o que também foi constatado na perícia realizada pelo IMESC no laudo realizado nestes autos, havendo, assim, evidente dependência econômica.

Em relação ao pagamento de valores em atraso desde o requerimento administrativo, já que realizado após 60 dias após o óbito, incidirá correção monetária pelo IPCA-e desde cada pagamento devido e juros da poupança desde a citação.

Ante o exposto, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação e DETERMINO que a ré institua em favor do autor pensão por morte desde a data do óbito da pensionista e CONDENO a ré a pagar eventuais valores atrasados acrescidos de correção monetária pelo IPCA-e e juros da poupança desde a data do requerimento administrativo.

Arcará a ré com as despesas processuais e com os honorários da parte contrária que fixo em 10% do valor atualizado da causa pelo IPCA-e desde o ajuizamento.

Acesso ao Sumário

P.R.I.

Apelou o autor (fls. 348/351), pretendendo a reforma da r. sentença, a fim de que a pensão por morte seja concedida desse o falecimento do seu genitor, em 21.12.2013.

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 353/358).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou- se pelo desprovimento do recurso (fls. 379/384).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

Extrai-se dos autos que o Sr. José Maria Nogueira Barros, servidor público estadual aposentado, faleceu em 21.10.2013 (fl. 21), razão pela qual foi concedida pensão por morte à beneficiária do ex-servidor, Sra. Laura Regina da Costa Barros, na qualidade de viúva, consignando-se que o pagamento deveria retroagir à data do óbito (fl. 38).

Ocorre que, após o falecimento da Sra. Laura, em 12.03.2018 (fl. 22), o benefício de pensão por morte foi extinto (fl. 17). O autor, que é portador de Retardo Mental grave e irreversível, passou a ser curatelado por seu irmão, Sr. José Maria Nogueira de Barros Júnior (fls. 36/40 e 46), e requereu o benefício de pensão por morte junto à SPPREV em 19.06.2018, conforme documentos de fls. 11/15.

O pedido, todavia, foi indeferido pela ré, em razão da ausência de comprovação da dependência econômica do autor para com o ex-servidor, à época do óbito (fls. 31).

Pois bem.

De início, observo que os dispositivos legais mencionados pelo autor na exordial (artigos 16, inciso I e 74, *caput*, da Lei nº 8.213/1991) não são aplicáveis ao caso concreto, uma vez que dizem respeito aos benefícios previdenciários concedidos pelo Regime Geral da Previdência Social.

Com efeito, em se tratando de pensão por morte de ex-servidor público estadual, o diploma legal de regência da matéria, aplicável à época do falecimento do servidor, era a Lei Complementar Estadual n.º 180/1978, que, com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 1.012/2007, assim dispunha em seu artigo 147:

Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão:

I - o cônjuge ou o companheiro ou a companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;

II - o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafe-

tiva;

III - ***os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na Legislação do Regime Geral de Previdência Social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, estes dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor****;*

IV - os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I, II ou III deste artigo, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º - O enteado e o menor tutelado equiparam- se ao filho desde que comprovadamente vivam *sob dependência econômica do servidor.*

§ 2º - ***A pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou a incapacidade.***

§ 3º - Mediante declaração escrita do servidor, os dependentes a que se refere o inciso IV deste artigo poderão *concorrer em igualdade de condições com os demais.*

§ 4º - ***A invalidez ou a incapacidade supervenientes à morte do servidor não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício.***

§ 5º - ***A comprovação de dependência econômica dos dependentes enumerados na segunda parte do inciso III, no inciso IV e no § 1° deste artigo deverá ter como base à data do óbito do servidor e ser feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em norma regulamentar.***

§ 6º - Na falta de decisão judicial com trânsito em julgado reconhecendo a união estável, o companheiro ou companheira deverá comprová-la conforme estabelecido em norma regulamentar.

Nessa esteira, embora o pedido tenha sido fundamentado em norma inaplicável ao caso, é certo que a concessão do benefício permanece condicionada à comprovação de incapacidade civil e dependência econômica.

Acesso ao Sumário

Quanto à incapacidade do autor, foi realizada perícia médica, cujo laudo concluiu (fls. 314):

O autor é portador de Retardo Mental grave e irreversível CID 10 F 72-1 e não tem capacidade de trabalho para conseguir seu próprio sustento.

A conclusão do *expert* confirma o documento de fl. 19, subscrito por profissional médico do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, que atesta que o autor é portador de Retardo mental grave desde o nascimento, requerendo vigilância e tratamento, bem como que é "*Totalmente incapacitado mental/para o trabalho e para os atos da vida civil*".

A despeito da dependência econômica, a declaração de fl. 18 indica que o

autor constava como dependente do ex-servidor no cadastro do IAMSPE, até a data do falecimento do contribuinte.

Ademais, não se pode ignorar a circunstância fática da questão em análise. A Sra. Laura, qualificada como "do lar", requereu a interdição do autor, o que foi deferido pelo Juízo nos autos do processo nº 128/2000, nomeando-a para o cargo de Curadora Definitiva, conforme sentença datada de 23.08.2002.

Note-se, portanto, que desde 2002, quando o autor possuía 23 anos de idade, a sua incapacidade para os atos da vida civil foi reconhecida, sendo certo que permaneceu dependente de seus genitores, com quem residia.

Nos autos do processo nº 1000430-53.2018.8.26.0470, que tratou da transferência de curatela para o irmão do autor, foi realizado Estudo Social, cujo parecer (fls. 57/58) dispôs:

"*Em visita a família em 08 de outubro de 2018, fomos recebidas pelo requerente que em entrevista nos relata que seu irmão Fabrício morava com a genitora de ambos, que era a responsável legal por seu irmão, cuja interdição foi proferida em 2002 por sérios problemas de saúde de Fabricio (CID 10- F 71) (...)*".

Trata-se, portanto, de pessoa com deficiência que, em razão de sua condição, sempre dependeu de sua família, inclusive financeiramente, razão pela qual entendo que a concessão do benefício era mesmo de rigor.

Acerca do tema, merece destaque trecho do Parecer ofertado pelo Ministério Público (fl. 338):

Quanto à dependência econômica, anoto, em primeiro, que o rol dos documentos do artigo 21, do Decreto Estadual nº 52.859/08, não é taxativo, de modo que a parte autora pode comprovar a supracitada dependência por meio de outros meios probatórios (TJSP; Apelação Cível 1000249- 76.2016.8.26.0323; Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Lorena - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2019; Data de Registro: 31/10/2019).

De todo modo, nos termos do incido VII do artigo 21, do referido decreto, foi apresentada inscrição em instituição de assistência médica do interessado como beneficiário (fl. 18).

Ademais, o quadro incapacitante do autor remonta ao seu nascimento, evidenciando a sua dependência perante seus genitores, inclusive diante do dever de alimentos (artigo 1.694, CC).

Ressalte-se, ainda, que nem sequer houve interposição de recurso por parte da requerida.

O objeto do recurso, na realidade, é o termo inicial da concessão do benefício, uma vez que o autor sustenta que ele é devido desde a data do óbito do

Acesso ao Sumário

ex-servidor, enquanto a sentença determinou a instituição da pensão por morte desde a data do óbito da pensionista, genitora do autor, com o pagamento dos valores atrasados desde a data do requerimento administrativo.

Com efeito, a redação do artigo 148 da Lei Complementar nº 180/78, vigente à época, estabelecia:

*Artigo 148 - **Com a morte do servidor a pensão será paga aos dependentes, mediante rateio, em partes iguais.***

§ 1º - O valor da pensão será calculado de acordo com a regra prevista no "caput" do artigo 144 desta lei complementar, procedendo-se, posteriormente, à divisão do benefício em quotas, nos termos deste artigo.

§ 2º - O pagamento do benefício retroagirá à data do óbito, quando requerido em até 60 (sessenta) dias depois deste.

§ 3º - O pagamento do benefício será feito a partir da data do requerimento, quando ultrapassado o prazo previsto no § 2º deste artigo.

§ 4º - A pensão será concedida ao dependente que primeiro vier requerê-la, admitindo-se novas inclusões a qualquer tempo, as quais produzirão efeitos financeiros a partir da data em que forem requeridas, nos termos dos parágrafos 2º e 3º deste artigo.

§ 5º - A perda da qualidade de dependente pelo pensionista implica na extinção de sua quota de pensão, admitida a reversão da respectiva quota somente de filhos para cônjuge ou companheiro ou companheira e destes para aqueles.

§ 6º - Com a extinção da última quota de pensão, extingue-se o benefício.

Portanto, o pagamento do benefício somente retroage à data do óbito do instituidor, quando requerido dentro do prazo de 60 (sessenta) dias.

Na hipótese em tela, o requerimento administrativo do autor se deu após sessenta dias contados tanto do óbito do instituidor do benefício, quanto do óbito de sua genitora, razão pela qual se aplica o disposto no § 3º do mencionado artigo 148.

Acesso ao Sumário

Observo que a alegação do autor no sentido de que não corre prescrição contra incapazes não é suficiente para modificar a r. sentença. Isso porque, a princípio, a fixação da data inicial de pagamento não decorre da prescrição, mas no que dispunha a Lei Complementar nº 180/78, bem como da determinação trazida pelo artigo 18, § 1º, do Decreto nº 52.859/2008.

No entanto, ainda que se relacione a fixação da data de inicial do pagamento com a prescrição, observo que o Código Civil de 2002 determina em seu art. 198 que "*também não corre a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º*", hipótese que até o início da vigência da Lei nº 13.146/15 incluiu "*os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discer-*

nimento para a prática desses atos". A previsão de inocorrência de prescrição contra os incapazes em decorrência de deficiência mental já existia no art. 169, c.c. art. 5º, do Código Civil de 1916.

Com a alteração do Código Civil promovida pela Lei nº 13.146/15, entretanto, embora o texto do art. 198 permaneça inalterado, a referência aos "*incapazes de que trata o art. 3º*" agora diz respeito tão somente aos menores de dezesseis anos de idade, não mais incluindo os deficientes mentais. Desta forma, a situação do autor não está mais abrangida pela hipótese de suspensão da prescrição, mas a contagem do prazo deve se dar apenas a partir de 02.01.2016, data de vigência da Lei nº 13.146/15.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara de Direito Público:

Pensão por morte – Pretensão de reversão de cota-parte entre netos do instituidor; Prescrição – Autora interdita em razão de deficiência mental congênita – Início da contagem do prazo prescricional com a vigência da Lei nº 13.146/15, que modificou o art. 3º do Código Civil – Ação ajuizada em julho de 2020 – Preliminar de prescrição afastada; Mérito – Possibilidade de reversão independentemente da qualidade dos beneficiários – O C. Órgão Especial reconheceu a inconstitucionalidade do art. 148, §5º, da Lei Complementar nº 180/78, admitindo a possibilidade de reversão para além das hipóteses previstas – Observância da unicidade da pensão conforme previsão do art. 40, § 7º da Constituição Federal, na redação que tinha à época da configuração do direito – Procedência da ação que se impõe – Sentença mantida – Recurso oficial e voluntário desprovidos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1033970-14.2020.8.26.0053; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/01/2022; Data de Registro: 31/01/2022).

Logo, o autor não mais se enquadra como incapaz desde a vigência da Lei nº 13.146/2015.

Destaca-se, por fim, que com o óbito do ex-servidor, o requerimento para o pagamento da pensão por morte foi realizado indicando a Sra. Laura como única beneficiária, conforme requisição de fl. 73, razão pela qual o benefício lhe foi concedido integralmente.

Não se pode ignorar, todavia, que o autor se beneficiou da pensão por morte recebida por sua genitora, uma vez que com ela residia e dela dependia em diversos aspectos, inclusive financeiramente. Nessa esteira, ainda que se reconhecesse o direito ao benefício desde o óbito do servidor, seria de rigor a compensação dos valores recebidos a tal título pela viúva, genitora e curadora do autor. Isso porque, embora o filho fosse beneficiário de 50% da pensão e a mãe da outra cota parte, os valores, na prática, seriam integralmente percebidos pela genitora, tal como o foi, diante da ausência de habilitação do filho, inexis-

Acesso ao Sumário

tindo qualquer prejuízo à parte incapaz.

À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001264-50.2015.8.26.0059, da Comarca de Bananal, em que são apelantes DAVID LUIZ AMARAL DE MORAIS e ELAINE APARECIDA DE OLIVEIRA MAIA, são apelados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE BANANAL.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.465)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente), LEONEL COSTA e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 11 de julho de 2022.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Desvio de repasses de Convênios com o Governo do Estado de São Paulo – CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência – Provas documentais suficientes – Dever do magistrado de zelar pelo tempo e custo do processo – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992 AOS PREFEITOS – Possibilidade – Tema nº 576 do STF RE nº 976.566 – Preliminares rejeitadas – Desvio de verbas reconhecido nos autos – Valores retirados das contas bancárias dos convênios e depositados em outras contas do Município, sem relação como objeto do pacto firmado entre os entes federativos – Violação ao artigo 116 da Lei nº 8.666/1993 – Dolo presente – Ciência da conduta, com propósito deliberado de realizá-la – Ordens manifestamente ilegais que não podem ser cumpridas por Secretária Municipal – Multa

Acesso ao Sumário

do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992 – Constitucionalidade – Art. 37, § 4º, da CF não apresenta rol taxativo de punições – Sanção em conformidade com a proteção dos princípios administrativos previstos no *caput* do artigo 37 da CF – Sentença de parcial procedência mantida – Apelações não providas.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação (fls. 2976/3000 e 3014/3022) tempestivamente interpostos por David Luiz Amaral de Morais e por Elaine Aparecida de Oliveira Maia contra a r. sentença de fls. 2963/2970, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em ação civil pública por improbidade administrativa, para condenar os apelantes nos termos que se seguem:

Ante o exposto, na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS para:

1 – CONDENAR o requerido David Luiz Amaral de Morais, às seguintes sanções descritas no art. 12, II, a saber: 1 – ressarcimento integral do dano, no valor de R$ 1.342.727,17 (um milhão, trezentos e quarenta e dois mil, setecentos e vinte e sete reais e dezessete centavos); 2 – suspensão de direitos políticos pelo período de 6 (seis) anos; 3 – multa civil no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais); e 4 – proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou inventivos pelo prazo de 5 (cinco) anos, pela prática do ato de improbidade administrativa descrito no 10, incisos VI e XI da Lei8.429/92;

2 – CONDENAR a requerida Elaine Aparecida de Oliveira Maia às seguintes sanções descritas no art. 12, III, a saber: ressarcimento integral do dano, no valor de R$1.342.727,17 (um milhão, trezentos e quarenta e dois mil, setecentos e vinte e sete reais e dezessete centavos); 2 – suspensão de direitos políticos pelo período de 4 (quatro)anos; 3 – multa civil no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); e 4 – proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou inventivos pelo prazo de 3 (três)anos, pela prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, caput, da Lei 8.429/92.

David Luiz Amaral de Morais apresentou apelo a fls. 2976/3000 em que requereu a concessão da gratuidade judiciária. Defendeu a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa contra prefeitos e sustentou a inexistência de ato improbo, uma vez que não houve prejuízo ao erário, nem má-fé e tampouco dolo de as parte. Por fim, argui a inconstitucionalidade da pena de multa prevista na Lei nº 8.429/1992.

Recurso da também ré Elaine Aparecida de Oliveira Maia em que argui preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que não pode produzir prova

Acesso ao Sumário

pericial acerca dos depósitos realizados e as verbas recebidas pelos convênios com o Estado de São Paulo. No mérito, alega que não há prova de que tenha cometido ato improbo, pois os valores recebidos continuaram revertidos em favor da Administração, sem que tenha ocorrido qualquer vantagem para si ou para terceiros. Com isso, afirma ser inaplicáveis as previsões do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

Contrarrazões às fls. 3024/3067.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls. 3072/3083).

A fls. 3085/3086 foi deferida a gratuidade ao apelante David Luiz e abriu-se oportunidade para que a apelante Elaine justificasse a tempestividade de seu recurso, o que foi feito em petição a fls. 3093/3094.

É o relatório.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa em face de David Luiz Amaral Morais e Elaine Aparecida de Oliveira Maia, respectivamente Prefeito Municipal e Secretária Municipal de Finanças de Bananal. A petição inicial narra que os réus fizeram aplicações irregulares de verbas recebidas por via de convênios com o Estado de São Paulo para o desenvolvimento da Estância Turística de Bananal.

O *parquet* requereu a procedência da ação, para *a) condenar os requeridos a ressarcirem os cafres públicos no valor total de R$ 1.342.727,17 (um milhão trezentos e quarenta e dois mil setecentos e vinte e sete reais e dezessete centavos), com juros e correção monetária desde a época do desembolso; b) reconhecer os atos de improbidade administrativa praticados pelos demandados e, por consequência, condená-los nas penas do artigo 12, inciso II e III da Lei nº 8249, de 02 de junho de 1992; c) condenar os demandados ao pagamento das custas processuais e demais cominações legais.*

Processado o feito, os réus foram condenados nos termos do dispositivo que segue abaixo:

> *Ante o exposto, na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS para:*
>
> *1 – CONDENAR o requerido David Luiz Amaral de Morais, às seguintes sanções descritas no art. 12, II, a saber: 1 – ressarcimento integral do dano, no valor de R$1.342.727,17 (um milhão, trezentos e quarenta e dois mil, setecentos e vinte e sete reais e dezessete centavos); 2 suspensão de direitos políticos pelo período de 6 (seis) anos; 3 – multa civil no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais); e 4 – proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou inventivos pelo prazo de 5 (cinco) anos, pela prática do ato de improbidade administrativa descrito no 10, incisos VI e XI da Lei8.429/92;*
>
> *2 – CONDENAR a requerida Elaine Aparecida de Oliveira Maia às se-*

Acesso ao Sumário

guintes sanções descritas no art. 12, III, a saber: ressarcimento integral do dano, no valor de R$1.342.727,17 (um milhão, trezentos e quarenta e dois mil, setecentos e vinte e sete reais e dezessete centavos); 2 – suspensão de direitos políticos pelo período de 4 (quatro)anos; 3 – multa civil no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); e 4 – proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou inventivos pelo prazo de 3 (três)anos, pela prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, caput, da Lei 8.429/92.

Ante a sucumbência majoritária, condeno os réus às custas *processuais. Sem honorários de advogado ante a natureza jurídica da parte autora.* (fls. 2970/2970v).

Recorrem ambos, sem razão.

De início afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

O artigo 370 do Código de Processo Civil prevê o magistrado como o destinatário da prova.[1] Deste modo, cabe ao julgador avaliar a necessidade ou não de produção de determinada prova.

No caso dos autos, a prova documental se mostrou suficiente para o convencimento do magistrado de primeira instância e não há no recurso da apelante apresentação de dúvida que ponha em cheque a veracidade dos documentos sobre os quais se fundou a sentença.

De acordo com o apelo, houve pedido de *prova técnica pericial contábil, para no mínimo, ao Juízo, se certificar que tais valores correspondiam com as alegações do Apelado*. Como se vê, não há tentativa de contrariar a prova documental, mas apenas de certificar- se a respeito dela.

Assim, agiu bem o magistrado ao impedir a produção de uma prova que prolongaria o tempo e aumentaria os custos do processo, causando morosidade que contraria a previsão constitucional de duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Por fim, é de se destacar que o feito foi saneado a fls. 2819/2820, oportunidade em que a prova foi indeferida e não houve impugnação – que seria por via recursal – naquela oportunidade.

O apelante David Luiz, Prefeito de Bananal ao tempo dos fatos, sustenta a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 aos atos praticados pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, a quem já se aplicam as penalidades do Decreto Lei nº 201/1967.

O Tema nº 576 do Supremo Tribunal Federal resolve a questão ao firmar a tese segunda a qual *o processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por*

1 Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Acesso ao Sumário

atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias.

A conclusão do Pretório Excelso adveio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 976.566, assim ementado:

> *Ementa: CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. 1. "Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime" (MARCO TÚLIO CÍCERO. Manual do candidato às eleições. As leis, III, XIV, 32). 2. A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores. 4. Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa. 5. NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL: "O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias"* (STF, RE nº 976.566, Tribunal Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, j. 13/09/2019).

Rejeitadas as teses preliminares, passo ao mérito.

A questão gira em torno de verbas recebidas do Governo do Estado de São Paulo e que foram, conforme se apurou em Inquéritos Civis, utilizadas para fins diversos.

Acesso ao Sumário

O Convênio nº 081/2011 transferiu recursos, no valor de R$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais – fls. 41/46), para a revitalização urbana no passeio público das Avenidas Álvaro Moreira Ramos e Pelegrino Sciotta. Porém, verificou-se que houve depósitos para contas de convênios diversos: R$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais – fls. 21 e 24); R$ 39.129,69 (trinta e nove mil e cento e vinte nove reais e sessenta e nove centavos – fls. 22); R$ 19.249,03 (dezenove mil e duzentos e quarenta e nove reais e três centavos – fls. 22 e 26); R$ 21.650,94 (vinte e um mil e seiscentos e cinquenta reais e noventa e quatro centavos – fls. 22 e 27/28).

O total de desvios foi de R$ 109.029,66 (cento e nove mil e vinte e nove reais e sessenta e seis reais), dos quais se descontam R$ 22.804,00 (vinte e dois mil oitocentos e quatro reais) devolvidos à conta bancária do Convênio nº 081/2011, conforme comprovado a fls. 11. Assim, do Convênio nº 081/2011 foram desviados R$ 86.225,66 (oitenta e seis mil duzentos e vinte e cinco reais e sessenta e seis centavos.

Já no Convênio nº 738/2012, firmado com vistas às obras de infraestrutura das vielas 01, 02 e 03 do Morro do Irineu, foi destinado ao Município de Bananal a quantia de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais – fls. 523/529). Deste valor, R$ 23.339,90 (vinte e três mil trezentos e trinta e nove reais e noventa centavos) foram depositados indevidamente na conta bancária vinculada ao Fundo de Participação dos Municípios (fls. 511).

Seguindo na análise dos Convênios, têm-se o de nº 100/2012, cujo objetivo era o repasse de R$ 1.925.699,80 (um milhão e novecentos e vinte e cinco mil e seiscentos e noventa e nove reais e oitenta centavos – fls. 813/836) para a realização de obras de infraestrutura envolvendo, dentre outros, reparos em guias e sarjetas, calçamento e drenagem de águas pluviais. Novamente houve desvio para o Fundo de Participação dos Municípios, de R$ 137.559,47 (cento e trinta e sete mil quinhentos e cinquenta e nove reais e quarenta e sete centavos – fls. 809 e 812), R$ 63.291,00 (sessenta e três mil e duzentos e noventa e um reais – fls. 810 e 818) e R$ 93.000,00 (noventa e três mil reais – fls. 810 e 819). Também houve depósitos em conta de convênio diverso: R$ 273.406,81 (duzentos e setenta e três mil e quatrocentos e seis reais e oitenta e um centavos – fls. 809 e 859) e R$ 11.000,00 (onze mil reais – fls. 809 e 862).

O total de desvios do Convênio 100/2012 foi de R$ 578.257,28 (quinhentos e setenta e oito mil e duzentos e cinquenta e sete reais e vinte e oito centavos).

O Convênio nº 112/2011 foi firmado para transferência de R$ 900.000,00 (novecentos mil reais – fls. 1075/1080) para a execução de obras e pavimentação. Mais uma vez foram identificados depósitos na conta bancária vinculada ao Fundo de Participação dos Municípios. Foram quatro depósitos, nos valores de

Acesso ao Sumário

R$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais – fls. 1045 e 1048), R$ 142.000,00 (cento e quarenta e dois mil reais – fls. 1046), R$ 167.251,97 (cento e sessenta e sete mil e duzentos e cinquenta e um reais e noventa e sete centavos – fls. 1047) e R$ 128.000,00 (cento e vinte e oito mil reais – fls. 1048). Posteriormente houve a devolução para a conta do Convênio 112/2011 de R$ 551.000,51 (quinhentos e cinquenta e um mil reais e cinquenta e um centavos – fls. 1038), o que resulta num prejuízo de R$ 146.251,46 (cento e quarenta e seis mil duzentos e cinquenta e um reais e quarenta e seis centavos).

O Convênio nº 095/2011 teve por objetivo o repasse de R$ 247.565,22 (duzentos e quarenta e sete mil quinhentos e sessenta e cinco reais e vinte e dois centavos – fls. 1399/1404) para revitalização do passeio público da Avenida João Godoy de Macedo. Neste caso, foram feitos dois depósitos na conta vinculada ao Fundo de Participação dos Municípios, um de R$ 108.550,00 (cento e oito mil e quinhentos e cinquenta reais – fls. 1377) e outro de R$ 19.439,99 (dezenove mil e quatrocentos e trinta e nove reais e noventa e nove centavos – fls. 1379), além de um depósito na conta bancária vinculada ao recebimento de ICMS pelo Município de Bananal, no valor de R$ 26.784,50 (vinte e seis mil setecentos e oitenta e quatro reais e cinquenta centavos – fls. 1378).

Também aqui ocorreu a devolução de parte do total desviado. Tendo os administradores reposto R$ 11.000,00 (onze mil reais – fls. 1370) à conta do Convênio nº 095/2011, contabiliza-se desvio total de R$ 143.774,49 (cento e quarenta e três mil e setecentos e setenta e quatro reais e quarenta e nove centavos).

O penúltimo Convênio objeto deste julgamento, o de nº 021/2011 foi firmado para a revitalização do passeio público das ruas Manoel de Aguiar e Presidente Washington Luiz, com valor de R$ 265.597,12 (duzentos e sessenta e cinco mil e quinhentos e noventa e sete reais e doze centavos – fls. 2001/2006). Mais uma vez, a conta do Fundo de Participação dos Municípios foi utilizada para desviar R$ 162.200,00 (cento e sessenta e dois mil e duzentos reais – fls. 1977 e 1983).

Acesso ao Sumário

Com a devolução de R$ 55.118,61 (cinquenta e cinco mil e cento e dezoito reais e sessenta e um centavos – fls. 1966), o Convênio nº 021/2011 foi desfalcado em R$ 107.081,39 (cento e sete mil e oitenta e um reais e trinta e nove centavos).

O Convênio nº 124/2010, derradeiro na sequência de documentos juntados aos autos, de – fls. 2377/2382 tinha como escopo a reforma e restauração do imóvel da Santa Casa de Misericórdia de Bananal, com valor de repasse estadual de R$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais), dos quais R$ 252.000,00 foram destinados mediante adiamento nos termos do Convênio à revitalização de vias públicas.

Deste valor, R$ 26.710,99 (vinte e seis mil e setecentos e dez reais e noventa e nove centavos – fls. 2453) foram transferidos para conta de outro convênio e R$ 156.536,00 (cento e cinquenta e seis mil e quinhentos e trinta e seis reais – fls. 2459) e R$ 74.550,00 (setenta e quatro mil e quinhentos e cinquenta reais – fls. 2384) foram depositados na conta do Fundo de Participação dos Municípios. Houve, assim, irregularidade na transferência de R$ 257.796,99 (duzentos e cinquenta e sete mil e setecentos e noventa e seis reais e noventa e nove centavos).

O artigo 116 da Lei nº 8.666/1993 apresenta algumas regras a respeito dos convênios públicos:

> *Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*
>
> § 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:
>
> *I - identificação do objeto a ser executado;*
>
> *II - metas a serem atingidas;*
>
> *III - etapas ou fases de execução;*
>
> *IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;*
>
> *V - cronograma de desembolso;*
>
> *VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;*
>
> *VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.*
>
> § 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.
>
> § 3º As ***parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado****, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas* ***ficarão retidas*** *até o saneamento das impropriedades ocorrentes:*
>
> *I - quando* ***não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida****, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;*
>
> *II - quando* ***verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos****, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programa-*

Acesso ao Sumário

das, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, *sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.* [grifo nosso]

Como visto acima, na descrição das condutas dos apelantes, houve reiterado descumprimento das regras supracitadas.

A douta Procuradoria descreve com clareza as condutas e o dolo dos agentes:

Em relação ao ex-prefeito, consta que este era o responsável por autorizar a transferência do dinheiro, fato que vem comprovado pelos documentos de fls. 192/196; 264; 298/301; 385; 432/434; 563/564, bem como pelo testemunho de Edson Vieira (transito na r. sentença) o qual afirma que "(...) a transferência era a mando do prefeito; que, inclusive, o prefeito tinha que assinar um documento de autorização para transferir." (fls. 2.969).

Nítido, pois, o dolo do recorrente que consciente e voluntariamente determinou a retirada de recursos de conta específica, depositando-o em outras contas bancárias para quitar despesas não relacionadas com os convênios.

Inclusive, a restituição de parte dos confirma que o apelante sabia da ilicitude do comportamento, tentando compensar a irregularidade ao de-

Acesso ao Sumário

volver parcela dos recursos.

Quanto a ex-secretária municipal, tem-se que esta realizava via mão própria as respectivas movimentações conforme também salientado no depoimento de testemunhas. Nesse sentido, Rubem César Amaral de Morais afirmou: "que pedia cópia do extrato bancário para Elaine ou algum funcionário do setor; que Elaine era secretária de finanças na época; que as movimentações bancárias eram feitas por Elaine; que não sabe se o prefeito na época – David – ou outra pessoa possuía senha bancária para movimentação de contas;" (fls. 2.968) (fls. 3080/3081).

A apelante Elaine não pode alegar o estrito cumprimento de ordens, dada a manifesta ilegalidade da conduta e a reiteração das transações, retiradas e devoluções.

Por fim, o fato de as verbas terem sido aplicadas para a própria Municipalidade e não em proveito dos réus ou de terceiros não remove a ilegalidade da conduta, que se manifesta pela aplicação dos repasses para fins outros que não os descritos nos respectivos Convênios. Por outro lado, houve prejuízo ao patrimônio público, uma vez que os débitos dos convênios ficaram sem fundos para serem quitados.

Quanto à inconstitucionalidade da multa, não há melhor sorte ao apelante.

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal prevê que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

O artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, ao discorrer sobre as penas aplicadas aos agentes ímprobos impõe-lhes, além de outras punições, o pagamento de multa. O que em nada contraria o comando constitucional, apenas regulamento as formas de sancionar os que cometam atos de improbidade administrativa.

O § 4º supratranscrito não é taxativo e a norma infraconstitucional mantém-se em consonância com os princípios do caput do mesmo artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Arrematando o debate, convém destacar que todas as normas vigentes se presumem constitucionais até que lhes seja declarada, pela via difusa ou concentrada, a incompatibilidade com a Constituição Federal, o que não ocorreu com o dispositivo reclamado pelo apelante.

Ante o exposto, por meu voto **nego provimento aos recursos (sem custas e honorários, diante da previsão do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985).**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000431-63.2021.8.26.0169, da Comarca de Duartina, em que é apelante IGREJA EVANGÉLICA RESTAURANDO CORAÇÕES, é apelado MUNICÍPIO DE DUARTINA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.053)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. Ausência de dever de indenizar. Responsabilidade civil não configurada. Ação do Município que se limitou a fiscalização cabível durante a pandemia de COVID-19. Segundo ato narrado que foi praticado por particular fora de cargo efetivo. Município que não pode ser responsabilizado pela ação de seus agentes quando o ato desborda da função pública. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.

VOTO

I) Trata-se de ação indenizatória ajuizada pela **IGREJA EVANGÉLICA RESTAURANDO CORAÇÕES** em face do **MUNICÍPIO DE DUARTINA** visando à condenação do réu ao pagamento indenização pelos danos morais, no valor de R$ 30.000,00, em virtude da falha na prestação de serviços, esta decorrente de supostas ilicitudes praticadas por agentes públicos municipais durante o período de pandemia gerada pelo Covid19, além do importe de R$ 20.000,00, pelos danos sociais.

A r. sentença de fls. 115/124 julgou improcedente o pedido, ao argumento de que as medidas fiscalização questionadas pela autora não se revelaram desarrazoadas ou ofensivas à liberdade de culto, tendo os agentes públicos se pautado na preservação da vida e saúde dos concidadãos durante o período de pandemia. Foi a autora responsabilizada pelo pagamento dos honorários advocatícios, estes correspondentes a 10% do valor da causa, ressalvada a gratuidade judiciária

Acesso ao Sumário

concedida a fls. 56.

Inconformada, apela a autora a fls. 128/141 pugnando pela inversão do *decisum*.

O recurso não foi respondido (fls. 148).

Autos distribuídos livremente a esta Relatora (fls. 152).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

II – O recurso deve ser conhecido, mas não comporta provimento.

A autora/apelante pretende a percepção de indenização pela interrupção de suas atividades religiosas em dois dias distintos: 03/04/2021 e 04/04/2021.

Não há como acolher seus pleitos para ambas estas datas.

No primeiro destes dias, houve interrupção do culto realizado por atividade de fiscal da Prefeitura devidamente identificado e no curso de suas atividades profissionais.

Contudo, a atividade fiscalizatória feita não pode ser reputada abusiva, afinal, estava vigente Decreto Municipal (Decreto n° 2.381/21) que vedava a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter religioso.

O dispositivo não especificava o quantitativo de pessoas necessário para aplicação da proibição. Bastava que aquela atividade estivesse sendo realizada: como, analogamente, houve proibição do comércio, ainda que muitos tivessem alegado ser possível a realização da atividade comercial com o devido distanciamento.

Trata-se de medida adotada pelo gestor público com o fito de evitar a propagação da COVID-19 em seu momento mais gravoso, sendo legítima a opção feita, fruto, ainda, da solidariedade dos entes federativos em matéria de combate à pandemia, como entendido pelo Eg. Supremo Tribunal Federal à época.

Não se olvide que a liberação à realização de cultos, ainda que determinada em sede de tutela de urgência em ADPF (ADPF 701) foi tomada no mesmo dia do ato praticado, ocasião na qual, a despeito da liminar, esta sequer havia sido publicada e comunicada às autoridades públicas.

Inviável se exigir dos agentes públicos no exercício de suas funções que cumpram ato judicial que sequer fora tornado público e comunicado oficialmente àquela data. Irretocável a vigência do Decreto.

Quanto ao segundo dia (04/04/2022), o funcionário em questão se dirigiu ao local descaracterizado, agindo como se pessoa física fosse. Não estava ele no exercício da função de agente público, mas atuando enquanto mero particular, como por ele próprio admitido quando de seu depoimento nestes autos.

Inexistente, portanto, a responsabilidade da municipalidade, afastando-se o art. 37, § 6°, CF, pois o agente causador do dano, ainda que servidor público,

não estava no exercício de suas funções: admitir esta tese levaria à repercussão de que caberia aos entes federativos responder pelos atos de todos os seus servidores, ainda que praticados fora de suas funções.

Sobre o tema:

"INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. Ofensa à honra e imagem de munícipe, em discurso proferido pelo então Prefeito do Município de Mirassol, em evento de inauguração da UPA local. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Inocorrência. Ajuizamento da ação contra o Município e contra os servidores alegadamente culpados. Possibilidade. Opção do ofendido em ajuizar a ação contra o Estado e seu servidor, em litisconsórcio passivo facultativo; apenas contra o Estado; ou apenas contra o servidor. MÉRITO. Dano moral. Ocorrência. Ofensa registrada em vídeo e divulgada em sítio eletrônico. Situação que vai além de mero aborrecimento. **Dever indenizatório que compete apenas ao particular, pois seu ato desbordou da qualidade de Prefeito Municipal. Precedentes deste E. Tribunal.** HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Revisão da distribuição da sucumbência. Inteligência dos artigos 85 a 87 do CPC. Quantum da verba honorária que deve ser mantido, pois dentro dos parâmetros legais. Sentença de parcial procedência mantida, observada a redistribuição da sucumbência. Recurso de apelação do autor parcialmente provido e recurso adesivo do réu desprovido, com observação." (TJSP; Apelação Cível 0002692-43.2015.8.26.0358; Relatora: Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirassol - 1ª Vara; Data do Julgamento: 29/04/2019; Data de Registro: 30/04/2019) (Grifei)

Ausente, portanto, o dever de indenizar da Municipalidade acerca de quaisquer dos eventos. Honorários majorados para 12% do valor da causa.

Considera-se prequestionada toda a matéria legal e constitucional, sendo desnecessária a indicação expressa dos dispositivos normativos para tal fim (AgInt no REsp 1.840.283, Rel. Min. Gurgel de Faria).

Em face do exposto, **conhece-se e nega-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000819-85.2020.8.26.0464, da Comarca de Pompéia, em que é apelante MUNICÍPIO DE QUINTANA, são apelados ODAIR JOSÉ DE ANDRADE (E SUA MULHER) e SHARON DEBRAH JACOBS DA SILVA.

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 26.748)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – Queda de árvore que ocasionou a morte do filho dos autores – Responsabilidade objetiva – Dever de Guarda – Caso em que o Município é responsável pela guarda, fiscalização, manutenção e conservação das árvores em praças públicas – Dever não observado – Ausência de excludente de responsabilidade – Não comprovação de caso de força maior ou culpa exclusiva da vítima – Requisitos de responsabilização presentes – Dano moral devido – Pensão mensal devida, na forma da sentença – Correção monetária e juros de mora – Termo inicial – Inteligência da Súmula 43 e 54, ambas do STJ – Observância à tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947 do C. STF (Tema nº 810) – Precedentes – Sentença de procedência reformada, de ofício, neste ponto – Apelação desprovida – Sentença mantida.

VOTO

Trata-se de ação proposta por ODAIR JOSÉ DE ANDRADE E SHARON DEBRAH JACOBS DA SILVA em face do MUNICÍPIO DE QUINTANA, pretendendo a condenação do Réu ao pagamento de indenização por danos morais, bem como pensão mensal vitalícia, em virtude de falha na prestação de serviço público de conservação de árvore em praça municipal, que teria causado a morte de seu filho com a queda de galho sobre a vítima.

A r. sentença de fls. 64/71, julgou "*PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de CONDENAR o requerido no pagamento de i) indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada autor, com juros*

Acesso ao Sumário

de mora desde a citação, a ser computado pelo índice de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, além de correção monetária, pela Tabela Prática do TJ/SP, desde o arbitramento; e ii) ao pagamento de pensão mensal aos autores, no montante de 2/3 do salário mínimo nacional vigente, devidos desde a data dos fatos, quando o menor possuía 14 anos, reduzindo-se à 1/3 a partir da data que completaria 25 anos de idade, com termo final a data em que o mesmo completaria 76 anos de idade, observando que mencionado valor deverá ser dividido entre os requerentes, nos termos da fundamentação. Às parcelas em atraso incidirão os juros aplicados à caderneta de poupança e correção monetária pela Tabela Prática do TJ/SP, desde a citação". Em razão da sucumbência, condenou o Município ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Inconformada, apela a Municipalidade Ré (fls. 82/91). Alega a ausência de culpa específica da Administração, vez que em momento algum foi comprovada que se tenha tomado postura negligente na manutenção e poda da árvore. Posto isso, requer que seja provido o recurso, para reformar a r. sentença, julgando-se improcedente os pedidos iniciais. Caso o entendimento seja pela manutenção da sentença, o Município pugna pela redução do valor arbitrado.

Recurso recebido e contrariado (98/107).

É o relatório.

Extrai-se da inicial que no dia 25 de dezembro de 2019, na Rua Mário de Nery de Souza Campos, Danilo Andrade da Silva, filho dos requerentes, brincava em uma praça pública conhecida como "Praça dos Eucaliptos". Enquanto estava brincando, um galho de uma árvore caiu, acertando-o. Foi socorrido por unidade de pronto atendimento e levado para o hospital local, onde se constatou diversas lesões corporais de natureza gravíssima. Danilo Andrade da Silva, na época com 14 anos, não resistiu aos ferimentos, tendo choque Hipovolêmico/Hemorragia, Politraumatismo, Fratura do Crânio e Pneumotórax Bilateral vindo a óbito (fls. 1/15).

Registre-se que o artigo 186 do Código Civil estabelece ser ato ilícito a violação de direito alheio, causando danos materiais ou imateriais, por ação ou omissão voluntária. Por sua vez, verificado o ato, há o dever de indenização, nos termos do artigo 927, *caput*, do mesmo diploma.

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Deste modo, afirma-se o dever de indenizar se constatados a conduta do ofensor, o dano do ofendido e o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano, sem questionamentos acerca da culpa ou do dolo.

Como evidenciado, no campo da responsabilidade civil do Estado, a regra é a responsabilidade objetiva, cujo corolário é a teoria do risco administrativo, segundo o qual está o Poder Público obrigado a reparar o dano por ele causado a outrem por meio de uma ação de seus agentes. Bastará, nessa hipótese, comprovar a ocorrência do prejuízo e o nexo causal entre a conduta e o dano, para que assista ao lesionado o sucedâneo indenizatório.

Por outro lado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, ou seja, pelo não funcionamento do serviço, ou seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

A esse respeito, pontifica o professor Celso Antonio Bandeira de Mello o seguinte:

> "Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1029).

Ocorre que, no caso de queda de arvores existentes nos espaços e vias públicas, com causação de dano a terceiros, têm entendido a doutrina e a jurisprudência ser aplicável a teoria da guarda da coisa. Assim, se a queda da árvore causou dano a transeunte ou bem de terceiro, empenha-se a responsabilidade da Administração, não por eventual falha na conservação da árvore, mas pelo fato de tê-la sob sua responsabilidade. Em consequência disso, essa obrigação só encontra limitação quando rompido o nexo causal por uma das causas de excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima ou força maior).

> Sobre o tema, doutrina Rui Stoco, ao citar Aguiar Dias: "*Para reconhecer-se a presunção de responsabilidade com base na obrigação de guarda, não é necessário que a coisa produtora do dano contenha vício inerente à sua natureza, de forma a originar o evento. Essa responsabilidade é atinente à obrigação de guarda e não à coisa em si mesma. De forma que, tratando-se de dano causado pela queda de uma árvore, não há indagar-se se ela estava, ou não, atacada de vício capaz de determinar a queda. Quem tem a obrigação de guarda em relação a uma árvore tem, ipso facto, a responsabilidade presumida dos danos por ela acarretados, e não se pode escusar senão provando que o fato se deu em consequência de força maior, caso fortuito ou causa estranha que não lhe pode ser imputada. A simples queda de árvore, desacompanhada de qualquer outra circunstância, não pode ser considerada consequência de caso fortuito ou de força maior*".

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, a lição de Yussef Said Cahali:

"As árvores plantadas ou existentes nas vias públicas integram o patrimônio urbanístico da cidade: competem às autoridades municipais a sua fiscalização e conservação, cuidando dos cortes oportunos para evitar que a queda de galhos, ou da própria árvore, possa causar danos aos particulares. Essa obrigação insere-se na regra geral: quem tem a obrigação de guarda em relação a uma árvore é responsável pela queda de seus galhos, resultante de apodrecimento. Tal responsabilidade objetiva daquele que tem a guardada coisa é reconhecida até mesmo no plano do direito comum."

Desse modo, ante a explicação da teoria da coisa da guarda da qual decorre o dever da Administração de conservar e fiscalizar as árvores plantadas em via pública, avaliando constantemente o estado em que se encontram e a comprovação de que os danos decorreram da queda de galho de árvore localizada em praça pública, resta evidente a responsabilidade do Município, que somente pode ser elidida se comprovada alguma causa de excludente. Nesse contexto, somente a comprovação da ocorrência de caso furtuito ou força maior poderia romper o nexo da causalidade entre a falha do serviço e o dano.

É evidente nos autos de que o Município não traz argumentos capazes de excluir sua responsabilidade diante do ocorrido. Portanto, não há como o Réu desembaraçar-se do dever de indenizar, ante a ausência de comprovação de ocorrência de causas de excludentes de responsabilidade civil.

Oportuno se torna dizer que o Réu não trouxe laudos de engenheiros, nem testemunhas, nem qualquer documento que comprovasse não haver responsabilidade. Além disso, o Município nem sequer contestou a petição dos Autores.

Sobre assunto, são esclarecedores os julgados deste E. Tribunal de Justiça:

Responsabilidade civil – Dano material – Queda de árvore no veículo do autor – Ausência de exclusão de responsabilidade – Caso em que o Município é responsável pela guarda, fiscalização, manutenção e conservação das árvores em vias públicas – Dever não observado, o que deu causa aos prejuízos comprovados pelos documentos juntados – Requisitos da responsabilização presentes – Recurso improvido.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1010535-70.2019.8.26.0562; Relator: José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/07/2020; Data de Registro: 31/07/2020).

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização por danos materiais e morais – Queda de galho de árvore sobre veículo – Dever de guarda e fiscalização das árvores – Responsabilidade objetiva do Município – Nexo causal demonstrado nos autos – VALOR DA INDENIZAÇÃO – Orçamento de funilaria credenciada pela marca do

Acesso ao Sumário

automóvel apresentado pela autora que extrapola o valor do veículo pela tabela FIPE – Impossibilidade – Orçamento apresentado pelo Município condizente com os danos sofridos pelo automóvel – INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA DETERIORAÇÃO DO VEÍCULO – Ausência de comprovação de vínculo fático – DANO MORAL – O dano moral não corresponde aos dissabores, aborrecimentos, mágoas e irritações que permeiam o cotidiano e que não são indenizáveis – Recurso do Município improvido – Recurso da autora parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1020436-17.2019.8.26.0577; Relatora: Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/07/2020; Data de Registro: 21/07/2020).

RESPONSABILIDADE CIVIL. Município de Guaiçara. Obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais. Queda de folhas, galhos e ramos de árvores localizadas em praça pública vizinha ao imóvel da autora, causando prejuízos materiais. Responsabilidade objetiva do Município pela indenização, em razão do dever de guarda sobre árvore componente de seu patrimônio urbanístico (art. 37, § 6º da CF), a despeito de estar também claramente configurada a responsabilidade subjetiva, por omissão (faute du service). Ausência de comprovação da ocorrência de excludentes de responsabilidade. HONORÁRIOS atribuídos ao Município. Redução. Recurso parcialmente provido, com determinação.

(TJSP; Apelação Cível 1006331-92.2017.8.26.0322; Relatora: Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Lins - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2019; Data de Registro: 02/08/2019).

Em relação ao valor da indenização, é cediço que, como não existem valores ou critérios legais quanto à quantificação do dano moral, o STJ tem entendido que o valor da reparação deve ser arbitrado em montante que desestimule o ofensor a repetir a falha, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido para a vítima.

Como bem descreveu o juiz *a quo*, a reparação pecuniária possui um caráter tríplice: "*a) punitiva, na medida em que o ilícito civil há de ser repudiado e penalizado pelo Direito; b) compensatória, porquanto faz as vezes de lenitivo para o abalo psíquico experimentado e c) pedagógica, pois visa desestimular o ofensor a reiterar nas condutas idênticas*."

Portanto, o valor de R$ 100.000,00 (cem mil) para cada um dos genitores se mostra razoável, incapaz de gerar enriquecimento indevido da parte lesada e suficiente para punir os demandados pela conduta reprovável, de tal forma a impedir que outro erro deste aconteça.

Quanto à pensão mensal pela morte do filho, há entendimento consolidado na Súmula 491 do STF ser devidas, mesmo que na data do óbito o filho ainda

Acesso ao Sumário

não exercesse atividade remunerada.

> Súmula 491 do STF: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Com inspiração na Súmula citada, o juiz acertou ao fixar a pensão mensal requerida entre os 14 e os 25 anos de idade correspondente a 2/3 do salário mínimo vigente, porque ressalva-se o terço restante para gastos pessoais, e a partir de então, porque se elevam os gastos pessoais, e até o falecimento dos autores ou até a idade presumível de 76 anos da vítima, em 1/3 do salário mínimo, a ser dividida igualmente entre os autores.

É o que entende esse E. Tribunal:

> RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização – Danos Morais e Materiais – Pedido de indenização por morte de criança em creche municipal fundado na responsabilidade do Estado Art. 37, § 6º, da Constituição Federal – Presença de nexo causal – Asfixia e falta de atendimento adequado no momento preciso – O dever de guarda e integridade física e moral da criança é do Município – Sentença de procedência confirmada. INDENIZAÇÃO – Dano moral – Arbitramento ponderado por princípios de razoabilidade e de proporcionalidade – *Quantum* indenizatório mantido – Rejeitada pretensão dos autores de elevação da indenização por danos morais – Pedido de pagamento de pensão em parcela única – Não incidência do art. 950, par. único, do Código Civil – Recurso dos autores desprovido. INDENIZAÇÃO – Dano material – Pensão mensal – Arbitramento da pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, devida entre a provável idade de 16 a 25 anos da criança falecida – Precedentes desta Corte – Recurso do réu provido, em parte. RECURSO DE APELAÇÃO DOS AUTORES, DESPROVIDO; RECURSO DE APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE, PROVIDO, EM PARTE.
>
> (TJSP; Apelação Cível 1000355-76.2016.8.26.0666; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Artur Nogueira - Vara Única; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Registro: 25/05/2018).
>
> Responsabilidade civil. Não conhecimento do recurso em relação à municipalidade e à empresa comercial. Descumprimento do ônus da impugnação específica. Conhecimento do recurso em face da FESP. Morte de menor por afogamento. Prova oral indicativa de que a criança ingressou e saiu livremente da escola estadual para nadar em represa. Inexistência de prova de efetiva vigilância e controle de acesso na portaria da escola. Violação do dever de guarda ora reconhecida. Acolhimento da pretensão indenizatória. Danos morais e pensão mensal devidos em valores inferiores ao pretendido na inicial. Ação ora julgada parcialmente procedente. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido.
>
> (TJSP; Apelação Cível 1000825-55.2015.8.26.0048; Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público; Foro de Atibaia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2017; Data de Registro: 17/04/2017).

Portanto, caracterizada a responsabilidade do Município Réu, exsurge o direito à indenização pelos danos morais sofridos pelos autores, bem como pensão mensal, decorrentes da morte de seu filho, cujos montantes foram fixados em Primeira Instância.

Em relação à incidência de juros moratórios e correção monetária, é de rigor alterar, em parte, o termo inicial fixado pelo juiz *a quo*. No que diz respeito à pensão mensal, foi correta a determinação para que se incidissem juros a partir da citação e a correção a partir do arbitramento.

Entretanto, em que pese o entendimento do juiz sentenciante em sentido contrário, os juros de mora, relativos ao valor da indenização devem incidir desde o evento danoso (súmula 54, STJ). Já a correção monetária incide desde a data do arbitramento, como bem determinou o juiz.

Cumpre observar que a matéria relativa aos juros de mora e à correção monetária é de ordem pública, pelo que a alteração dos índices de ofício no julgamento do presente recurso na fase de conhecimento do processo não configura *reformatio in pejus* (AgRg no AREsp 455.281/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 25/06/2014).

Por fim, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios do apelado em 0,1%, a incidir sobre a mesma base de cálculo.

Ante o exposto, NEGA-SE provimento à Apelação do Município e, de ofício, determina-se a incidência de juros moratórios em relação ao valor arbitrado referente aos danos morais a partir do evento danoso, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000168-25.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ESTADO DE SÃO PAULO e CEJAM CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISA DR. JOAO AMORIM, são apelados EDNALDO FIGUEIREDO ALVES e MARIA DAMASIANA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 26.405)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), KLEBER LEYSER DE AQUINO e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CEJAM (HOSPITAL DE FRANCISCO MORATO). FESP. FETO NATIMORTO. PROCEDIMENTOS MÉDICOS INADEQUADOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA. Arguição preliminar de ilegitimidade passiva da FESP que se confunde com o mérito, pelo qual a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos (RITJSP, art. 252). Laudo pericial que constatou falha grave no procedimento hospitalar, que não procedeu à internação da autora, gestante, mesmo sendo gravidez de alto risco e havendo orientação do órgão competente em casos similares, circunstância que teria evitado a morte do feto, pois horas antes ainda estava com condições adequadas de vida. Verificação, em alguma medida, de imperícia, imprudência e/ou negligência da equipe médica e da gestão, quer nas ações, quer pela omissão, apesar da ausência de dolo, eis que objetiva a responsabilidade da Administração (CF, art. 37, § 6º). Diante das ponderações, o produto da indenização deve ser mantido, pois em conformidade aos arbitramentos praticados por esta Corte em casos congêneres, sob pena de *reformatio in pejus*. Sentença mantida. Correção e juros de mora conforme as teses das Cortes Suprema (Tema 810) e Superior (Tema 905). Majoração em grau recursal dos honorários advocatícios (CPC, art. 85, § 11). Precedentes do STJ. Recursos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de indenização proposta por Ednaldo Figueiredo Alves

e Maria Damasiana da Silva em face do Hospital Estadual "Professor Carlos da Silva Lacaz" de Francisco Morato, representado pelo Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim, e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, conforme descrito no relatório, aqui adotado, que integra a r. sentença (fls. 686/691), que julgou procedente o pedido, condenando-as, solidariamente, ao pagamento de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelos danos morais que teriam sofrido os autores pelo feto natimorto, cujas circunstâncias teriam decorrido por culpa da equipe médica responsável pelo acompanhamento neonatal, de acordo com as conclusões do laudo pericial (fls. 658/667), além dos ônus sucumbenciais.

Contra essa decisão, apelaram ambas as requeridas.

Sustenta a Fazenda estadual (fls. 695/709), preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, pois a gestão hospitalar seria da outra corré, e, no mérito, pugna pela improcedência, uma vez que, se teria havido omissão na conduta médica, não haveria de se falar em responsabilidade objetiva, além da ausência de culpa ou dolo, ou, subsidiariamente, pela redução do valor fixado a título de dano moral.

Por sua vez, aduz o CEJAM (fls. 710 /721) que, em vista da natureza do serviço médico, que decorreria da prestação de atividade-meio, e não atividade-fim, teria empregado todos os procedimentos adequados tanto no atendimento clínico pré-natal quanto no decorrer da internação e do parto, conforme orientação dos órgãos técnicos do Ministério da Saúde para a boa prática medicinal, não havendo de se falar em nexo de causalidade, ou, subsidiariamente, a necessidade de redução do valor da condenação.

Os recursos foram recebidos e respondidos (fls. 729/734), sem qualquer arguição preliminar prejudicial, assim como livremente distribuído a esta relatoria (fl. 738).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Inicialmente, afastam-se todas as questões, arguidas ou tácitas, que possa prejudicar a análise do mérito.

A arguição de ilegitimidade passiva da primeira apelante confunde-se com o mérito, e será junto dele apreciada, cujos termos assentados na r. sentença devem ser confirmados por seus próprios fundamentos, adotados, aqui, como razão de decidir, forte no artigo 252 do Regimento Interno deste eg. 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."*

Acesso ao Sumário

O Superior Tribunal de Justiça tem legitimado este posicionamento:

"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 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 lide 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, não obstante a complexidade da causa, que envolve questões cuja resolução ordinariamente ficaria por força da lei e da Constituição reservada aos órgãos e agentes do Executivo, não se pode ignorar o postulado segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

Com efeito, mesmo questões jurídicas essencialmente administrativas podem sofrer a intervenção judicial à medida que a pretensão da resolução do mérito atribua à questão *sub judice* caracteres formais prescritos por lei.

Como salientado por José Cretella Júnior, quando se chocam "os direitos do cidadão com as consequências do ato político [...] *os titulares dos primeiros têm a faculdade alicerçada por norma de direito objetivo, posta pelo Estado" e "o titular do segundo, ao pronunciar-se, de modo algum, por isso mesmo, lesionará os administrados ou os funcionários, destituindo-os daquilo que a própria ordem jurídica lhes outorgou.* [...]". Além disso:

"O ato de governo, assim, nem direta nem reflexivamente atingirá os direitos adquiridos, as liberdades públicas, as prerrogativas individuais, expressas em lei, e caso, por inadvertência, por abuso, excesso ou desvio de poder, a providência do Governo interfira na esfera circunscrita a tais prerrogativas, estará a medida inquinada de vício patente que a desnatura, tornando-a vulnerável aos 'remedia juris' correspondentes para o reexame do esdrúxulo pronunciamento governamental, pelo Poder Judiciário. [...]. *Cumpre observar que, dentro de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos, a afirmação de que 'os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional' precisa ser entendida em seu sentido exato, que é: 'os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional apenas no que encerram de político', porque, integrando a ordem jurídica, à qual se submetem e adaptam, como atos jurídicos que são, devem concretizar-se de harmonia com o princípio da*

Acesso ao Sumário

legalidade e conforme a competência constitucional".

(*Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 2, p. 122 e 126).

Isso significa dizer que não se imiscui ao modo como deverá a Administração fazer a exegese das normas ou determinar a idiossincrasia de sua administração institucional, pois, em respeito à norma constitucional, sobretudo acerca do princípio da separação dos Poderes, veda-se a imposição de obrigação que não esteja inserida naquilo que tenha sido legal e constitucionalmente definido acerca de sua competência.

Havendo relação com o evento danoso, a despeito da relação formal e legal entre si, há previsão normativa constitucional que expressa justamente a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º). E, consoante se extrai da documentação acostada aos autos, houve, de fato, o ocorrido descrito na peça inaugural.

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 responsável 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 ou moral depende da existência de ato praticado pelo agente público, 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*

Acesso ao Sumário

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 comportamento 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, o dano e a relação de causalidade entre eles, conforme se verifica, dentre outros, da narrativa fática, devidamente contestada pelas partes requeridas, e do laudo pericial, elaborado por perito médico profissional, a partir de exame indireto.

Isso porque, como a situação da gestação da coautora era, incontroversamente, de alto risco, haja vista ter "idade materna avançada" (38 anos), histórico de abortamento prévio e diagnóstico de " pré-eclâmpsia sobreposta à hipertensão arterial crônica", havia necessidade de cuidados especiais e acompanhamento médico intensivo, o que não se verificou, desde antes do parto, quando ainda estava em consulta médica, eis que "nas diversas passagens pelo Pronto Socorro, não constam dos documentos apresentados solicitações e ou resultado de exames laboratoriais para rastreio e identificação de eventuais complicações do quadro de Pré Eclampsia Sobreposta da requerente, entre elas coagulopatias, alterações de órgãos alvos, como rins, fígado, que caracterizariam complicação obstétrica chamada de Síndrome HELLP" (fl. 661), conforme orientação do " Protocolo da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo)", segundo o qual "' ***recomenda*** *a internação eletiva da Gestante com diagnóstico de Pré Eclampsia* ***até a 37ª semana de Gestação****, pelo risco aumentado de morbimortalidade materno fetal*'" (fl. 662), o que não se verificou, e "**que possivelmente teria levado a um outro desfecho fetal**" (fl. 663).

Isso porque, foi constatado que, horas antes do início dos procedimentos para o parto, "de acordo com os documentos apresentados e exames de cardiotocografias (exame para verificação de vitalidade fetal) realizados em ambos os períodos [*11 /11 /2018, 9h 31 e 15h*], o feto estava vivo" (fl. 664), quando ainda "apresentava-se em adequadas condições de vida", ocasião em que a criança nasceria com vida.

Muito embora não tenha havido nenhuma comprovação acerca de eventual dolo por parte dos agentes, houve, porém, demonstração de que a morte da vítima decorreu, em alguma medida, de imperícia, imprudência e/ou negligên-

Acesso ao Sumário

cia da equipe médica responsável e da correspondente gestão administrativa, quer nas ações, quer pela omissão, e que não guardam pertinência com procedimentos congêneres, pois têm de ser realizados a fim de justamente evitar-se incidentes como o descrito na exordial.

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 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 do preceito da isonomia. [...]. *Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo 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 decisivamente 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. 994-1.002).

Quanto ao dano moral, este decorre dos sentimentos dolorosos pelos quais passaram os autores 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*

Acesso ao Sumário

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, de observar-se 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 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 que sofreu a autora, não há nenhum manifesto exagero no arbitramento do dano moral no valor de R$ 50.000, 00 (cinquenta mil reais), sobretudo porque a jurisprudência desta Corte (AC/RN 1000147-07.2017.8.26.0198; Rel. Djalma Lofrano Filho; 13 ª C. D. Público; j.: 25/8/2021; AC 1030947-61.2015.8.26.0562; Rel. Mary Grün; 7ª C. D. Privado; j.: 7/ 10/ 2020), para casos com circunstâncias análogas, fixa indenizações comumente maiores (R$ 100.000,00).

Portanto, conforme a fundamentação acima, não vislumbrada verossimilhança nas razões recursais, de rigor manterem-se os termos da r. sentença como

proferidos, inclusive quanto aos juros de mora e à correção monetária, observados os termos circunscritos às teses firmadas pelas Cortes Suprema (Tema 810) e Superior (Tema 905).

Sendo assim, a verba honorária fixada em primeiro grau deve ser majorada, em grau recursal, em R$ 800,00 (oitocentos reais), observando-se os mesmos parâmetros da r. sentença, bem como o disposto no § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil e os precedentes jurisprudenciais do STJ acerca da matéria, pois presentes os requisitos do CPC/15, do desprovimento dos recursos da parte contrária e a condenação desde a origem (REsp 1.804.904; e AgInt no AREsp 1.328.067).

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001313-02.2015.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que são apelantes JACINTO ELIAS ROCHA BRITO JUNIOR, MARIA JOSE LEGASPE BARBOSA e SANDRA SORCI UCHOA ROCHA BRITO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.383)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO e RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 28 de julho de 2022.

ISABEL COGAN, Relatora

Ementa: DIREITO AMBIENTAL. Ação civil pública ambiental. "Fazenda Lagoa dos Patos" e "Fazenda Retiro Santa Helena", ambas no município de Aguaí – Exercício de atividade minerária sem licença dos órgãos ambientais, danos em vegetação nativa em APP e inexistência de instituição de área de reserva florestal legal. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Em sede recursal, danos ambientais não são negados – Ausência de prova de que o quadro de degra-

Acesso ao Sumário

dação ambiental verificado nos autos seja anterior a 22/07/2008 – Elementos afastam o enquadramento da área rural como consolidada, para os fins pretendidos pelos réus, e reforçam o acerto das medidas impostas na sentença recorrida. Forma da execução da sentença – Ausência de interesse recursal. Início do cumprimento das obrigações de fazer impostas na sentença recorrida – Trânsito em julgado do título judicial de rigor. Multa diária fixada em R$1.000,00 – Alteração da periodicidade razoável – Pleito de limitação do valor total de incidência a R$20.000,00 – Impossibilidade. RECURSO, na parte conhecida, PARCIALMENTE PROVIDO, para estabelecer como termo inicial para cumprimento das obrigações de fazer a data do trânsito em julgado, bem como para alterar a periodicidade da multa de diária para semanal.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de **fls. 940/953** que julgou parcialmente procedente a ação para condenar:

1) os réus JACINTO ELIAS ROCHA BRITO JÚNIOR e SANDRA SORCI UCHOA ROCHA BRITO, em relação à propriedade rural denominada "FAZENDA LAGOA DOS PATOS", conforme recomendações técnicas de fls. 51 e de fls. 100/106, nas seguintes obrigações:

1.1) obrigação de não fazer, consistente na abstenção de realizar qualquer atividade de extração minerária (extração de areia do Rio Jaguari-Mirim ou por cava), considerada potencialmente poluidora, mesmo porque as áreas objeto do dano ambiental ainda encontram dificuldades de se regenerarem naturalmente, exceto quando totalmente reparado o dano e com autorização dos órgãos ambientais competentes;

1.2) obrigação de fazer, consistente na recuperação das áreas degradadas, objeto dos AIAs 247.756/2011 e 247.560/2011, relativas à extração de recursos minerais em área de preservação permanente (APP) no Rio Jaguari-Mirim, consistente em:

1.2.1) retirada dos canos da APP e abandono da área para regeneração natural, uma vez que o local está inserido dentro de fragmento de vegetação nativa em estágio médio de regeneração (área referente ao AIA nº 247.756/2011);

1.2.2) retirada da areia ainda existente no local e posterior plantio de 417 mudas nativas no local (área referente ao AIA nº 247.560/2011). A recuperação deve ser precedida de Projeto Técnico a ser elaborado por profissional legal-

mente habilitado e previamente aprovado pelo CTR1, mediante assinatura de TCRA (termo de compromisso de recuperação ambiental);

1.2.3) a imediata retirada do plantio de cana-de- açúcar da APP do Rio Jaguari-Mirim, em área equivalente a 0,6 hectares, bem como o abandono e isolamento para as demais áreas de preservação existentes na propriedade onde também se observou danos ambientais e que foram objeto de atuação.

2) a ré MARIA JOSÉ LEGASPE BARBOSA, em relação à propriedade rural denominada "FAZENDA RETIRO SANTA HELENA", conforme recomendações técnicas de fls. 85 dos autos, nas seguintes obrigações:

2.1) imediata retirada do plantio de cana-de-açúcar da APP da nascente e curso d'água, com recolocação de cerca para fora da APP, e posterior plantio e manutenção, por pelo menos dois anos, de 2.000 (duas mil) mudas de espécies arbóreas nativas da região (para a área 01, equivalente a 12 hectares, objeto do AIA nº 247.763/2011 fls. 83/91);

2.2) imediata retirada dos bovinos e do plantio de cana-de-açúcar em APP, bem como a recolocação de cerca para fora da APP (para a área 02, de 4,50 hectares, referente ao AIA nº 247.762 fls. 83/91). Além disso, deverá ocorrer o abandono da área encharcada para regeneração natural da vegetação, além de efetuar o plantio e manutenção, por pelo menos 02 (dois) anos, de 15.000 (quinze mil) mudas de espécies nativas, na APP objeto da autuação. A recuperação deve ser precedida de Projeto Técnico a ser elaborado por profissional legalmente habilitado e previamente aprovado pelo CTR1, mediante assinatura de TCRA (termo de compromisso de recuperação ambiental);

2.3) no prazo de 180 dias, contados da publicação desta sentença, de projeto de instituição, medição e demarcação da área de reserva legal do imóvel rural "FAZENDA RETIRO SANTA HELENA" Matrícula nº 3735 do C.R.I. de São João da Boa Vista, sendo facultado o cômputo da área de preservação permanente, cabendo à autoridade administrativa a análise quanto ao preenchimento dos requisitos do art. 15, da Lei nº 12.651/12;

3) Para todos os réus: Jacinto Elias Rocha Brito Júnior, Sandra Sorci Uchoa Rocha Brito e Maria José Legaspe Barbosa:

3.1) em relação às áreas de preservação permanente (assim, consideradas, inclusive, as áreas no entorno de nascentes ou olhos d'água intermitentes, com raio mínimo de cinquenta metros; e, em qualquer caso, medidas as faixas marginais a partir do nível sazonal mais alto dos lagos, reservatórios ou cursos d'água):

3.2) ao cumprimento imediato da obrigação de não fazer consistente em abster-se de ocupar, explorar ou intervir de qualquer forma nas áreas de preservação permanente dos imóveis descrito no item I desta petição, em sua totalidade (ou seja, restam afastadas as regras redutoras da obrigação de recompor

Acesso ao Sumário

as áreas de preservação permanente em áreas rurais consolidadas, previstas na seção II do capítulo XIII da Lei n. 12.651/2014);

3.3) ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em impedir que terceiro ocupe, explore ou intervenha de qualquer forma nas áreas de preservação permanente do imóvel descrito no item I desta petição, em sua totalidade;

3.4) ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em reparar, em sua totalidade as áreas de preservação permanente dos imóveis, promovendo, para isso:

3.5) a remoção de todas as construções existentes nas áreas de preservação permanente;

3.6) o plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas, observada a biodiversidade local, vedado o uso de espécies exóticas, com acompanhamento e tratos culturais até o estado do clímax;

3.7) à obrigação de fazer consistente em compensar os danos intercorrentes causados pela intervenção nas áreas de preservação permanente, ou seja, desde a ocorrência do dano até a sua efetiva reparação;

3.8) ao pagamento de indenização quantificada em perícia, correspondente aos danos ambientais que se mostrarem técnica e absolutamente não restauráveis nas áreas de preservação permanente, corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo de Defesa dos Interesses Difusos (Titular: CNPJ 13.848.187/0001-20, no Banco do Brasil (001), agência nº 1897- X, conta corrente nº 8.918-4);

3.9) Para os fins da reparação integral dos danos, os réus deverão:

3.9.1) entregar ao órgão ambiental competente, no prazo de cento e vinte (120) dias, contado da data da intimação, projeto de restauração completa, incluindo cronograma de obras e serviços, subscrito por profissional regularmente credenciado, que deverá proceder ao recolhimento referente à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART);

3.9.2) iniciar a restauração, no prazo de dez (10) dias, contado da data da aprovação do projeto pelo órgão florestal competente, devendo obedecer a todas as exigências e recomendações feitas pelo referido órgão, mas sempre observados, em relação aos cursos d'água, seu leito maior como marco inicial para medição de sua área de preservação permanente;

3.9.3) atender às exigências do órgão ambiental, apresentando quaisquer documentos exigidos, inclusive novo projeto em caso de não aprovação ou de indeferimento do projeto inicial, observados os parâmetros aqui defendidos;

4) Ou, alternativamente, e desde que preencham os requisitos legais para adesão ao PRA - Programa de Regularização Ambiental:

4.1) vinte e quatro horas após a inscrição no CAR, solicitar a adesão do

Acesso ao Sumário

imóvel ao PRA - Programa de Regularização Ambiental, fazendo inserir, no respectivo termo de compromisso - além das demais obrigações legais e regulamentares - a localização as áreas de preservação permanente a serem recompostas;

4.2) promover, no prazo determinado pelo órgão ambiental, as alterações (na solicitação de adesão ao PRA) por ele tidas como necessárias à emissão do termo de compromisso do PRA, observadas, sempre, a obrigatoriedade de recomposição exclusivamente com espécies vegetais nativas locais, o nível máximo sazonal como termo inicial para medição das áreas de preservação permanente marginais a lagos, reservatórios ou cursos d'água, e a vedação à aplicação das regras redutoras da obrigação de recompor as áreas de preservação permanente em áreas rurais consolidadas, previstas na seção II do capítulo XIII da Lei n. 12.651/2014.

5) Em relação à reserva legal:

5.1) à obrigação de apresentar ao órgão ambiental competente (Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais CBRN, ou equivalente), no prazo de 120 (cento e vinte) dias, de projeto subscrito por profissional regularmente credenciado, que deverá proceder ao recolhimento referente à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), indicando área de reserva legal: a) compreendendo, no mínimo, 20% (vinte por cento) da área total do imóvel rural descrito no item I, localizado nas porções do imóvel mais aptas a cumprir tal função ecológica (vedado o cômputo das áreas de preservação permanente na área de reserva legal), instruído por cronograma de recomposição com vegetação nativa local nas porções da reserva legal onde não houver remanescente; ou b) situada em outro imóvel rural, em compensação pautada pelo critério da equivalência territorial, compositiva e funcional, assim o fazendo pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas, observada a biodiversidade local, vedado o uso de espécies exóticas, bem como com acompanhamento e tratos culturais até o estado do clímax;

5.2) à obrigação de promover, em até 30 (trinta) dias, as alterações determinadas pelo órgão ambiental como necessárias à aprovação do projeto de recomposição ou compensação da reserva legal, observadas, sempre, a vedação do cômputo das áreas de preservação permanente na área de reserva legal e a obrigatoriedade de recomposição exclusivamente com espécies vegetais nativas locais, bem como, no caso de compensação, o critério da equivalência territorial, compositiva e funcional;

5.3) alternativamente às obrigações das alíneas "b", "c" e "d", e desde que preencham os requisitos legais para adesão ao PRA - Programa de Regularização Ambiental, os réus serão obrigados a:

5.4) no prazo de 30 (trinta) dias, complementar o CAR - Cadastro Am-

Acesso ao Sumário

biental Rural, indicando, na solicitação de inscrição, área de reserva legal compreendendo, no mínimo, 20% (vinte por cento) da área total do imóvel rural descrito no item I, ou a opção pela compensação, vedado, de qualquer modo, o cômputo das áreas de preservação permanente na área de reserva legal;

5.5) vinte e quatro horas após a complementação do CAR, solicitar a adesão do imóvel ao PRA - Programa de Regularização Ambiental, fazendo inserir, no respectivo termo de compromisso - além das demais obrigações legais e regulamentares - a localização da área de Reserva Legal a ser recomposta, sendo obrigatória a utilização apenas de vegetação nativa para recomposição das áreas onde não houver remanescente e vedado o cômputo da área de preservação permanente como reserva legal, observando- se, ainda, em caso de compensação, o critério da equivalência territorial, compositiva e funcional, assim o fazendo pelo plantio racional e tecnicamente orientado de espécies nativas, observada a biodiversidade local, vedado o uso de espécies exóticas.

5.6) promover, no prazo determinado pelo órgão ambiental, as alterações nas informações sobre a reserva legal submetidas ao CAR ou presentes no termo de compromisso do PRA - Programa de Regularização Ambiental, por ele tidas como necessárias à aprovação da reserva legal, observadas, sempre, a vedação do cômputo das áreas de preservação permanente na área de reserva legal e a obrigatoriedade de recomposição exclusivamente com espécies vegetais nativas locais, bem como, no caso de compensação, o critério da equivalência territorial, compositiva e funcional.

5.7) à obrigação de, a partir da averbação da reserva legal, ou, se o caso, da assinatura do termo de compromisso do Programa de Regularização Ambiental, abster-se de nela intervir ou explorá-la, salvo casos de manejo sustentável restrito, mediante prévio licenciamento ambiental;

5.8) à obrigação de, a partir da averbação da reserva legal, ou, se o caso, da assinatura do termo de compromisso do Programa de Regularização Ambiental, impedir que terceiro nela intervenha ou a explore, salvo casos de manejo sustentável restrito, mediante prévio licenciamento ambiental;

Acesso ao Sumário

6) Em relação às áreas de preservação permanente e à Reserva Legal: que cumpram as obrigações assumidas no projeto de recomposição aprovado pelo órgão ambiental competente, ou, se houve adesão ao PRA, aquelas constantes do respectivo termo de compromisso, observadas, em qualquer caso, as obrigações já impostas nesta sentença;

7) O início do prazo concedido para o cumprimento da obrigação de fazer para a data da publicação desta sentença e mantendo a incidência de multa diária de R$1.000,00 para o caso de descumprimento de cada uma das obrigações de fazer e não fazer, corrigida no momento do pagamento, sem prejuízo da intervenção judicial na propriedade, para permitir a execução específica por

interventor nomeado.

Apelam os réus sustentando, em síntese, que o réu Jacinto é parte ilegítima, não sendo proprietário dos imóveis em questão. Quanto ao mérito propriamente, alegam que a prova pericial demonstra que a degradação ambiental é anterior a 22/07/2008, tendo-se as áreas, portanto, como consolidadas, segundo o Novo Código Florestal. Alternativamente, argumentam que não se verificou qualquer atividade de mineração na Fazenda Lagoa dos Patos, restando indevida a condenação ao contido nos itens 1.1, 1.2, 1.2.1 e 1.2.2; que o termo inicial do prazo para cumprimento da sentença não pode ser a data da publicação da sentença; que o valor total da multa deve ser limitado a R$20.000,00 e que a recomposição da Reserva Legal seja feita no prazo de 20 anos, conforme art. 66 da Lei nº 12.651/2012, com autorização para o uso alternativo da área em recomposição ou regeneração de reserva legal (art. 66, §4º), permissão para que eventuais áreas degradadas se recuperem espontaneamente (art. 66, inc. II), bem como compensação na forma do art. 44, tendo em vista a aquisição de outra propriedade com área de reserva legal suficiente **(fls. 967/978).**

Contrarrazões às **fls. 986/1006.**

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso **(fls. 1019/1031).**

É o relatório.

A ação civil pública resulta de inquérito civil devidamente instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para apuração de exercício de atividade minerária sem licença dos órgãos ambientais e danos em vegetação nativa em APP gerados pela instalação de 23 barras de canos de mineração, com depósito de areia de mineração em APP, e pela supressão de vegetação nativa mediante cultivo de cana-de-açúcar, na propriedade rural denominada "Fazenda Lagoa dos Patos"; e de danos em vegetação nativa em estágio pioneiro e inicial mediante confinamento de bovinos em APP e de impedimento da regeneração natural de vegetação nativa em estágio pioneiro em APP mediante plantio de cana de açúcar e aração, na propriedade rural denominada "Fazenda Retiro Santa Helena", ambas as propriedades no município de Aguaí. Verificou-se, ainda, a inexistência de instituição de área de reserva florestal legal.

O réu Jacinto consta como um dos promitentes compradores da propriedade rural "Lagoa dos Patos", por aquisição realizada pela corré Sandra, com quem é casado em regime de comunhão parcial de bens **(fls. 129/135).**

De todo modo, mister consignar, a teor da Súmula 623 do STJ: "**As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor**".

Nessas circunstâncias, a responsabilidade pelas obrigações resultantes do

Acesso ao Sumário

dano ambiental independe da condição de titular de propriedade exatamente, podendo ser exigida daquele que exerce a posse, ainda que apenas direta, da área.

Trata-se de obrigação "propter rem" que adere ao título de domínio ou posse.

Nesse aspecto, não se pode olvidar que, desde as vistorias realizadas pela Polícia Militar Ambiental, o réu Jacinto se apresentou como proprietário e/ou, ao menos, possuidor/responsável pela área rural, sendo identificado, assim, também por terceiros, tendo, na fase de inquérito civil, ingressado nos autos sem negar essa condição e manifestando inclusive intenção de firmar termo de ajustamento de conduta.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva.

Quanto ao mérito propriamente, assinale-se que, em sede recursal, os danos ambientais que resultaram em atividade fiscalizatória e na instauração de inquérito civil, e restaram confirmados em perícia judicial nestes autos, não são negados, cingindo-se os réus à alegação de que as áreas rurais são consideradas consolidadas, nos termos do Novo Código Florestal.

Nesse aspecto, não há prova nos autos de que o quadro de degradação ambiental verificado nos autos seja anterior a 22/07/2008.

Aliás, no tocante à atividade de mineração, tem- se que a paralisação foi constatada em vistoria realizada pelo órgão ambiental competente em 25/01/2012, o que foi relatado na petição inicial, mas ressaltado, contudo, que remanesciam danos ambientais decorrentes das atividades de extração de areia e argila, apresentando tubulações instaladas em APP, e extensa área de APP com solo exposto, recoberto de areia.

Por outro lado, conforme apurado pelo perito judicial, a extração de areia estava em plena operação em 29/04/2013, tendo sido identificados depósitos de areia, tubulações e uma estação de bombeamento e a operação só foi paralisada em 12/06/2016 (fls. 830), tudo a indicar paralisações apenas temporárias das atividades antes de 2016, afastando, portanto, o enquadramento da área rural como consolidada, para os fins pretendidos pelos réus, e a reforçar, ademais, o acerto das medidas impostas na sentença recorrida, notadamente porque os elementos revelam que, ao menos até o ano de 2016, a atividade de mineração no local foi exercida, a despeito das autuações lavradas, do inquérito civil instaurado e de que já estava em curso a presente ação civil pública.

A propósito, não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador, conforme jurisprudência assentada do STJ.

Quanto à forma da execução da sentença, não se vislumbra, em verdade, interesse recursal.

Acesso ao Sumário

Com efeito, os réus pleiteiam a fixação do prazo e permissivos previstos no art. 66 da Lei nº 12.651/2012, e ainda a possibilidade de compensação.

Quanto a esse ponto, a juíza sentenciante assim dispôs: "independentemente de eventual adesão dos réus, no prazo estabelecido na Lei Estadual nº 15.684/15, a Programa de Regularização Ambiental, a recomposição, regeneração ou compensação da reserva legal constituem medida de inteiro rigor, consoante dispõe o art. 66, do Novo Código Florestal, ficando a análise dos critérios técnicos a cargo do órgão ambiental competente, no momento da apreciação e aprovação do projeto", tendo reproduzido, ademais, as ponderações do perito judicial no sentido da imprescindibilidade de "contratação de uma profissional legalmente habilitado para elaborar e supervisionar o PRAD - Projeto de Recuperação de Áreas Degradadas. A elaboração de um PRAD envolve uma série de decisões e requer um diagnóstico aprofundado da situação de cada área, para aí sim, serem tomadas as decisões sobre o método de restauração mais adequado (condução de regeneração natural com espécies nativas, plantio de espécies nativas ou o plantio de espécies nativas conjugado com a condução da regeneração natural de espécies nativas), pois nem sempre o plantio de mudas nativas é o mais indicado. Tal projeto será submetido à apreciação do órgão ambiental competente que acompanhará sua execução" **(fls. 947/948)**, e possibilitando a indicação de área de reserva legal "situada em outro imóvel rural, em compensação pautada pelo critério da equivalência territorial, compositiva e funcional", conforme itens 5 do dispositivo **(fls. 951/952).**

Nessas circunstâncias, tem-se que a juíza sentenciante observou as disposições do art. 66 do Novo Código Florestal, possibilitando aos réus, ainda, a compensação pautada pelo critério da equivalência territorial, compositiva e funcional, tudo a ser submetido à apreciação do órgão ambiental competente que acompanhará sua execução, a revelar, nesse particular, que a sentença já está em consonância com a pretensão dos réus, o que implica desnecessidade da tutela recursal.

Razão assiste aos réus, entretanto, no tocante ao início do cumprimento das obrigações de fazer impostas na sentença recorrida que não pode ser, evidentemente, a data da publicação da sua publicação, mas sim a data do trânsito em julgado do título judicial.

Por fim, mister consignar a relevância da multa, como medida disponível para garantir a efetividade da tutela, mas que deve ser arbitrada com razoabilidade e proporção.

Dessa forma, atento à finalidade e suficiência da multa, e que seja ainda compatível com a obrigação, **revela-se razoável a alteração da periodicidade da multa a fim de que os R$1.000,00 arbitrados na sentença tenham incidência semanal, e não diária**, sem prejuízo de oportuna revisão, caso se

Acesso ao Sumário

verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Ressalte-se não ser possível acolher o pleito de limitação do valor total de incidência a R$20.000,00, o que evidentemente implicaria desnaturar a multa, existindo, ademais, previsão de que a multa é devida desde o dia em que configurar o descumprimento da decisão e incide enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado (art. 537, §4º, do CPC).

Nessas circunstâncias, **o recurso é provido apenas para estabelecer como termo inicial para cumprimento das obrigações de fazer a data do trânsito em julgado, bem como para alterar a periodicidade da multa de diária para semanal.**

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando-se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002606-53.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DETRAN-DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO, é apelada FABIANA JUREMA DA SILVA ALVES DE LIMA.

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 39.919)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

DANILO PANIZZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – ADMINISTRATIVO – DESVIO DE FUNÇÃO – Servidor concursado para o cargo de Oficial Administrativo (cargo com exigên-

cia de nível médio), mas que desempenha as funções de Agente Estadual de Trânsito (Exigência de ensino superior para exercício da função desviada) – Reconhecido o desvio de função – Impossibilidade de reenquadramento (art. 37, II da CF), mas pertinente o pagamento das diferenças respectivas no período efetivamente laborado em função diversa à original – Observância dos princípios da boa-fé objetiva e do enriquecimento sem causa – Inteligência da Súmula 378 do STJ.

Recurso negado.

VOTO

Vistos.

Fabiana Jurema da Silva Alves de Lima propôs ação ordinária em face do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo - DETRAN, perante o Juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando que foi aprovada no concurso público para Oficial Administrativo (cargo de ensino médio), do DETRAN, e iniciou o exercício do seu cargo em Março de 2014 na Unidade de São José do Rio Preto do DETRAN/SP, onde deveria exercer apenas atribuições relativas ao seu cargo, ou seja, de ensino médio. Ocorre que, em 2013 o DETRAN/SP, se transformou em autarquia e passou a contratar seus servidores públicos no regime celetista, sendo que foram criados dois empregos públicos, o Oficial Estadual de Trânsito, cargo de ensino médio e o Agente Estadual de Trânsito, cargo de ensino superior e CNH. A autora então, passou a exercer funções de Agente Estadual de Trânsito, atuando em julgamentos de Defesa Prévia de Suspensão e cassação de CNH, examinando provas práticas de direção veicular, atribuições essas que são técnicas e específicas de outro cargo se desligou do DETRAN e ingressou na polícia civil. Aduz que o desvio de função é prática ilícita do empregador, bem como fere o princípio da isonomia. Assevera ainda a Súmula 378 do STJ, que enseja o pagamento das diferenças relativas ao desvio de função. Requer a autora a procedência da ação para pagamento do importe da diferença mensal entre o seu salário e o salário relativo ao emprego público de Agente Estadual de Trânsito, desde Fevereiro de 2017 até Dezembro de 2019, bem como do reflexo que essas diferenças mensais deveriam ter gerado e não geraram no 13º salário, nas férias, no acréscimo de 1/3 das férias, na bonificação de resultados e no diferencial das despesas com diárias de deslocamento para aplicação dos exames práticos, de Fevereiro de 2017 até Dezembro de 2019. Pede a procedência da ação.

A r. sentença de fls.182/190, julgou **procedente a ação**, com supedâneo

Acesso ao Sumário

no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para condenar a ré ao pagamento das diferenças e reflexos desde fevereiro de 2017 até dezembro de 2019, valor que deverá ser corrigido e acrescido de juros de mora pela Repercussão Geral 810 e mais recentemente pela Emenda Constitucional 113. Custas e despesas *ex lege*. Por força do princípio da causalidade, condeno ainda a parte ré em honorários advocatícios. A verba honorária fica fixada sobre a condenação, tudo conforme artigo 85 e §§ do Código de Processo Civil. Considerando que a Fazenda Pública é parte do processo, observo o § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil: considerando o zelo profissional, a prestação profissional, a prestação de serviço nesta capital, a natureza e a importância da causa, o tempo exigido, aí incluindo-se também a linearidade do processo que a rigor não tomou caminhos diferenciados a justificar majoração especial da verba honorária, fixo as alíquotas no piso de cada uma das faixas, observando a base de cálculo, pois bastante suficiente para remunerar os serviços prestados. Apesar da base de cálculo ser ainda ilíquida, fixou as alíquotas tal e qual lançadas, porque a indefinição sugere um novo embate mais à frente, o que adoto por eficiência, cooperação, celeridade e concentração, determinando que seja observado o valor que será futuramente liquidado.

O recurso de apelação do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo veio a partir de fls.195, aduzindo que o exercício de uma ou outra atividade de outro cargo não é suficiente, por si só, para garantir à indenização por desvio de função e que para indenização deve ser comprovada o caráter não eventual do desvio. Alega que à autora exerceu atividades de avaliador de prova de forma esporádica e não exerceu qualquer outra função inerente ao Cargo de Agente de Trânsito. Portanto, o exercício de atividade de outro cargo de forma esporádica não é suficiente para caracterizar o desvio de função, em especial para autorizar a indenização como se todo o período de 2017 a 2019 a requerente atuasse exclusivamente como Agente de Trânsito. Subsidiariamente, requer a redução da indenização para valor não superior a R$10.000,00 (dez mil reais), porquanto a autora não exerceu de forma permanente a atividade de fiscalização de provas. Pede a reforma da r. sentença e o acolhimento do recurso.

Contrarrazões (fls.213/216).

É o relatório.

Pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

Trata-se de ação em que a servidora pública afirma ser titular de cargo efetivo de "Oficial Administrativo" (nível Médio) aprovada em concurso público para atuar no Estado de São Paulo, no órgão DETRAN, e que atuou como "Agente Estadual de Trânsito" (cargo nível superior), aplicando exames de dire-

Acesso ao Sumário

ção entre fevereiro de 2017 e dezembro de 2019 – função exclusiva do cargo de Agente de Trânsito, assim, objetiva receber a diferença nos vencimentos entre o que efetivamente auferiu no exercício do cargo de Oficial Administrativo e o que seria devido pelo exercício da função de Agente de Trânsito, alegando desvio de função.

Assim, postula provimento jurisdicional para fins de condenar o ente público a pagar as diferenças de vencimentos, com seus respectivos reflexos, acrescidas de juros e correção monetária.

Em contrapartida, o ente público discorre que não houve desvio de função, já que a autora, ocupando o cargo de Oficial Administrativo, estaria à disposição da Administração Pública para trabalhar em outros setores, aduzindo que eventual desvio de função não gera efeitos patrimoniais, pretendendo assim, a improcedência da ação.

Como é sabido, o servidor público está estritamente vinculado a sua lei de regência, o estatuto, sendo seu vínculo laborativo com a Administração Pública regrado pela legislação própria, ante a autonomia administrativa consagrada na Constituição, e o apelado não foge à regra, pois sua base laborativa fundada está na legislação municipal, a qual prescreve direitos e obrigações para ambas as partes, ou seja, Administração e seus servidores.

Desta forma, a Administração Pública não firma "contrato de trabalho" com seus servidores, mas estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição, sendo-lhe lícito, a todo o tempo, alterar as condições de serviço e de pagamento, desde que o faça por lei, sem discriminações e visando as suas conveniências (Hely Lopes Meirelles, "*Direito Administrativo Brasileir*o", Editora RT, 15ª edição, 1990, p. 393).

Assim, tem-se que, no caso presente, correta a r. sentença, uma vez que restou devidamente reconhecido, através do conjunto probatório, colacionado aos autos, o desvio de função das atividades da autora, que sempre exerceu de forma regular.

Conforme, bem observou o MM. Juiz *a quo*:

"Analisando os documentos acostados aos autos (fls.72/153), verifica-se que a autora deveras realiza a funções superiores a que supostamente deveria. Identificam-se nas fichas de exames realizados o CPF da autora na condição de examinadora entre os anos de 2015 e 2019, pedidos de diárias em razão de deslocamento para exames de provas práticas, comunicação visual em que a autora é tratada como examinadora, relação de candidatos serem avaliados, documento que se segue com a autora como examinadora, atividade típica dos agentes estaduais de trânsito.

A ré, por sua vez, em sede de contestação, limitou-se a diferenciar as funções de oficial e agente de trânsito, não impugnando a farta documentação

Acesso ao Sumário

acostadas pela autora, tampouco controvertendo sua alegação de que exerce a função de vistoriador de veículos."

(...)

O aludido desvio de função produz o concreto enriquecimento sem causa da Administração Pública, que se beneficia de trabalho diverso de seu servidor em relação às funções daquele primitivo de maior empenho e responsabilidade, sem a correlata remuneração, o que deve ser corrigido, mas com o crivo de indenização da verba correspondente" (fls.185/186).

Desta forma, não paira qualquer dúvida a respeito da ocorrência do desvio de função entre o período indicado pela autora, razão pela qual pertinente o pleito no pagamento das diferenças respectivas.

Eventual alegação de que a autora concorrera para o desvio de função se mostra despicienda, considerando que a servidora jamais poderia realizar qualquer atividade distinta daquelas inerentes ao seu cargo, senão por meio de determinação dos seus superiores, uma vez que vinculado ao poder hierárquico e fiscalizatório da Administração Pública.

Embora o ente público alegue a impossibilidade jurídica do pedido, o certo é que o art. 37, inciso II da CF exige concurso para a investidura de cargo público, no entanto, não pode a apelante alegar a própria torpeza para fins de se escusar do pagamento respectivo, violando os princípios da boa-fé objetiva (princípio do *venire contra factum proprium*), bem como daquele que veda o enriquecimento ilícito.

Aliás, a questão já foi definitivamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 378 que assim pacificou:

"*Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes*."

No mais, mister se faz ressaltar que as alegações do réu, em nada desconstitui o direito, ante a flagrante conduta de enriquecimento sem causa, ao permitir que a servidora, ocupante de cargo específico, fique designada para função diversa em prejuízo financeiro à exercente da mesma.

Acesso ao Sumário

O caráter do pedido é reparatório, não infringindo a Súmula 339, do STF e sequer ao aludido art. 37 da CF, uma vez que não pode ser confundida conduta jurisdicional a respeito de **direito** posto em Juízo, com interferência da conduta administrativa inerente à discricionariedade do Poder. Aliás, a este respeito, a apelante deve observar o § 2º, do art. 37, da CF, no sentido de punir o responsável pelo desvio de função a que deu ensejo.

Também não há que se falar na questão prescricional, considerando que devem ser observados os termos da Súmula 85 do STJ que trata a respeito da prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da demanda, devendo ser resgatadas as diferenças existentes do período remanes-

cente.

Neste sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"*SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – Desvio de função. Servidora admitida para exercer atribuições do cargo de auxiliar de serviços, mas que realizava atividades inerentes aos cargos de escrivã de polícia e agente de telecomunicações policial. Provas documentais e testemunhais que comprovaram o desvio de função. Dever de indenizar. Vedação ao enriquecimento sem causa. Súmula 378 do STJ. Juros e correção monetária. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado no Tema 531. Juros de mora calculados de acordo com a Lei 11.960/2009. Correção monetária, sem aplicar a Lei 11.960/2009, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça que utiliza o IPCA-E. Sentença parcialmente reformada. Recurso voluntário improvido e reexame necessário parcialmente provido*." (Apelação/Reexame Necessário nº 1002482-80.2016.8.26.0053, Rel. Des. Paulo Galizia, j. em 18.12.2017).

"*APELAÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. CARCEREIRA. DESEMPENHO DE ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE ESCRIVÃ DE POLÍCIA. Desvio de função configurado. Pretensão ao recebimento de diferenças salariais. Possibilidade. Súmula 378 do STJ. Precedentes deste E. Tribunal. Sentença de procedência mantida. Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos*." (Apelação nº 1001691-68.2016.8.26.0326, Rel. Des. Marcelo Semer, j. em 27.11.2017).

"SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. Atividade policial. Carcereira que exercia atribuições do cargo de agente de telecomunicações. Prova documental e testemunhal que comprovaram o desvio de função. Dever de indenizar. Vedação ao enriquecimento sem causa. Súmula 378 do STJ. Natureza de ordem pública da correção monetária e dos juros de mora. Parâmetros parcialmente alterados. Sentença de procedência parcialmente reformada. Recurso do Estado improvido e reexame necessário parcialmente provido." (Apelação/Reexame Necessário nº 1017495-90.2014.8.26.0053, Rel. Des. Paulo Galizia, j. em 06.06.2016).

"*Servidor Público. Carcereiro. Desvio de função. Comprovado exercício de funções privativas de investigador de polícia. Enunciado nº 378 da Súmula do STJ. Indenização com fundamento na vedação ao enriquecimento ilícito. Ausência de reenquadramento ou mudança de remuneração. Remuneração durante as férias. Arts. 130, § 2º e 142, caput da CLT. Honorários advocatícios. Aplicação do art. 20, § 4º, do CPC. Redução. Apelo parcialmente provido*." (Apelação nº 0001354-05.2012.8.26.0240, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. em 06.06.2016).

Desta forma, nada há para alterar na r. sentença recorrida, a qual deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, ficando a vencida responsá-

Acesso ao Sumário

vel pelo resgate dos honorários advocatícios recursais, arbitrados em 10% sobre o valor total da condenação, sem prejuízo ao já fixada na r. sentença, nos moldes do art. 85, §11 do NCPC.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007445-98.2021.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP, é apelado MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE ITANHAÉM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso, com majoração de honorários, vencido o E. Relator sorteado, Des. Henrique Harris Júnior, que declara voto. Acórdão com a E. 3ª Juíza, Desembargadora Beatriz Braga", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.491)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA, vencedor, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, vencido, BEATRIZ BRAGA (Presidente), BURZA NETO, BOTTO MUSCARI e FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI.

São Paulo, 25 de julho de 2022.

BEATRIZ BRAGA, Relatora designada

Ementa: Execução Fiscal. A sentença afastou o direito da SABESP em gozar de imunidade tributária em relação às cobranças de IPTU e contribuição para o custeio de iluminação pública.

A devedora, embora substitua o ente político municipal na prestação de serviços públicos essenciais de saneamento básico, consiste em pessoa jurídica de direito privado (sociedade de economia mista) e tem ações negociadas em Bolsa de Valores.

Logo, não há juridicidade na incidência do instituto da imunidade recíproca, sob pena de violação aos princípios da isonomia e da livre concorrência, pois a atividade desempenhada pela executada não se dá sob

Acesso ao Sumário

o regime de monopólio ou exclusividade.

Importante mencionar, ainda, o recente julgado do STF exarado no Tema 508 de jurisprudência, no qual foi assentado que "sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores e que, inequivocadamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a" da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas" (REsp 600.867/SP).

Outrossim, no Município de Itanhaém inexiste lei concessiva de isenção fiscal em relação aos imóveis da apelada.

A manutenção da sentença que afastou a tributação é imperiosa. A conclusão do julgado autoriza a majoração da verba honorária, consoante o art. 85, § 11, do CPC.

Nega-se provimento ao recurso, com majoração de honorários, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença de improcedência proferida nos autos da ação de embargos à execução fiscal ajuizada pela **Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP** em face do **Município de Itanhaém**. Em razão da sucumbência, aquela foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais – fls.100/104).

A execução fiscal embargada tem como objeto a cobrança de taxa de IPTU e contribuição de iluminação pública dos exercícios de 2018 a 2020. Pleiteia a embargante o reconhecimento de seu direito à imunidade recíproca (art. 150, VI, "a", CF) para afastar tais exações.

Após regular tramitação processual, sobreveio sentença de improcedência.

Inconformada, apela a SABESP (fls.121/127). Reitera os argumentos relativos à imunidade tributária em relação às exações infirmadas. Pede a reforma da sentença e a consequente extinção da execução fiscal.

Contrarrazões a fls.136/143.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido. No mérito, contudo, não comporta provimento.

Sabe-se que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, sociedade de economia mista integrante da Administração Pública Indireta do Estado de São Paulo, foi instituída mediante autorização da Lei Estadual nº 119, de 29 de junho de 1973, com a finalidade precípua de "(...) planejar, executar e operar os serviços públicos de saneamento básico em todo o território do Estado de São Paulo, respeitada a autonomia dos municípios", conforme disposto em seu artigo 1º.

A esse propósito, vale asseverar que as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos não podem receber tratamento similar àquele dispensado às exploradoras de atividades econômicas, a despeito de ambas serem classificadas como "pessoas jurídicas de direito privado".

Ressalte-se, inclusive, que esta relatoria decidia no sentido de estender a imunidade recíproca às sociedades de economia mista como, por exemplo, COHAB e CDHU.

Todavia, atualmente, tem por adequada e pertinente a adoção do entendimento o qual considera que a hipótese retratada nos autos não se adequa ao reconhecimento da imunidade tributária pretendida.

Com efeito, o instituto da imunidade recíproca é disciplinado pelo artigo 150, VI, "a", §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; (...) § 2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. § 3º As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativamente ao bem imóvel.

Além da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, apenas as autarquias e fundações públicas estariam abarcadas pela imunidade. Esta assertiva é também corroborada pelo disposto no § 2º, do artigo 173, segundo o qual "as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado".

Destarte, ao vedar que as sociedades de economia mista gozem de privilégios fiscais não extensivos às sociedades do setor privado, a Carta Magna teve

Acesso ao Sumário

como desiderato equipará-las e, assim, impedir a concorrência desleal.

Sob este aspecto, destaque-se que esse tipo societário tem personalidade jurídica de direito privado e se destina à exploração de atividade econômica.

Está sujeito, portanto, ao regime próprio das empresas privadas sob a orientação de princípios específicos, dentre os quais o da livre iniciativa e o da livre concorrência (art. 170, IV, CF).

Nesse contexto, a apelada, embora substitua a pessoa política estatal na prestação de serviços públicos essenciais, ainda assim não deixa de ser considerada pessoa jurídica de direito privado.

Logo, não há que se falar em concessão de imunidade recíproca, o que violaria os princípios da isonomia e da livre concorrência, mas sim no instituto da isenção, eis que a atividade desempenhada pela apelante não se dá em regime de monopólio ou exclusividade.

Importante mencionar, ainda, o recente julgado do STF exarado no Tema 508 de jurisprudência, no qual foi assentado que "*sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores e que, inequivocadamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra da imunidade tributária prevista no art.150, VI, "a" da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas*" (REsp 600.867/SP).

Desse modo, ausente condição para reconhecer a imunidade em favor da SABESP.

Outrossim, no Município de Itanhaém inexiste lei concessiva de isenção fiscal em relação aos imóveis da apelada.

Tecidas tais considerações, deve a sentença ser mantida.

Em virtude da sucumbência recursal a teor do § 11 do art. 85 do CPC, majoram-se os honorários advocatícios devidos pelo município ao patrono da parte contrária para R$ 800,00 (oitocentos reais).

Por fim, para que não se alegue cerceamento do direito de recorrer, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, bastando que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no acórdão, como de fato ocorreu, sendo desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais.

Atentem-se as partes para o cabimento de embargos declaratórios nas estreitas hipóteses delineadas no artigo 1.022, sob pena de eventual aplicação das multas processuais previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 1.026, ambos dispositivos do Código de Processo Civil. Assinale-se que esta medida está em consonância com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Ante o exposto**, nega-se provimento ao recurso, com majoração de**

Acesso ao Sumário

honorários, nos termos do acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 22.919)

Ouso divergir da Douta maioria.

Com efeito, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, sociedade de economia mista integrante da Administração Pública Indireta do Estado de São Paulo, foi instituída mediante autorização da Lei Estadual nº 119, de 29 de junho de 1973, com a finalidade precípua de "*(...) planejar, executar e operar os serviços públicos de saneamento básico em todo o território do Estado de São Paulo, respeitada a autonomia dos municípios*", conforme disposto em seu artigo 1º.

Dessa maneira, ao cumprir o dever do Estado, quase integralmente sob regime jurídico administrativo, fazendo parte da Administração Pública Indireta, a SABESP desempenha *munus* público e deve ser contemplada pelo beneplácito constitucional conferido às pessoas políticas, de modo que a imunidade deva, a ela, ser estendida.

A respeito do tema, assim preleciona Roque Antonio Carrazza[1]: "*as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando delegatárias de serviços públicos ou atos de polícia, são tão imunes aos impostos quanto as próprias pessoas políticas, a elas se aplicando, destarte, o princípio da imunidade recíproca*."

A questão assume maior relevância quando se analisa o art. 150, VI, a, da Carta Constitucional, que consagra a regra da imunidade intergovernamental recíproca, impedindo que os entes políticos da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) estabeleçam impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Confira-se:

> "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)
>
> VI - instituir impostos sobre:
>
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
>
> (...)
>
> § 2º - A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.
>
> § 3º - As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração

1 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 24ª ed., p. 729.

Acesso ao Sumário

> de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativamente ao bem imóvel."

Note-se que a exceção de que trata o § 3º, do art. 150, da CF, atinge apenas a exploração, pela entidade estatal, de atividade econômica regida pelo direito privado, razão pela qual as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, como instrumentos que são da descentralização da atividade estatal, não podem receber o mesmo tratamento dispensado às sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas. De fato, embora sujeitas ao regime de direito privado, quando exercentes de atividades públicas, sofrem influxos do direito público e, em consequência, devem gozar de privilégios e prerrogativas atribuíveis a entidades estatais centralizadas.

Nesse aspecto, vale ressaltar o fato de o Estado de São Paulo ser detentor da quase totalidade do seu capital social, o que torna irrelevante a participação privada na vida da empresa. Ou seja, a titularidade e a efetiva prestação do serviço público se confundem com o próprio ente estatal.

Nada obstante, conquanto o art. 173, § 2º, da Constituição Federal, preveja que as sociedades de economia mista não gozam dos privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, há entendimentos jurisprudenciais consolidados no sentido de que, atendidos os requisitos constitucionais e legais, é possível aplicar-se a imunidade *sub judice* às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Em que pese o Recurso Extraordinário nº 600867/SP, representativo do tema 508, estar pendente de julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que as sociedades de economia mista prestadoras de serviço de distribuição de água e saneamento, tendo em vista que desempenham atividade de prestação obrigatória e exclusiva do Estado fazem jus à imunidade recíproca. Nesse contexto, pode-se tomar como exemplo a própria SABESP, cujo fim maior está relacionado à melhoria das condições de saneamento básico, dever do Estado na conformidade do artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal. Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO DE SANEAMENTO. IMUNIDADE RECÍPROCA RECONHECIDA**. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a imunidade recíproca é aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviço de distribuição de água e saneamento, tendo em vista que desempenham atividade de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. As instâncias ordinárias assentaram que a companhia é controlada pelo Governo do Estado do Espírito Santo e que tem por finalidade essencial os serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários, razão pela qual as taxas

Acesso ao Sumário

cobradas a título de serviço teriam por escopo cobrir os custos operacionais, sem qualquer finalidade lucrativa. Dessa forma, o acolhimento da pretensão encontra óbice na Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 763000 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 29-09-2014 PUBLIC 30-09-2014) (grifo nosso)

Agregue-se, ainda, que o STF declarou a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por se tratar de empresa pública prestadora de serviço público, o que se pode aplicar por analogia à hipótese dos autos. Veja:

"**TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IPTU. MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO. ATOS ECONÔMICOS OU CONCORRENCIAIS. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL**. A ECT é imune à tributação por impostos, nos termos do art. 150, IV, a da Constituição. [...] a Corte firmou orientação no sentido da aplicação da imunidade tributária recíproca à ECT. Registro, por oportuno, a ementa da ACO 959 (rel. min. Menezes Direito, DJ e de 16.05.2008): "**Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, a, da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte**. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, ´a´, da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a da Constituição Federal. 2. Ação cível originária julgada procedente. Confiram-se, em sentido semelhante, v.g., o RE 407.099 (rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 06.08.2004) o RE 354.897 (rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 03.09.2004) e o RE 398.630 (Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 17.09.2004). Quanto à fundamentação, cf. o RE 364.202 (Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 28.10.2004) e o RE 424.227 (Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 10.09.2004). [...]". (STF - AI: 748027 SP , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 06/08/2012, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 16/08/2012 PUBLIC 17/08/2012).

E ainda:

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Imposto predial e territorial urbano IPTU. **Sociedade de economia mista concessionária de serviço público. Imunidade recíproca**: aplicabilidade. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (STF, Ag. Reg. no RE 773131/MG, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 17/12/2013).

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, confiram-se os seguintes julgados deste E. Tribunal:

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – EXERCÍCIOS DE 2009 A 2013 – MUNICÍPIO DE ILHABELA – SABESP – Sentença que julgou procedente os embargos à execução fiscal – Apelo do Município – IPTU – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – **SABESP – Sociedade de Economia Mista – Pretendido reconhecimento à imunidade recíproca – Possibilidade – Precedente do Supremo Tribunal Federal – As Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviço público de água e esgoto estão abarcadas pela imunidade tributária recíproca, nos termos da alínea "a", inciso VI, do artigo 150, da Constituição Federal.** [...]. – Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJSP, AP 1001422-04.2018.8.26.0247, Rel. Des. Eurípedes Faim, j. em 09/06/2020). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – IPTU do exercício de 2008 – Alegação de imunidade recíproca – **Sociedade de Economia mista – Prestação de serviço público essencial, consistente no fornecimento de água e coleta de esgoto – Decisão do STF pela extensão da imunidade recíproca à SABESP** – Inteligência do art. 150, "a" da CF – Sentença mantida – Recurso improvido (TJ/SP, AP 0008471-64.2013.8.26.0126, Rel. Des. Eutálio Porto, j. em 29/01/2015.) (grifo nosso)

A propósito, podemos nos valer de mais um elucidativo ensinamento de Roque Antonio Carraza, *in verbis*:

"Excepcionalmente admite-se que o Estado intervenha no campo reservado à livre iniciativa, o que ele faz por intermédio de suas empresas públicas e de suas sociedades de economia mista. Quando isto acontece, deve submeter-se ao regime jurídico tributário aplicável às empresas privadas, conforme estatui o já estudado art. 173 da Carta Magna.

Quando, porém, a empresa pública ou a sociedade de economia mista são delegatárias de serviço públicos ou de poder de polícia, elas, por não concorrerem com as empresas privadas, não se sujeitam aos ditames do precitado art. 173.

O que estamos querendo significar é que as sociedades mistas e as empresas públicas, enquanto delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia, são instrumentos do Estado e, neste sentido, são entidades tão públicas quanto ele. Desempenham atividades que as empresas privadas jamais assumiriam, a não ser que contratadas pelo próprio Estado, sob a forma de concessão ou de permissão.

Podemos, pois, dizer que, neste caso, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas de poder público que exercitam, são, *tão-só quanto à forma,* pessoas de direito privado.

Quanto ao fundo são instrumentos do Estado, para a prestação de

Acesso ao Sumário

serviços públicos ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo **as vezes das autarquias, embora damo-nos pressa em proclamar com elas não se confundam. Neste sentido, enquanto atuam como se pessoas politicas fossem, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem ter embaraçada ou anulada sua atuação publica por meio de impostos. Esta é a consequência de uma interpretação sistemática do art. 150, VI, "a", da CF."** (Curso de Direito Constitucional Tributário, 23ª edição, Ed. Malheiros, pág. 722). (g.n.)

À vista desse panorama, infere-se que a SABESP é exemplo de sociedade de economia mista que presta "serviços de saneamento, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida e do meio ambiente. Além disso, atua em consonância com os princípios do desenvolvimento sustentável e com as políticas ambientais e socioeconômicas do Governo do Estado de São Paulo, seu acionista controlador."[2]

Logo, revela-se equivocado o entendimento externado pela Fazenda Municipal quando, ao interpretar o art. 173, § 2º da Constituição Federal, afirma que a imunidade estendida às autarquias e às fundações públicas não se aplica à SABESP.

Portanto, filio-me ao entendimento de que a SABESP faz jus à imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, § 2º, da CF, por prestar serviço público essencial e próprio do Estado, **motivo pelo qual a execução fiscal correlata aos créditos de IPTU deve ser extinta, por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.**

Contudo, não há que se falar em imunidade no que diz respeito à Contribuição Custeio Serv. Iluminação Pública, pois o artigo 150, VI, "c", da Constituição da República refere-se apenas a impostos. Confira-se:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Acerca do tema, é o que se extrai das lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA: "**Note-se que só existe imunidade quanto aos *impostos*. Ela não beneficia as taxas, nem a contribuição de melhoria nem as demais contribuições fiscais ou parafiscais**". (*in* "Curso de Direito Constitucional Positivo", 24ª edição, 2005, São Paulo: Malheiros Editores, página 719).

Nesse contexto, assim já se decidiu neste E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal – Multa de postura (depositar terra em área pública). Sentença de improcedência. 1) Apelação da Sa-

Acesso ao Sumário

2 Relatório de Contratações Públicas Sustentáveis da SABESP, disposto segundo as diretrizes instituídas pelo Programa Estadual de Contratações Públicas Sustentáveis do Governo do Estado de São Paulo, com a manutenção das principais ações socioambientais e as novas práticas aplicadas a sua cadeia de suprimentos no período. 1975.

besp Nulidade de CDA, Imunidade e Isenção não procede CDA preenche os requisitos legais – Destaca-se, ainda que se verificassem quaisquer erros formais, por força de entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 392, há que dar prazo para Municipalidade proceder à substituição da CDA – Imunidade não é aplicada à multa, apenas aos impostos – Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta C. Câmara – Execução fiscal referente à cobrança de multa de postura – Isenção, que só pode ser veiculada mediante lei específica, nos termos do art. 150, § 6º, da Constituição Federal – Isenção que, em todo caso, não incluiria a multa administrativa, que tem caráter sancionatório, não se tratando de tributo. RECURSO DESPROVIDO. 2) Apelação da Municipalidade – Majoração dos honorários advocatícios em relação ao trabalho efetuado pelos procuradores municipais – Sentença nessa parte reformada – Majoração nos termos do art. 85, § 2º e 3º do CPC/2015 e 22 e 23 da Lei 8.906/94 (EOAB). RECURSO PROVIDO. (Apelação 9000275-02.2009.8.26.0090, Relatora Desembargadora Mônica Serrano, j. 28/09/2017) Grifei

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Multas administrativas. Exercício de 2016. Rejeição de objeção de não executividade. Alegação de imunidade. Improcedência. Benefício fiscal que diz apenas com impostos. Inteligência do artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso denegado. (Agravo de Instrumento n.º 2033910-23.2019.8.26.0000, Rel. Des. Geraldo Xavier, j. em 06/06/2019). Grifei

Portanto, considerando-se que a imunidade tributária não se aplica a todos os débitos fiscais, **mas apenas aos impostos**, de rigor o desacolhimento da pretensão recursal no que se refere ao afastamento da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública.

Quanto a esta, encontra previsão no art. 149-A da Constituição Federal, daí advindo a competência tributária outorgada aos Municípios, permitindo-lhes a instituição de contribuição vinculada ao custeio do serviço de iluminação pública.

O STF, no julgamento do RE nº 573.675/SC, assentou que referida contribuição constitui tributo de caráter sui generis, que não se confunde com os impostos, porque suas receitas se destinam a finalidade específica, nem com as taxas, porque sua cobrança independe da contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. Confira-se, a propósito, a ementa do referido aresto:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149- A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENER-

Acesso ao Sumário

*GIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - **Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. V - Recurso extraordinário conhecido e improvido.* (RE 573675, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-07 PP-01404 RTJ VOL-00211-01 PP-00536 RDDT n. 167, 2009, p. 144-157 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 409-429 JC v. 35, n. 118, 2009, p. 167-200) (grifei)

Descabe, ainda, o afastamento da referida exigência em razão de suposta inobservância de convênio entre as partes, uma vez que, ao cuidar do tema, assim preceitua a legislação de regência, a saber, o CTN:

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Por fim, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional ventilada pelas partes e constante no v. aresto.

Ante o exposto, **DAVA PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para extinguir a execução fiscal com relação aos créditos relativos ao IPTU, reconhecendo a imunidade tributária da embargante quanto a este tributo, prosseguindo-se a demanda com relação aos créditos relativos à contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. Por haver decaído em maior parte, condeno a Municipalidade ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios que ora fixo em R$ 1.000,00 (mil reais) fazendo-o nos termos do

Acesso ao Sumário

art. 85, §§ 8º e 11 e art. 86, ambos do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050618-40.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes ANTONIA LIMA DA SILVA, JOSÉ FELIX NETO, JOÃO GABRIEL ALMEIDA DA SILVA (MENOR REPRESENTADO), ADELIA CRISTIANE MESSIAS ALMEIDA (REPRESENTANDO MENORES), GUSTAVO CARDOSO DA SILVA (MENOR REPRESENTADO), JULIANA CAROLINE PEREIRA CARDOSO (REPRESENTANDO MENORES), ANA CAROLINA CARDOSO DA SILVA (MENOR REPRESENTADA) e ANTONIA LUCIA GOMES DA SILVA e Apelado MUNICÍPIO DE BARUERI.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "1. Negaram provimento à remessa obrigatória e à apelação fazendária. 2. Deram parcial provimento ao apelo dos autores. V.U. (Sustentou oralmente a Dra. Maria Isabel Matos Tancredo, OAB/RJ 225367)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.817)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 9 de agosto de 2022.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE POR DISPARO DE AGENTE ESTATAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

- À falta de imputar-se conduta comissiva ao próprio Estado, calha, porém, que a conduta ilícita objeto destes autos, embora não estime praticada propter officium – é dizer, no exercício de funções policiais –, atrai a responsabilização estatal por omissão na escolha (culpa in eligendo) ou na fiscalização de seus agentes (culpa in vigilando), na medida em que, usando (ao menos) munição de domínio do Estado), agiram, assim, na qualidade de policiais, aproveitando-se, pois, de algo apropriado a essa qualificação.

Acesso ao Sumário

- Não há nos autos indicações que escorem a pretendida condenação da Municipalidade de Barueri pela morte da vítima. Ainda que haja referências circunstanciais, falta robustez a essas indicações para concluir, com certeza bastante, pelo concurso de agentes do Município na conduta em exame. Averbe-se que um servidor municipal respondeu criminalmente por essa conduta, sendo absolvido na jurisdição penal.

- O padrasto da vítima tem a seu favor, tanto que se provou a convivência, o benefício da presunção da lesão moral resultante da morte de seu filho de criação.

- Os atos de realização obrigatória, quais os do procedimento que culmina no sepultamento dão ensejo a despesas funerárias (lato sensu) que podem ser objeto de liquidação, ali se apurando seu valor, observado o limite máximo previsto na normativa previdenciária. Diversamente, calha que tratamentos psicológicos não têm o amparo de semelhante compulsoriedade, e nenhuma foi nos autos a prova de estabelecimento de transtornos de natureza psicológica a justificar-lhes o reconhecimento, para só posterior remessa à liquidação de sentença.

- Os valores para a compensação assinados em primeiro grau – R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) – comportam acréscimo, para atender ao critério adotado nesta Câmara moldado a precedentes do STJ – indicando-se o equivalente a 500 salários mínimos. Este será o valor total a distribuir-se entre os autores. Mantidos, com a só inclusão da parte de José Félix Neto, os critérios de distribuição indicados na sentença, à demandante Antônia Lucia Gomes da Silva corresponderá 2/7 desse total, e a cada qual dos demais requerentes, 1/7.

- Cabe aplicar ao tema dos juros de mora o disposto no verbete 54 do direito sumular do STJ.

- No que tange o valor e o termo derradeiro da pensão mensal – considerada a falta de elementos pontuais acerca da renda da vítima –, cabe adotar os critérios já perfilhados nesta Câmara, quais o de adotarem-se 2/3 do salário mínimo até a data em que os beneficiá-

Acesso ao Sumário

rios completem 25 anos de idade.

Não provimento da apelação fazendária e da remessa obrigatória, que se teve por interposta.

Acolhimento, em parte, da apelação dos autores.

VOTO

RELATÓRIO:

Tratam estes autos de ação ajuizada por Antônia Lucia Gomes da Silva, José Felix Neto, Ana Carolina Cardoso da Silva (menor), Gustavo Cardoso da Silva (menor), João Gabriel Almeida da Silva (menor) e Antônia Lima da Silva contra a Fazenda do Estado de São Paulo e o Município de Barueri.

Buscam os autores indenizarem-se e compensarem-se por danos materiais e lesões morais da morte, em 13 de agosto de 2015, de Jailton Vieira da Silva, que, segundo consta dos autos, é filho natural da requerente Antônia Lucia Gomes da Silva, neto da suplicante Antônia Lima da Silva, filho de criação do demandante José Felix Neto e pai dos demais autores.

Narra a inicial que a morte de Jailton Vieira da Silva deve atribuir-se a disparos de arma de fogo efetuados por policiais militares e por guardas civis do Município de Barueri, que, encapuzados, procederam a execuções letais a fim de vingar a morte de um policial militar e de um guarda civil, ocorrida dias antes.

A r. sentença de origem, após instrução probatória, assim decidiu:

"Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC para condenar o Estado de São Paulo:

*a) ao pagamento de indenização por danos materiais aos autores Ana Carolina Cardoso da Silva, Gustavo Cardoso da Silva, João Gabriel Almeida da Silva, consistente em pens*ão mensal, incidente de 13/08/*2015 até a maioridade, no patamar de 25% do salário mínimo nacional vigente à época do pagamento para cada autor, com atualização monetária pelo índice IPCA-E desde cada vencimento, e juros de mora pela remuneração oficial da caderneta de poupança, a partir da citação da presente demanda, reconhecendo-se o caráter alimentar da verba em comento;*

*b) ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para a autora Antonia Lucia Gomes da Silva, e de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para os coautores Ana Carolina Cardoso da Silva, Gustavo Cardoso da Silva, João Gabriel Almeida da Silva e Antonia Lima da Silva, com corre*ção monetária pelo índice IPCA-*E e os juros de mora pelo índice de remuneração da caderneta de*

Acesso ao Sumário

poupança, ambos (correção e juros) devidos a partir do presente arbitramento, pois foi considerado o valor atual da moeda.

Diante da sucumbência majoritária, condeno o réu ao pagamento das respectivas custas e despesas processuais, observada sua isenção, além de honorários advocatícios, que fixo nos patamares mínimos do art. 85, § 3º, do CPC, incidentes sobre o valor atualizado da condenação.

Ainda, com fundamento no art. 487, I do CPC, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado por José Felix Neto.

Pela sucumbência, arcará o demandante com o pagamento proporcional das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da sua pretensão, nos termos do artigo 85, § 2º do CPC, observada a gratuidade da justiça.

Por fim, com fundamento no art. 487, I do CPC, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados em face do Município de Barueri.

Pela sucumbência, arcarão os autores com o pagamento das respectivas custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da sua pretensão, nos termos do artigo 85, § 2º do CPC, observada a gratuidade da justiça que lhes foi concedida" (*e*-págs. 1762-70).

Do decidido, apelaram a Fazenda pública paulista e os requerentes.

A Fazenda estadual, argumentando, *ad summam*, (*i*) não haver comprovação de que o responsável pelo disparo letal estava no exercício de função pública; (*ii*) ser a responsabilização do Estado por omissão subjetiva, não se tendo configurado ato algum comissivo ou omissivo justificante da atribuição de sua responsabilidade na espécie; e (*iii*) faltar confirmação de que o falecido exercia atividade laboral e que, assim, contribuísse para o sustento dos demandantes. Subsidiariamente, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação pelas lesões morais e pelo afastamento da sucumbência recíproca (*e*-págs. 1808-24).

Os autores, por sua vez, sustentam e pedem, em resumo, (*i*) a condenação do Município de Barueri; (*ii*) a compensação das lesões morais suportadas por José Felix Neto, ante a existência de vínculo afetivo com a vítima; (*iii*) a condenação das requeridas no custeio das despesas funerárias e da sepultura perpétua, bem como de tratamentos psicológicos; (*iv*) a majoração do valor atribuído para as lesões morais e da pensão concedida aos filhos da vítima, devendo esta ser corrigida nos termos da súmula 490 do STF; (*v*) a fixação dos juros de mora a partir do evento danoso e (*vi*) a majoração dos honorários advocatícios ao percentual máximo estabelecido no Código de processo civil (*e*-págs. 1828-91).

Acesso ao Sumário

Responderam-se os recursos (*e*-págs. 1905-14, 1915-29 e 1930-40).

Ensejou-se vista dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, cujo parecer é

pelo parcial provimento do recurso interposto pelos coautores. Mantida no mais a r. sentença (*e*-págs.1964- 74).

É o relatório em acréscimo ao da origem, conclusos os autos recursais aos 30 de junho de 2022 (*e*-pág. 1975).

VOTO:

1. Reputa-se interposta a remessa obrigatória (arg. inc. I do art. 486 do Cód.pr.civ.).

2. Da apelação da Fazenda do Estado de São Paulo.

Tal bem o indicou a r. sentença do M. Juízo de origem, não há controvérsia nos autos, no substancial, acerca da morte de Jailton Vieira da Silva, que se vitimou por disparos de agentes policiais, morte a cujo respeito já se proferiu, até mesmo, julgado em jurisdição penal.

Remanesce, entretanto, a aferição de a conduta que resultou na morte da vítima poder atribuir-se aos agentes públicos, com o *status* de sua condição profissional. É que a norma constitucional de regência, a do § 6º do art. 37 do Código político de 1988, dispõe responderem as pessoas jurídicas de direito público "pelos danos que seus agentes, *nessa qualidade*, causarem a terceiros…".

À toda míngua de imputar-se conduta *comissiva* ao próprio Estado, calha, porém, que a conduta ilícita objeto destes autos, embora não estime praticada *propter officium* – é dizer, no exercício de funções policiais –, atrai a responsabilização estatal por omissão na escolha (culpa *in eligendo*) ou na fiscalização de seus agentes (culpa *in vigilando*), na medida em que, *usando* (ao menos) *munição de domínio do Estado* (*vidē e*-págs. 1641-6), agiram, assim, *na qualidade de policiais*, aproveitando-se, pois, de algo apropriado a essa qualificação (cf., a propósito, *brevitatis causa*, Yussef Said Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, 2007, p. 420-5).

Nesta parte substancial, portanto, meu voto é no sentido de que se negue provimento à apelação da Fazenda paulista.

3. Do pleito condenatório do Município de Barueri.

Não há nos autos indicações que escorem a pretendida condenação da Municipalidade de Barueri pela morte de Jailton Vieira da Silva. Ainda que haja referências circunstanciais (cf. o recurso dos autores: *e*-págs. 1.833 *et sqq*.), falta robustez a essas indicações para concluir, com certeza bastante, pelo concurso de agentes do Município na conduta em exame. Averbe-se que Sérgio Manhanhã, servidor municipal de Barueri, respondeu criminalmente por essa conduta, sendo absolvido na jurisdição penal (cf. *e*-págs. 1.738 *et sqq*.).

Assim, quanto a este capítulo, meu voto sugere a negativa de acolhimento da apelação dos autores.

4. A pretensão de compensarem-se lesões morais de José Felix Neto.

Acesso ao Sumário

A presunção (que, aliás, é relativa) de padecimento moral que se extrai do *quod plerumque accidit* dos vínculos familiares não compreende, no entanto, as situações extensivas, tal o caso, em que se afirmou, na inicial, ter sido Jailton Vieira da Silva *filho de criação* de José Félix Neto.

Sem embargo disto e a despeito ainda do critério mais rigoroso adotado pelo M. Juízo de origem (*e*-págs. 1.766, *in fine*, e 1.777), parece provável, conforme as indicações destes autos, que José Félix Neto assumiu por tempo relativamente largo a condição de padrasto da vítima, de sorte que pode, então, estender-se em seu benefício a presunção da lesão moral resultante da morte de seu filho de criação.

Meu voto, de conseguinte, aponta, neste ponto, o provimento da apelação dos autores.

5. Do custeio de luto, despesas funerárias e sepultura, bem como de tratamentos psicológicos.

Correspondendo a dispêndio relativo a atos de realização obrigatória, quais os do procedimento que culmina no sepultamento (neste sentido, *v.g.*, no STJ, AgInt no REsp 1.165.102), as despesas funerárias (*lato sensu*) podem ser objeto de liquidação, ali se apurando seu valor, observado o limite máximo previsto na normativa previdenciária (cf., a propósito, no STJ, REsp 860.221).

Todavia, quanto aos tratamentos psicológicos, não se tem o amparo de símile compulsoriedade, e nenhuma foi nos autos a prova de estabelecimento de transtornos de natureza psicológica a justificar-lhes o reconhecimento, para só posterior remessa à liquidação de sentença.

Acolhe-se, pois, o recurso dos autores também quanto ao ressarcimento das despesas funerárias e de sepultura, com o limite apontado.

6. Do valor da compensação das lesões morais.

A r. sentença condenou a Fazenda paulista " *ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para a autora Antônia Lucia Gomes da Silva, e de R$ 50.000, 00 (cinquenta mil reais) para os coautores Ana Carolina Cardoso da Silva, Gustavo Cardoso da Silva, João Gabriel Almeida da Silva e Antônia Lima da Silva* (…)".

Acesso ao Sumário

Os recursos, contrapostos, pedem o aumento e a redução desse valor compensatório.

Toda pessoa que noticie sofrimento pessoal – ao menos de caráter gravoso – com a lesão diretamente padecida por terceiro (ou vítima) tem, em linha de princípio, o direito de, confirmado o sofrimento, pretender a compensação do detrimento moral.

Todavia cabem limites à extensão do ricochete – porque, de não ser assim, haveria, disse isto Arnaldo Rizzardo, um "*verdadeiro caos na ordem jurídi-*

ca social" (*Responsabilidade civil*, 2007, p. 935), com uma corrente incessante de ricochetes sucessivos (cf., a propósito, Viney e Jourdain, *Les conditions de la responsabilité* , 3.ed., p. 166 *et sqq*.). Desta maneira, em face do *status* de comunidade familiar, o prejuízo moral com a morte de um de seus integrantes remete a uma compensação que deve mensurar-se *comunitariamente*.

Se bem o somatório dos valores assinados em primeiro grau – R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) – mereça acréscimo, para atender ao critério adotado nesta Câmara (p.ex., na AC 1057522-32.2018) alinhado a precedentes do STJ (*v.g*., REsp's 435.266, 1.021.986,959.780, 731.527 e 1.639.699) – indicando-se o equivalente a 500 salários mínimos –, este será o valor total a distribuir-se entre os autores. Mantidos, com a só inclusão da parte de José Félix Neto, os critérios de distribuição indicados na r. sentença, à demandante Antônia Lucia Gomes da Silva corresponderá 2/7 desse total, e a cada qual dos demais requerentes, 1/7.

7. Dos juros moratórios.

O M. Juízo de origem assinou a fluência dos juros moratórios a partir do arbitramento da compensação, argumentando que levava em conta seu valor coevo da moeda (cf. *e*-pág. 1.770).

Nada obstante forrar-se de plausibilidade, a r. sentença afastou-se, neste passo, do que tem decidido este Tribunal e o STJ. Cabe aplicar ao tema dos juros de mora do disposto no enunciado 54 do direito sumular do STJ, que determina a fluência dos juros desde a data do evento danoso.

Provê-se, também neste ponto, o recurso dos autores.

8. O *quantum* e o termo final da pensão; o tema do verbete 490 da súmula do STF.

Querem as partes, de modo oposto, posições diversas para a pensão mensal que a r. sentença decidiu ser "*incidente de 13/08/2015 até a maioridade, no patamar de 25% do salário mínimo nacional vigente à época do pagamento para cada autor, com atualiza*ção monetária pelo índice IPCA-*E desde cada vencimento, e juros de mora pela remuneração oficial da caderneta de poupança, a partir da citação da presente demanda, reconhecendo-se o caráter alimentar da verba em comento*" (*e*-pág. 1.770).

Para logo, há presunção em benefício dos menores de que a vítima, seu pai, contribuía para seu sustento.

No que tange o valor e o termo derradeiro da pensão mensal – considerada a falta de elementos pontuais acerca da renda da vítima –, cabe adotar os critérios já perfilhados nesta Câmara, quais o de adotarem-se **2/3 do salário mínimo até a data em que os beneficiários completem 25 anos de idade**. Esse entendimento é, por igual, o que frequenta julgados do STJ (p.ex., Resp's 592.671, 603.984, 767.736).

Acesso ao Sumário

Quanto à base de cálculo correspondente, não há impedimento de considerar-se o salário mínimo vigente ao tempo da sentença (enunciado 490 da súmula do STF e, ainda, inc. IV do §4º do art. 85 do Cód. pr. civ.), de maneira que, neste ponto, merece ainda reforma a r. sentença. Todavia, os critérios indexatórios adotados pelo M. Juízo de origem consonam com a jurisprudência por agora dominante, entendendo-se vedado o atrelamento da repotenciação monetária à variação do salário mínimo.

No concernente com os juros moratórios, já se indicou a pertinente aplicação do verbete 54 do direito sumular do STJ.

9. Honorários advocatícios.

Infligiu-se na r. sentença a verba honorária favorável aos demandantes nos "*patamares mínimos do art. 85, § 3º*, do CPC" (*e*-pág. 1.770), o que, para o caso, importa na aplicação dos mínimos relativos às faixas indicadas nos incisos I e II desse referido § 3º do art. 85.

Não parece falto de temperamento este critério adotado pelo M. Juízo de origem, não se vislumbrando ofensa ao disposto no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil.

10. Dos dispositivos legais prequestionados

Não se avista, para logo, pertinência atual em prequestionar as normas dos arts. 186 ("*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*"), 389 ("*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*"), 403 ("*Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*") e 884 do Código civil em vigor ("*Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*").

Quanto à norma do art. 942 do mesmo Código ("*Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação*"), ela supõe confirmação, que não houve nos autos, do estrato ilícito solidário que autorizaria a extensão da responsabilidade.

Entendeu-se atendida à previsão do art. 944 desse Código ("*A indenização mede-se pela extensão do dano*"), tanto que se majorou o valor compensatório.

Da mesma sorte, discriminadas as verbas, admitiu-se a das despesas funerárias, embora não as que, relativas a cogitável tratamento psicológico, não se entenderam cabíveis. Nisto não se vendo afronta ao disposto no art. 949 do Código Civil Brasileiro e no inciso I de seu art. 948.

Acesso ao Sumário

Por fim, no tocante com a norma do inciso II do art. 949 desse mesmo Código ["*No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:* (…) *II- na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima*"], adotou-se a orientação pretoriana que considera em conjunto a subsistência do débito, entendendo-o, na hipótese de dívida referente a filhos menores, sua duração até a idade dos 25 anos dos beneficiários.

NESTES TERMOS , pelo meu voto:

(*i*) nega-se provimento à remessa obrigatória, que se tem por interposta;

(*ii*) nega-se, por igual, provimento à apelação da Fazenda do Estado de São Paulo;

(*iii*) dá-se acolhida, em parte, à apelação dos autores para: (*a*) estender ao coautor José Félix Neto a compensação por lesões morais de que tratam estes autos; (*b*) condenar a Fazenda do Estado de São Paulo a ressarcir os autores quanto às despesas funerárias (*lato sensu*), como se apurar em liquidação e observado o limite da legislação previdenciária; (*c*) determinar a contagem dos juros de mora desde o evento danoso, nos termos do verbete 54 da súmula do STJ; (*d*) majorar a pensão devida aos requerentes menores a 2/3 do salário mínimo até a data em que esses beneficiários completem 25 anos de idade.

Em consonância do disposto no § 11 do art. 85 do Código de processo civil, cabe aumentar em 1% o valor total dos honorários advocatícios assinados na origem em favor dos requerentes.

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.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001859-08.2019.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante/apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelado/apelante MARCOS VIANA RIBEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Deram provimento aos recursos autárquico e oficial e negaram provimento ao apelo do autor V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.972)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Pedreiro – Acidente "in itinere" – Lesões no membro inferior direito – Nexo causal reconhecido – Redução parcial e permanente da capacidade laborativa – Situação que não autoriza o restabelecimento de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez – Autor amparado pelo benefício adequado (auxílio-acidente) – Cerceamento de defesa não configurado – Improcedência da ação – Recursos autárquico e oficial providos, desprovido o apelo do autor.

VOTO

A r. sentença de fls. 526/531, cujo relatório se adota, julgou procedente ação acidentária proposta por Marcos Viana Ribeiro, condenando o INSS a restabelecer-lhe o benefício de auxílio-doença acidentário a partir da data da cessação administrativa (22/01/2019), com sua conversão em auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício após a conclusão do processo de reabilitação, devendo o benefício ficar suspenso em todos os períodos posteriores em caso de concessão de auxílio-doença pelas mesmas sequelas, observando-se o prazo de prescrição quinquenal; mais abono anual; juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; atualização monetária pelo INPC; e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação até a sentença (Súmula nº 111 do STJ), observando-se o valor mínimo de R$ 2.000,00, bem como o disposto no artigo 85, § 16, do novo CPC. Outrossim, deferiu tutela antecipada para implantação do benefício no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (limitada a cem dias, em caso de descumprimento), bem como de multa diária de R$ 3.000,00 (limitada a trinta dias), em caso de revogação pelo INSS do benefício sem determinação judicial antes do trânsito em julgado da sentença.

Inconformado, apela o INSS, buscando a improcedência da demanda. Inicialmente, requer que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso, aduzindo

Acesso ao Sumário

não estarem presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência. No mais, sustenta que o autor não faz jus ao restabelecimento do auxílio-doença, aduzindo que sua incapacidade é apenas parcial e que ele se recusa a participar de programa de reabilitação profissional custeado pelo INSS. Afirma que, "*no caso em testilha, como o autor havia se recusado a submeter-se à reabilitação profissional ofertada a ele pelo INSS num primeiro momento, o ente público, constatando a consolidação de suas fraturas em 22/01/2019, simplesmente cessou o benefício, não tendo a parte demonstrado interesse em submeter-se à reabilitação profissional, e concedeu-lhe o auxílio-acidente de nº 94/627.464.410-9, que teve data de início em 22/01/2019 e está em fruição até este momento. Ou seja, não há falar-se em restabelecimento de auxílio-doença, mas tão-somente em manutenção do auxílio-acidente que o INSS já havia deferido ao apelado - o INSS nada deve ao autor além daquilo que já está lhe pagando*" (fls. 542/453). Tece considerações acerca da matéria, mencionando jurisprudência que reputa respaldar sua posição.

Também recorre o autor, pretendendo a reforma da decisão. Inicialmente, alega cerceamento de defesa, aduzindo que foi impedido de fazer as provas devidamente requeridas na ação, como realização de prova oral, requerendo o retorno dos autos ao juízo de origem. No mais, sustenta, em síntese, fazer jus à aposentadoria por invalidez, alegando estar totalmente incapacitado para o exercício da função habitual de pedreiro. Afirma que devem ser levados em consideração os aspectos biopsicossociais, ressaltando contar com 46 anos de idade, possuir baixa escolaridade, além do fato de sempre ter exercido atividade braçal. Alega que não conseguirá ser reabilitado em outra função. Subsidiariamente, requer a manutenção do auxílio-doença acidentário até a efetiva reabilitação profissional, a partir de quando será devido o auxílio-acidente. Por fim, postula que a autarquia seja condenada ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor total da condenação, que o termo inicial do benefício corresponda à data do primeiro afastamento ou, ainda, que o auxílio-doença seja mantido até a alta do médico particular.

Processados os recursos, apenas o obreiro apresentou contrarrazões.

O juízo "a quo" deixou de recorrer de ofício, sob o fundamento de que o valor da condenação não supera 1.000 (mil) salários mínimos.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Primeiramente, considero cabível o reexame necessário, em conformidade com a jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 490 do STJ, segundo a qual "*A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a 60 salários mínimos, não se aplica a senten-*

Acesso ao Sumário

ças ilíquidas".

Mesmo na vigência do novo CPC, tal é a orientação a ser seguida, ante o disposto no § 3º do art. 496, que continua a exigir a liquidez da sentença antes de dispensar o reexame em relação a novas faixas de condenação ou proveito econômico.

Ultrapassado esse ponto, cabe observar que não ocorreu o alegado cerceamento de defesa.

Ao juiz cabe verificar a necessidade das provas, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

E o caso, como se verá mais adiante, não comportava a produção de outras provas, porquanto os elementos carreados aos autos já eram suficientes para o julgamento da lide, não se fazendo necessária a reabertura da instrução processual.

No mais, trata-se de ação em que postula o autor (pedreiro) a concessão de benefício acidentário, além de indenização por danos morais, sob a alegação de que teve comprometida sua capacidade laborativa em decorrência de sequela resultante de acidente sofrido no trajeto para o trabalho, quando, ao ser atropelado por uma moto, sofreu fratura exposta da perna direita, com perda muscular e óssea.

Anote-se, inicialmente, que, embora a sentença tenha reconhecido a incompetência absoluta da Justiça Estadual para apreciação do pedido de danos morais, a questão não foi devolvida ao tribunal, à falta de recurso do obreiro nesse sentido, estando, pois, superada.

É oportuno consignar que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença acidentário de 08/06/2011 a 14/07/2015 e de 18/04/2016 a 22/01/2019, ambos em razão de "fratura da diáfise da tíbia" (fls. 468/469 e 506/513). Registre-se que este último benefício veio a ser convertido administrativamente em auxílio-acidente com termo inicial em 23/01/2019 (fls. 469).

Registre-se, ainda, que o INSS restabeleceu o benefício de auxílio-doença nº 613.816.136-3 por força da tutela antecipada concedida na sentença (DIP: 01/12/2021), cessando o auxílio-acidente (NB 94/627.464.410-9) enquanto estiver ativo o auxílio-doença, devido à acumulação indevida de benefícios (fls. 592/596).

Efetuada a avaliação médica (fls. 416/433), constatou o perito ser o autor portador de sequelas de fratura exposta da perna direita, caracterizadas por "*dores e alterações funcionais que comprometem o patrimônio físico do autor impondo dificuldades para o desempenho da sua função profissional, com consequente diminuição da capacidade laboral*" (fls. 427).

Atestou o "expert" que "*as lesões presentes são duradouras e não podem ser passíveis de cura total*". Observou, porém, que "*o quadro clínico atual não*

torna o autor inválido e definitivamente incapaz para os atos da vida social e/ou para exercer atividade de labor compatível com seu quadro clínico atual. Portanto, poderá ser submetido a processo de reabilitação profissional pelo INSS para ser habilitado a exercer atividade ou função compatível com seu quadro clínico atual, uma vez que sua doença é insusceptível de recuperação para sua atividade habitual" (fls. 427).

Concluiu, assim, que o referido quadro acarreta incapacidade laborativa parcial e permanente, apontando como data de início da incapacidade o dia 23/01/2019 (dia seguinte ao da cessação do último auxílio-doença – fls. 428).

O nexo causal comporta reconhecimento, visto que, além de não negado pelo INSS em sede recursal, foi admitido pela própria autarquia, ao conceder administrativamente os benefícios de natureza acidentária.

O laudo pericial é suficientemente claro e não foi contrariado por nenhum outro trabalho técnico.

Dentro desse quadro, têm-se como ausentes os requisitos estabelecidos pelo art. 59 da Lei nº 8.213/91 para o restabelecimento do auxílio-doença, bem como os exigidos pelo art. 42 da referida lei para a concessão da aposentadoria por invalidez, a saber: a incapacidade total do segurado e a impossibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Vale observar que, conforme já decidiu esta Câmara, "*elementos como idade, falta de qualificação profissional, baixa escolaridade e/ou fator social não constituem requisitos (nem a lei considera tais aspectos como autorizadores) para a concessão de aposentadoria por invalidez*" (Apelação nº 0009370-52.2013.8.26.0291, rel. Des. Luiz de Lorenzi, j. em 07/02/2017).

Com relação à reabilitação profissional, não há que se cogitar de determinação judicial. Cuida-se de processo que se desenvolve na esfera administrativa, adequado para determinadas situações de incapacidade total e temporária, não dependendo apenas da autarquia, mas também do comparecimento e empenho do segurado para esse fim.

Seja como for, não é demais observar que, na hipótese da autarquia submeter o obreiro a processo de reabilitação, deverá pagar-lhe durante o respectivo período o benefício de auxílio-doença (art. 62 da Lei nº 8.213/91), permanecendo então suspenso o auxílio-acidente, que será reativado após a cessação daquele, de acordo com o art. 104, § 6º, do Decreto nº 3.048/99.

Nessa situação, frustrada por algum motivo a reabilitação, não haverá como subsistir o auxílio-doença.

Em síntese, constatada a redução parcial e permanente da capacidade de trabalho, tem-se que o autor já está resguardado pelo benefício adequado (auxílio-acidente), sendo de rigor a inversão do resultado para se decretar a improcedência da ação, revogada a tutela antecipada concedida.

Acesso ao Sumário

É oportuno observar que o auxílio-acidente deverá ser reativado, caso tenha sido suspenso ou cessado em razão da aludida decisão antecipatória.

Sem ônus de sucumbência, por força de disposição legal (art. 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos autárquico e oficial e nego provimento ao apelo do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1508156-13.2016.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que é apelante MUNICÍPIO DE BERTIOGA, é apelado DOMENICO RICCIARDI MARICONDI (ESPÓLIO).

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. Vencido o relator sorteado, que declara, e o 5º Juiz. Acórdão com a Des. Mônica Serrano", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.496)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÔNICA SERRANO, vencedora, JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), REZENDE SILVEIRA e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 22 de agosto de 2022.

MÔNICA SERRANO, Relatora designada

Ementa: APELAÇÃO – Exceção de pré-executividade acolhida com fundamento na ilegitimidade passiva da excipiente – Imóvel alienado anteriormente à execução fiscal, conforme matrícula do cartório de registro imobiliário – Extinção por impossibilidade de mudança do polo passivo da ação – Ilegitimidade passiva da executada – Súmula 392, STJ – Recurso DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em execução fiscal, acolheu a exceção de pré-executividade para extinguir a ação executiva ante a

ilegitimidade passiva da excipiente, pois o imóvel foi vendido em 1962, antes da ocorrência do fato gerador e da constituição do crédito tributário, tendo sido averbada a venda na matrícula do imóvel, sendo vedada a alteração do polo passivo da ação, nos termos da Súmula 392, do STJ.

Em suas razões, sustentou a Municipalidade a reforma da sentença, a fim de que seja afastada a Súmula 392, do STJ. Assevera que a antiga proprietária, tampouco os atuais, comunicaram ao fisco a alteração de propriedade, o que é dever do contribuinte.

É o relatório.

A insurgência não merece guarida.

Cuida-se de execução fiscal distribuída em 05/12/2016 para cobrança de IPTU do exercício de 2012.

Foi oposta exceção de pré-executividade por ESPÓLIO DE DOMENICO RICCIARDI MARICONDI, sob alegação de que o imóvel gerador dos tributos foi vendido em 1962. Comprovou a transferência da propriedade para terceiros, em 1980, mediante escritura de compra e venda, devidamente registrada na matrícula, e requereu a extinção do feito.

A Municipalidade, após, veio aos autos para recorrer á extinção do feito em relação ao executado.

O recurso não merece provimento.

É possível verificar que, quando da distribuição da execução fiscal, a executada não era mais proprietária do bem. Com efeito, a execução fiscal foi movida em 2016, mas desde 1980 o imóvel pertence efetivamente a outro proprietário, conforme consta na matrícula imobiliária.

Assim, quando do ajuizamento da execução fiscal, a Fazenda acionou quem não devia, sendo certo que o novo proprietário que deveria responder pelos débitos relativos ao imóvel, como registrado na r. decisão. A Municipalidade, assim, ingressou em juízo com execução fiscal para cobrar débitos relativos à IPTU de pessoa que não era mais proprietária.

Ocorre, contudo, que, uma vez distribuída a execução fiscal, não se faz mais possível alterar o lançamento para modificar o polo passivo.

Em observância ao art. 2º, § 8º, Lei 6.830/80, admite-se a substituição ou emenda da CDA somente em caso de erro formal ou material e antes da prolação da sentença, mas desde que não implique modificação do sujeito passivo da obrigação tributária. Este também é o entendimento da Súmula nº 392 do c. Superior Tribunal de Justiça:

> *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*

Acesso ao Sumário

execução.

A bem da verdade, a modificação do sujeito passivo na ação executiva é vedada, pois implicaria alteração do próprio lançamento. Conclui-se, assim, que a exequente não tomou as providências necessárias para o acertamento de seu crédito, para atribuir-lhe liquidez e certeza, conforme preceitua o art. 202 do CTN. Com efeito, verifica-se que a CDA que embasou a presente execução é nula, posto que não há de se cogitar da certeza liquidez e exigibilidade do crédito tributário. Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior:

> *Para definir-se a legitimação passiva do executivo, portanto, não basta pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida. É indispensável identificar que, concretamente, se acha vinculado ao título, que 'nulla executio sine titulo'. (...) Enfim é o procedimento administrativo que precede à inscrição que enseja a oportunidade para definir quem vem a ser o devedor principal, subsidiário ou co-responsável. (Lei de Execução fiscal, 11ª edição, Saraiva, pg. 36).*

No mais, a Municipalidade tinha plenas condições de averiguar quem era o verdadeiro contribuinte, posto que bastava consulta à certidão do imóvel. Impossível uma obrigação acessória elida o que a lei tributária determina (sujeito passivo do tributo), o que, inclusive, justifica o arbitramento das verbas de sucumbência.

Assim, deve ser mantida a extinção da execução fiscal.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 38.018)

Divirjo da maioria.

O recurso merece provimento.

A execução tem por objeto cobrança de IPTU incidente sobre o lote 13, constante da QUADRA 04 MOGIANO, vendido há muitos anos pelos excipientes, conforme consta da matrícula do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Santos (fls. 113/114).

Os excipientes comprovaram que referido imóvel foi alienado a Wayne Tassoti, por meio de instrumento particular de compromisso de venda e compra celebrado em 28/12/1962 e registrado na matrícula do imóvel em 12/05/1980 ("R1" – fls.114).

Assim, a existência de instrumento, público ou particular, com a consequente transferência da posse, afastam a responsabilidade tributária do excipiente (compromissário vendedor) sendo este, portanto, parte ilegítima para

Acesso ao Sumário

figurar no polo passivo da execução fiscal.

Todavia, de rigor a reforma da sentença para reconhecer a possibilidade de prosseguimento da execução em face da atual proprietária, substituindo-se a CDA.

Posto isso, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015225-79.2018.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE SANTOS, são apelados/apelantes PIETRA TORRES KOIKE e MARCILEIA LOURENÇO TORRES KOIKE.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.557)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 24 de agosto de 2022.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Ressarcimento de danos estéticos e morais decorrentes de lesão por instrumento perfurocortante presente em equipamento escolar – Banco de madeira sem devida conservação – Nexo de causalidade configurado – Inteligência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal – Dano moral configurado – Ação julgada parcialmente procedente – Apelações do autor e da Municipalidade não providas.

LEI FEDERAL Nº 11.960/2009: TEMAS 810/STF E 905/STJ – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – JUROS MORATÓRIOS – Eficácia resolvida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADINs nºs 4.357 e 4.425, e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº

Acesso ao Sumário

1.270.439/DF – Inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", inscrita no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação alterada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009 – Consequente vácuo para o estabelecimento de novo indexador mais consentâneo à vocação primordial da correção monetária, que é assegurar o poder de compra do capital em face da corrosão inflacionária, resolvido no julgamento do Recurso Extraordinário Representativo de Controvérsia nº 870947/SE (j. 20/09/2017) – Adoção do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - Especial (IPCA-E) – Sobre os juros moratórios, na relação jurídica não-tributária sua taxa seguirá o índice de remuneração da caderneta de poupança, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Incidência exclusiva da Taxa SELIC para fins de correção monetária e de juros moratórios a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 113/2021 (09/12/2021).

VOTO

Vistos.

Apelações interpostas pelo Município de Santos e pela criança Pietra Torres Koike, representada pela genitora Marcélia Lourença Torres Koike, contra r. sentença do digno Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca local (fls 137/144), que julgou parcialmente procedente ação de reparação por danos morais e estéticos decorrentes de ferimento causado por banco de madeira em mal estado de conservação em escola infantil.

Eis a síntese das teses recursais do Município de Santos: a) ausência de hábeis e legítimos documentos comprobatórios dos fatos relatados; b) falta de demonstração dos efetivos danos e nexo de causalidade; c) acidente imprevisível; d) fato próprio da vítima com exclusão da responsabilidade estatal; e) foi dada toda a atenção à criança, seguindo-se a comunicação do singelo acidente aos responsáveis; f) dano moral não configurado; g) não se observaram constrangimentos, perdas pedagógicas ou mesmo faltas excessivas da referida aluna (fls 147/152).

Acesso ao Sumário

Segue o apelo interposto de forma adesiva pela criança nestes termos: a) lesão deixou marca no corpo da menor; b) sofrimento e as sequelas decorrentes do infortúnio, ainda estão presentes no inconsciente e na aparência física da

criança; c) majoração da indenização fixada (fls 164/168).

Apenas o recurso da Municipalidade foi respondido (fls 158/163).

Manifestou-se a Procuradoria da Justiça pelo não provimento dos apelos (fls 182/188).

É o relatório.

1- A criança Pietra Torres Koike, representada pela genitora Marcélia Lourença Torres Koike, acionou o Município de Santos exigindo reparação de danos morais e estéticos decorrentes de ferimento sofrido em banco de madeira mal conservado, instalado em escola infantil.

Relata a autora que em 06/04/2017 era aluna do sistema de ensino municipal, UME dos Andradas, e ao subir em um banco de madeira mal conservado, este se quebrou perfurando sua pele. Acrescenta que necessitou de diversos pontos nas costas para fechar o ferimento (fls 22).

A r. sentença de parcial procedência deve ser mantida.

2- Configura-se a responsabilidade civil objetiva do Estado pela existência de *nexo de causalidade* entre a *conduta* estatal e o *dano*. Presentes estes três elementos, de rigor a indenização, sendo prescindível a análise da culpa.

Este raciocínio encontra substrato na Carta Política, cujo artigo 37, § 6º, é explícito: *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.*

Pela teoria do risco administrativo, a obrigação de indenizar advém do mero ato lesivo e injusto dispensado à vítima. Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho que *a marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. [...] Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de as exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in elegendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando). O segundo pressuposto é o dano. [...] Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. [...] O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa* (Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, página 605, Editora Lumen Juris, 2010).

Acesso ao Sumário

Conclui-se que não será possível estender às cegas o risco integral que se extrai da responsabilidade objetiva do Estado, na medida em que tal raciocínio inexoravelmente o transformaria em segurador universal, responsabilizando-o por todas as mazelas que acometessem os cidadãos, mesmo aqueles decorrentes de sua própria conduta.

Segundo entendimento doutrinário, é *mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço ('faute du service', seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada em culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva* (Celso Antonio Bandeira de Mello - Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, página 1.020, Malheiros, 2012).

E prossegue: *se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo* (obra supra, 27ª edição, página 1.014, Malheiros, 2010).

Com efeito, tratando-se de responsabilidade subjetiva, ao Estado incumbe o ônus probatório, vez *que nos casos de 'falta de serviço' é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria* (obra supra, página 1.015).

3- Os infortúnios aguardam à espreita pelo descuido – ainda que por tempo ínfimo –, de modo que a *atenção integral* à criança e ao adolescente é crucial para evitar semelhantes acontecimentos.

Nas escolas não é diferente.

Por óbvio, é inviável que o Município disponha de um monitor para cada aluno, um cuidador individual que zele, cuide e observe cada passo dos pupilos, antecipando as ações e reações de modo a arrostar qualquer movimento que possa causar danos aos demais. O Estado não é segurador universal. Feito esse reparo, exsurgirá o dever de indenizar se deixarem os administradores de atentar à estrutura deficiente do ambiente escolar, potencialmente perigosa à causação de danos. É o caso de equipamentos malconservados, buracos e saliências nos pisos, brinquedos inadequados etc.

Na situação dos autos, a ausência de manutenção do brinquedo constituiu

Acesso ao Sumário

a causa determinante para o incidente.

Caraterizada a *faute du service.*

4- Sobre o conceito de dano moral, e em especial a sua diferenciação do mero aborrecimento, o simples contratempo, vale o magistério de Carlos Roberto Gonçalves:

No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar danos morais pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, V (que assegura o 'direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem') e X (que declara inviolável 'a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas') e, especialmente, no art. 1º, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático 'a dignidade da pessoa humana'.

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' (Responsabilidade Civil, 10ª edição, páginas 610/611, Saraiva).

É certo ainda que a doutrina de Washington de Barros Monteiro iguala o dano estético ao dano moral: *Acentue-se que o dano estético não se constitui propriamente em categoria de dano diferenciada do dano moral. Dano moral é aquele que atinge um direito da personalidade do lesado. Quanto à origem do dano estético, como critério de sua caracterização, está a ofensa à honra e à integridade física. Desse modo, por esse critério não há como distingui-lo do dano moral, que é aquele que atinge um direito da personalidade* (Curso de Direito Civil, volume 5 – Direito das Obrigações - 2ª Parte, 34ª edição, página 489, Saraiva, 2003; atualização por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva). Cuida, todavia, o saudoso Professor, de diferenciar os critérios de ressarcimento para as hipóteses de lesão pessoal e de afronta moral: *a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória...* (obra supra, página 483). No tocante ao aleijão, é

Acesso ao Sumário

evidente que a pensão equivalente à sua inabilitação ao trabalho ou diminuição da capacidade laborativa, prevista no art. 950 [e seu parágrafo único – indenização paga de uma só vez] *do novo Código Civil, tem caráter indenizatório do dano material e não do dano estético* (ainda página 489).

A cumulação desse reparo, conquanto sob rubricas distintas – dano estético e dano moral – é largamente aceita na jurisprudência compilada por Carlos Roberto Gonçalves: *Responsabilidade civil – Indenização devida – Dano moral e estético – Reparação – Embargos rejeitados. Indeniza-se o dano inteiro, inclusive, pois, o moral, que se não confunde com o material e o estético* (RT 500/216). *Acidente ferroviário – Queda de passageiro de composição férrea – Superveniência de incapacidade laborativa – Art. 21 da Lei 2.681/12 – Lesão corpórea deformante – Caso em que são acumuláveis as indenizações por dano moral (dano deformidade e dano moral) – Pensão fixada em percentual da tabela empregada pelas seguradoras – Recurso provido para esse fim* (JTACSP 116/196). *Responsabilidade civil – Indenização pela lesão estética que afetou a capacidade laborativa da vítima, afastando-a de melhores possibilidades de progresso em sua atividade profissional* (RJTJSP 17/98). Outros precedentes vêm publicados *in* RSTJ 105/331 e JTJ-Lex 225/99, com remissão a julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Responsabilidade Civil, 9ª edição, 2ª tiragem, páginas 712 a 716, Saraiva, 2006). Leia-se, enfim, a recém-editada Súmula 387, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pondo termo a fastidioso debate: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Enfim, os fatos avançaram para além da fronteira do mero aborrecimento para a órbita da reparação extrapatrimonial, posto que houve cicatriz perpétua do acidente, mas sem restringir as atividades cotidianas ou profissionais futuras.

5- Como já afirmado, não há dúvidas da ocorrência do agravo moral e estético sofrido.

Justifico o arbitramento tomando em consideração a intensidade do dano causado diante do desrespeito e descaso do ente estatal pelos fatos apresentados, bem como capacidade econômica da vítima, beneficiários, inclusive, da gratuidade judiciária.

Acesso ao Sumário

A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida; de modo que tampouco signifique enriquecimento despropositado da vítima; mas está também em produzir no agressor, impacto bastante para persuadi-lo a não perpetrar novo atentado. Trata-se então, de uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria ou para os estados d'alma humana, e que, destarte, deve ser feita pelo mesmo Juiz, ou, quando não, por outro jurista – inútil pôr em ação a calculadora do técnico em contas ou em economia. É nesta direção que o citado Brebbia, em sua excelente monografia, aponta elementos a serem levados em

conta na fixação da paga: a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima (situação familiar, social e reputação), gravidade da falta e da culpa, que repercutem na gravidade da lesão e a personalidade (condições) do autor do ilícito (Essa Inexplicável Indenização Por Dano Moral – Desembargador Walter Moraes, Repertório IOB de Jurisprudência nº 23/89, página 417).

Enfim, considerando os parâmetros que informam o dever de indenizar, e as consequências danosas, razoável a fixação de R$ 10.000,00 (dez mil reais), o que trará algum de lenitivo para reparar o agravo moral, bem como reprimir repetição de incidentes semelhantes.

6- Consumada que está a condenação, segue-se o debate sobre os critérios de incidência da Lei Federal nº 11.960/2009 para fins de correção monetária e juros de mora.

Assunto de histórico tormentoso.

É conhecida, e isso se toma como fato notório, a má disposição do Estado Brasileiro, por qualquer das três esferas federativas – União, Estados e Municípios – no que tange a honrar compromissos financeiros. O cidadão enfrenta, portanto, não apenas a inadimplência do Estado, já por si bastante grave. Pior é a sua infidelidade, afrontosa aos direitos subjetivos dos súditos, desonrando obrigações. Aí o germe da deslegitimação do poder estatal – e do Poder Judiciário, se nisso consente –, a anarquia das instituições.

Consequência desse costume espúrio, a sociedade brasileira sofreu duas investidas praticamente simultâneas do império estatal: a Lei nº 11.960/2009, e a Emenda Constitucional nº 62, publicada em 12/12/2009; relevo outras que vieram na sequência.

A primeira corrói o cômputo dos juros e da correção monetária[1]. A segunda institui parcelamento semidesindexado (caem os juros compensatórios) de longuíssimo prazo, que certamente tampouco será cumprido. Como de hábito, nenhum alento aos credores.

Parte significativa dos magistrados paulistas reagiu pelo CADIP - Centro de Apoio ao Direito Público, enunciando que *a Lei nº 11.960 somente se aplica às ações ajuizadas após a sua vigência, ressalvada a eventual declaração de inconstitucionalidade desta norma.* Da mesma origem, *a Lei nº 11.960/2009 não se aplica aos processos com trânsito em julgado, em respeito à coisa julgada.* Aguardávamos, portanto, o que considerávamos a inevitável declaração de inconstitucionalidade desse diploma, ou parte dele, pelos Tribunais Superiores, mas com o óbvio cuidado político-jurisdicional de nada precipitarmos nesta instância, além daqueles dois verbetes, sob pena de agravarmos os maus-tratos

Acesso ao Sumário

1 Diz-se no artigo 5º da Lei Federal 11.960/09, que inseriu o artigo 1º-F à Lei Federal 9.494/97: *Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.*

já impingidos ao desgraçado credor.

Não tardou, sobreveio decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, que *o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, 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 artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.*

E no que concerne à atualização monetária, ficou determinado que *o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, 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.* Diante disso, o Supremo Tribunal Federal determinou o *uso do IPCA-E tanto na correção monetária dos precatórios quanto nas condenações judiciais da Fazenda Pública, para evitar qualquer lacuna sobre a matéria e para guardar coerência com as decisões do STF na Questão de Ordem nas ADIs 4357 e 4425.*

Era o que tínhamos, e como vínhamos decidindo até o dia 25/09/2018, quando todas as Cortes Brasileiras foram cientificadas de decisão monocrática proferida no dia 24/09/2018 pelo Ministro Luiz Fux, relator do recurso de Embargos de Declaração interposto nos autos do Recurso Extraordinário nº 870947/SE, assim redigida: *Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, § 1º, do CPC/2015 c/c o artigo 21, V, do RISTF.*

Eram os Temas 810/STF e, por via reflexa, o 905/STJ.

Crise superada na sessão plenária do dia 03/10/2019, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, *por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente),* consoante a Ata nº 36, publicada no DJE nº 227, de 17/10/2019.

Enfim tornamos ao regime anteriormente ditado no julgamento do Recur-

Acesso ao Sumário

so Extraordinário nº 870.947/SE: correção monetária pela variação do IPCA-E; juros contra a Fazenda, nunca menores dos que ela própria cobraria em cobrança análoga.

Ainda nesse julgamento, foram convalidados, por *eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade*, os precatórios expedidos ou pagos até 25/03/2015. Enfim, o claro objetivo de convalidar a aplicação da TR - Taxa Referencial somente para os processos em que os precatórios já haviam sido expedidos ou que já haviam sido pagos. Em suma, solução conciliatória sobre fatos já consumados.

Na sua esfera de competência, o Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses – transcritas no que interessa – sobre o Tema 905, quando do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.270.439/PR:

VERBAS REMUNERATÓRIAS – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA – LEI 11.960/2009, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF)... 12- O art. 1º-F da Lei 9.9494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência... 18- Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais da remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão regras específicas (1ª Seção, relator Ministro Castro Meira, j. 26/06/2013).

Concorde-se ou não co'a solução pretoriana – espera-se que estável, durável –, *Brasilia locuta est, causa finita est*. É fundamental estabelecermos a segurança jurídica que se pretende da jurisprudência dessa Corte Constitucional. O resultado já publicado tem natureza oponível *erga omnes* e vinculativo (mas ainda que assim não fosse, valeria a ata publicada no dia 18/10/2019, *apud* Reclamações nºs 15.971/SE, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 14/08/2013, e 3.632-AgR, relator Ministro Eros Grau, DJe 18/08/2006).

Incidência exclusiva da Taxa SELIC para fins de correção monetária e de juros moratórios a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 113/2021 (09/12/2021).

E assim se resolve a questão.

No que tange aos valores referentes à responsabilidade extracontratual do Estado por danos morais, incidirá a Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Jus-

Acesso ao Sumário

tiça, computando-se os juros de mora a partir do evento danoso (06/04/2017). A correção monetária será computada deste o arbitramento da indenização, nos moldes da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Por meu voto, nego provimento à apelação da parte autora e à apelação da fazendária. Em consequência, condeno o Município de Santos à reparação moral no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Correção monetária da indenização moral desde o arbitramento, conforme orientação da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça. Juros de mora a contar do evento danoso (06/04/2017), nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1007509-69.2019.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, são apelados CETESB COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.239)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), ROBERTO MAIA e PAULO AYROSA.

São Paulo, 22 de junho de 2022.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Ação anulatória **– Débito fiscal – Questionamento de multa, quer quanto a sua legalidade, quer quanto ao seu valor – Ação julgada improcedente – Infração bem caracterizada que não comporta anulação – Valor da multa fixado corretamente – Sentença mantida – Recurso improvido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1:- O MUNICÍPIO DE TAUBATÉ ajuizou a presente ação anulatória, cumulada com pedido de tutela antecipada, contra a COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO CETESB e da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, alegando, em síntese, que a CETESB lavrou auto de infração e imposição de penalidade de multa (AIIPM no 03001934), em seu desfavor, em razão da contaminação do solo e das águas subterrâneas do antigo aterro sanitário municipal, o que os tornou impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde humana, bem como danosos à fauna e à flora, além da falta de adoção das exigências técnicas constantes em um segundo auto de infração (AIIPA no 03003859).

A CETESB contestou dizendo que após algumas vistorias realizadas no antigo aterro sanitário municipal, foram constatadas irregularidades, como a não realização de estudos de avaliação de áreas contaminadas do local, que poderiam agravar os danos já existentes, o que se deu mesmo após a Prefeitura ter se comprometido a cumprir um cronograma físico de execução dos serviços de investigação do aterro, até maio de 2015, e ter sido advertida, através do AIIPA no 03003859, em 4/9/2018. Em razão destes fatos, os quais evidenciam o protelamento da Administração Pública Municipal em implementar as ações necessárias para interromper a degradação da área do antigo aterro sanitário, concluiu-se, então, que estava caracteriza a falta grave, motivo pelo qual foi lavrado o auto de infração no 03001934, em 28/9/2018, e lhe impôs penalidade de multa de 1500 UFESPs.

Acrescentou que tem o dever legal de agir e autuar, de forma repressiva ou preventiva, quando constata qualquer tipo de poluição ambiental, o que decorre do poder de polícia de que é investida. No que concerne à alegação do autor de que teria lhe impingido uma sanção desproporcional, ressaltou que já havia o advertido, em auto de infração anterior, estando a penalidade aqui questionada em total consonância com as disposições do Decreto no 8.468/76. Por fim, refutou a tese de possibilidade de redução da multa imposta ao autor, pelo fato da hipótese em tela não se adequar àquela prevista no mesmo mencionado decreto. Diante do exposto, requereu a improcedência do pedido inicial. Juntou documentos (fls. 90/116).

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo também contestou arguindo, em preliminar, ser parte ilegítima, uma vez que nenhum dos pedidos do autor, se acolhidos, repercutirá na seara jurídica de sua competência. Quanto ao mérito disse que a CETESB, investida do poder de polícia administrativa, atuou, no caso em tela, em observância às normas que regulam a matéria em questão, inexistindo qualquer vício nos seus atos e em seus procedimentos adotados. No mais, apresentou os mesmos dados e teses de defesa sustentados pela CETESB, requerendo, ao fim, o acolhimento do seu pedido preliminar, com extinção do processo, sem resolução do mérito; ou, não sendo este o entendimento, a impro-

cedência do pedido inicial. Posteriormente, o autor apresentou fato novo, com juntada de novos documentos, informando que, em razão do mesmo fato, foi penalizado, em 27/2/2019, mediante a lavratura do auto de infração e imposição de penalidade de multa nº 03001963, motivo pelo qual postulou.

A r. sentença julgou IMPROCEDENTE a ação com a consequente resolução de seu mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, com fulcro no Decreto Estadual no 8.468/1976.

Apela o Município para obter a procedência da ação. Recurso processado e respondido.

É o relatório.

2:- A ação tem por objetivo a suspensão e anulação de Auto de Infração e Imposição de Penalidade de Multa (AIIPM nº 03001934), lavrado em decorrência da contaminação do solo e das águas subterrâneas no antigo aterro sanitário municipal, tornando as águas e o solo impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde, danosos à fauna e à flora, conforme análises feitas no local.

A infração foi capitulada nos artigos 2º, 3º, inciso V do Regulamento da Lei Estadual no 997/76, aprovado pelo Decreto Estadual no 8.468/76, impondo a infração nos artigos 81, inciso II, 94 e 84, inciso II, todos do mencionado Regulamento, sendo aplicada penalidade de 1500 (um mil e quinhentas) vezes o valor da UFESP.

A autora alegou violação ao devido processo legal, fazendo considerações acerca da motivação do ato administrativo e proporcionalidade que deveria ter alcançado a infração. Sustenta que embora não tenha causado o dano, colaborou com a recuperação do meio ambiente, além de ter buscado medidas para minimizar os danos causados, bem como parcerias que pudessem auxiliar na elaboração de um estudo que definisse a forma de intervenção e recuperação do dano, sendo justo que ocorra a suspensão e ou a redução da sanção pecuniária.

Pois bem. Pelo que consta dos autos, a multa decorre de contaminação do solo pelo vazadouro municipal, já interditado, onde surgiu ponto de chorume ao lado da lagoa de acumulação e junto a canaleta de águas pluviais.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos ainda que existe ação civil pública em curso que cuida da questão principal, ou seja, resolução do passivo ambiental do aterro sanitário municipal, que foi interditado pela CETESB.

A r. sentença entendeu que a infração restou caracterizada e que não houve vício no procedimento administrativo, julgando improcedente a ação (fls. 396 e seguintes).

Inicialmente tem-se que o recurso voluntário comporta conhecimento. Não se constata ofensa ao princípio da dialeticidade recursal e, por conseguinte, ao art. 1.010 do Código de Processo Civil, pois a Municipalidade fez adequadamente a exposição do fato e do direito (inciso II).

Quanto a legitimidade do Estado de São Paulo, já se decidiu que o Estado é o órgão gestor do CADIN estadual (art. 10 da LE no 12.799/08), bem como responsável pela futura inscrição em dívida ativa e execução do crédito. Ora, se assim é, acertadamente registrou a Procuradoria que o pedido do autor não se restringe à exclusão, mas também à abstenção de nova inscrição, justifica-se a inclusão da Fazenda Estadual no polo passivo. Não há nos autos discussão do mérito da autuação ou mesmo à multa aplicada, mas tão somente da inscrição realizada nos termos da LE no 12.799/08 (cf. citação a fls. 469).

No mais, correta a r. sentença que bem analisou as razões do pedido e as defesas, concluindo pela improcedência da ação.

Realmente, nada se pode modificar na decisão, adotando-se os seguintes fundamentos:

> **"Por outro lado, a requerida CETESB anexou, aos autos, relatório de inspeção (fls. 113/114), realizado em 26/9/2018, dando conta de que a área relativa ao antigo aterro sanitário municipal tem sido objeto de sua fiscalização contínua, desde o ano de 2009, quando se contatou a ocorrência de contaminação de seu subsolo.**
>
> **Desde então, a Administração Pública Municipal tem ou adotado medidas de estudos da área afetada de forma incorreta, ou protelado a implementação de providências imprescindíveis para compreensão da extensão do dano ambiental, para interrupção do processo contínuo de degradação desta área e para a sua almejada recuperação, o que faz com que o dano ao bem coletivo atinja proporções cada vez maiores.**
>
> **Diante desta negligência e omissão administrativa, a CETESP sancionou o Município autor, por duas vezes, com a penalidade de advertência, nos anos de 2016 e 2018, que não surtiu efeito para que a Administração Pública Municipal desse início à implementação das exigências técnicas recomendadas, contexto este que ensejou a lavratura dos autos de infração no 03001934 e no 03001963, em 28/9/2018 e em 27/2/2019, que culminaram na imposição de penalidade de multa, cujos valores foram de 1500 e 3000 UFESPs, respectivamente, o que se deu com fulcro nos artigos 2º, 3º, V, e 80, II, todos do Decreto Estadual 8.468/76 (fls. 115/116 e 160/161)."**

No tocante ao pedido de redução, o art. 6º da Lei n. 9.605/98 impõe ao órgão fiscalizador uma limitação ao seu poder de polícia, estabelecendo critérios para a imposição de penalidades, assim dispondo:

> *Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:*
>
> *I – a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;*
>
> *II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de*

Acesso ao Sumário

interesse ambiental;

III – a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Por seu turno, o art. 72 da Lei 9.605/98, ao discriminar as sanções cabíveis, em caso de prática de conduta lesiva ao meio ambiente, impõe estrita observância a gradação prevista no já citado art. 6º:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º: [...].

No tocante ao valor da multa, o art. 75 da Lei 9.605/98 estabelece que:

Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

E sobre a base para imposição do valor da multa, preceitua o art. 74, também da Lei

9.605/98:

Art. 74. A multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado.

No caso dos autos o histórico dos acontecimentos que envolvem não autoriza qualquer

redução.

Conforme esclarecido no parecer da Procuradoria de Justiça:

"Os antecedentes e as circunstâncias agravantes são prontamente verificáveis pela própria postura do Município diante dos fatos: por imposição judicial, a Municipalidade iniciou os estudos para mapeamento das áreas degradadas e levantamento dos riscos. Todavia, a avaliação não foi aceita pela CETESB e, em março de 2014, a Municipalidade apresentou novo cronograma de execução da avaliação, que deveria ser entregue ao órgão ambiental até abril de 2015. Ocorre que, novamente, o Município quedou-se inerte, mesmo após ter sido formalmente advertido em duas oportunidades.

Ademais, o valor de 1500 UFESP's foi estipulado dentro da gradação mínima e máxima prevista na norma regulamentar de 1001 a 5000 vezes o valor da UFESP, nas infrações graves (artigo 84, inciso II, do Decreto Estadual no 8.468/76)."

Em suma, a r. sentença não comporta qualquer reparo. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1000838-98.2021.8.26.0515, da Comarca de Rosana, em que é apelante MUNICÍPIO DE ROSANA e Recorrente JUÍZO *EX-OFFICIO*, é apelado MARTA FRANCISCA DOS SANTOS RODRIGUES.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.734)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 15 de julho de 2022.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

VACÂNCIA DE CARGO OCUPADO PELA IMPETRANTE. DESISTÊNCIA DO PEDIDO DE APOSENTADORIA APÓS CONHECIMENTO ACERCA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. Comprovação dos pressupostos da impetração. Iniciativa da servidora constitui impedimento para a abertura de processo administrativo para vacância e exoneração do cargo, com a subsequente expedição do decreto de vacância. Não é possível atribuir higidez para o ato administrativo. Impetrante que não recebeu concomitantemente proventos e vencimentos. Comprovação da não movimentação de conta do FGTS e prova de que, ao menos até maio, estava ativa na folha de pagamentos do Município. Pedido de desistência da aposentação admitido pelo INSS durante o procedimento administrativo para expedição do decreto de vacância do cargo. Precedentes dessa Seção de Direito Público. Concessão da segurança. Sentença mantida.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO E REJEITADA A REMESSA NECESSÁRIA.

VOTO

Acesso ao Sumário

O "*mandamus*" foi impetrado para sustar os efeitos do decreto de vacância do cargo de Professor de Educação Básica I, ocupado pela impetrante. Alega que, ao ser informada do fator previdenciário que faria jus, protocolou pedido de desistência da aposentação, que foi deferido pelo INSS no mesmo dia em que aquela foi deferida, em 11.01.2021. Aduz que, mesmo apresentando os documentos que comprovavam o deferimento de sua desistência da aposentação, houve abertura de processo administrativo para vacância e exoneração do cargo até então ocupado e a subsequente expedição do decreto de vacância.

MUNICÍPIO DE ROSANA, inconformado com a sentença de fls. 235/238, que concedeu a segurança, interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, (i) a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria voluntária em 11.01.2021, o que possibilitou a regular expedição do decreto de vacância do cargo exercido pela impetrante, nos termos do art. 56, IV, do Estatuto dos Servidores Municipais; (ii) a aplicação do Tema 1150, do STF, *in casu*; (iii) a legalidade do decreto de vacância, pois o pedido de desistência foi protocolado após a concessão do benefício; (iv) a inadmissibilidade do pedido de reversão de aposentadoria voluntária, conforme se depreende dos arts. 40 e ss, da LCM nº 38/2014 e do artigo 181-B do Decreto Federal n. 3048/1999.

A autora apresentou suas contrarrazões (fls. 258/266), e o recurso foi regularmente processado.

Foi determinada a remessa necessária.

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer opinando pelo não provimento do recurso e pela rejeição da remessa necessária (fls. 286/288).

É o relatório.

O "*mandamus*" foi impetrado para sustar os efeitos do decreto de vacância do cargo de Professor de Educação Básica I, ocupado pela impetrante. Alega que, ao ser informada do fator previdenciário que faria jus, protocolou pedido de desistência da aposentação, que foi deferido pelo INSS no mesmo dia em que aquela foi deferida, em 11.01.2021. Aduz que, mesmo apresentando os documentos que comprovavam o deferimento de sua desistência da aposentação, houve abertura de processo administrativo para vacância e exoneração do cargo até então ocupado e a subsequente expedição do decreto de vacância.

A sentença concedeu a segurança.

Nesse contexto, interessa saber se efetivamente a impetrante reuniu os pressupostos para a impetração do mandado de segurança.

Cássio Scarpinella Bueno comenta que o "*direito líquido e certo deve ser entendido aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental", concluindo que incumbe ao impetrante demonstrar "a ilegalidade ou a abusividade que pretende ver expungida do ordenamento jurídico, não havendo espaço para que demonstre sua ocorrência no*

decorrer do procedimento" (Mandado de segurança, 4ª edição, Editora Saraiva, 2008, p. 15).

O direito líquido e certo se resolve com a exata identificação dos pressupostos da certeza material e da certeza jurídica. Aquela envolve o suporte fático indubitável, demonstrado de plano, enquanto essa diz respeito ao apoio em norma legal ou nas garantias constitucionais (Milton Flaks, Mandado de Segurança – Pressupostos da Impetração, ed. Forense, pág. 34, 1980).

O pressuposto relativo à certeza material resulta de fato certo, ou seja, aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 4/1477, 27/140, 147/386), por intermédio de documento inequívoco (RTJ 83/130, 85/355, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72) e independentemente de exame técnico (RTFR 160/329).

A impetrante busca tutela jurisdicional que lhe assegure o direito de ser reintegrada ao cargo que ocupava, afastando o decreto de vacância, ante a homologação da desistência de seu pedido de aposentadoria.

Dos autos se infere que a impetrante protocolou o pedido de desistência quanto à aposentadoria voluntária em 26.04.2021 e que em 22.04.2021 ela já possuía conta vinculada ao FGTS pelo evento aposentadoria, iniciado em 11.01.2021 (fls. 36 e 45), porém sem movimentação (fls. 47).

Em 17.03.2021 houve o reconhecimento do direito à aposentação da impetrante, retroagindo à data do pedido (11.01.2021). Ou seja, a desistência da aposentação ocorreu depois de mais de um mês da ciência da impetrante quanto ao fator previdenciário a que faria jus, não parecendo muito razoável admitir a desistência depois desse tempo transcorrido.

Verifica-se que, em caso análogo ao presente, o interessado pediu a desistência da aposentação poucos dias após o requerimento inicial:

> *ACIDENTÁRIO – AUXÍLIO-ACIDENTE – RESTABELECIMENTO. Autor que apresentou pedido administrativo de desistência da aposentadoria e de restabelecimento do auxílio-acidente. Aposentadoria cessada e auxílio-acidente não restabelecido. Dispõe o art. 181 B, § 2º, do Decreto nº 3.048/99 que o segurado poderá desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes do recebimento do primeiro pagamento do benefício. Autor que faz jus ao restabelecimento da prestação. (...) No caso em tela a aposentadoria foi implantada em **26.05.2020** (fl. 13) e o pedido de desistência protocolizado em **29/05/2020** (fl. 16/20).* Grifo nosso. **(Apelação/Remessa Necessária 1032787-08.2020.8.26.0053; Rel. Nuncio Theophilo Neto; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 08/02/2021).**

Ademais, o processo administrativo de vacância de cargo foi aberto antes do requerimento de desistência (17.04.2021) e do deferimento do INSS quanto ao pedido da impetrante (17.05.2021), conforme fls. 30 e 54.

Por conta disso, desenhou-se um cenário em que o benefício previdenciário havia sido concedido à impetrante, que, por mera opção, não sacou o valor disponibilizado em conta, o que a teria feito desrespeitar o inciso I, §2º do art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99: *o segurado poderá desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do recebimento do primeiro pagamento do benefício.*

Porém, não se pode ignorar que o INSS, mesmo após o período transcorrido desde o início do pagamento do benefício previdenciário até o pedido de cessação, deferiu o cancelamento da aposentadoria, considerando que a autora não sacou nenhum valor de sua conta do FGTS (fls. 38). E isto acaba por afastar o caso concreto do caso paradigma suscitado no parecer jurídico do processo administrativo, o qual trata sobre o recebimento de vencimento e proventos de um mesmo cargo (fls. 61).

Ora, sem que houvesse a concessão da aposentadoria, diante do pedido de desistência homologado pelo INSS, não se configura a hipótese de vacância prevista no artigo 56 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Município de Rosana SP, o que determina o reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo.

Além disso, a fls. 49, o próprio Diretor de Recursos Humanos, diante da defesa administrativa apresentada pela impetrante, informou que ela permanecia ativa na folha de pagamento de maio de 2021. Ou seja, a autora recebia o salário normalmente e, como visto, não sacou o benefício previdenciário, inexistindo recebimento cumulado de provento e vencimento.

De outra banda, nos termos do Regulamento da Previdência Social, o pedido de desistência deve ser formulado antes do pagamento do primeiro benefício e do saque do FGTS e do PIS (artigo 181-B, §2º), não se tratando de pretensão que pode ser exercida em qualquer momento, como sustenta o Município. E assim ocorreu, pois a impetrante nem chegou a receber o benefício.

Por outro lado, a decisão pela vacância do cargo foi proferida meses depois que já comprovada a homologação da desistência da aposentadoria pelo INSS, afastando qualquer ilação a respeito de dificuldade de planejamento, não havendo qualquer violação do interesse público.

Acesso ao Sumário

Anoto, por fim, que a sentença não onera a Administração, muito pelo contrário. Entendo que é a mais eficiente *in casu*, já que evita que outro servidor seja nomeado a um cargo que pode ser declarado da impetrante, gerando ainda mais inconvenientes, por afetar a expectativa de terceiro.

Esse é o entendimento dessa Seção de Direito Público em casos similares: *"MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. Município de Rosana. Pretensão a reintegração do cargo ocupado tendo em*

vista a vacância declarada em razão de aposentadoria. A aposentadoria do impetrante, muito embora requerida, não se efetivou porque houve a renúncia a ela. O processo administrativo instaurado para fins de declaração da vacância do cargo do impetrante teve início em data que o impetrante não estava aposentado. Inaplicabilidade das previsões contidas no artigo 56 do Estatuto do Servidor Municipal, artigo 37, II, da Constituição da República. Sentença mantida. Recursos conhecidos e não providos" **(TJSP; Remessa Necessária Cível 1000843-23.2021.8.26.0515; Relatora: Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Rosana - Vara Única; Data do Julgamento: 30/03/2022; Data de Registro: 30/03/2022).**

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Insurgência contra decisão que deferiu liminar pleiteada para suspender processo de aposentadoria da impetrante, que desistiu de se aposentar antes da data da publicação do ato. Requerimento de desistência que se mostra legítimo se ocorrer antes da data de publicação do ato. Precedentes – Plausibilidade do direito alegado demonstrada. Manutenção da r; decisão que deferiu o pedido de liminar em mandado de segurança. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO" **(TJSP; Agravo de Instrumento 3006231-60.2021.8.26.0000; Relatora: Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/12/2021; Data de Registro: 03/12/2021).**

Assim, a sentença deve ser mantida, preservando-se o raciocínio do ilustre sentenciante.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e rejeito a remessa necessária.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1043628-44.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante/Apelado MUNICÍPIO DE CAMPINAS, é apelado/apelante BANCO BRADESCO 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.376)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 28 de julho de 2022.
EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA – Embargos à execução fiscal - Multa. 1) Recurso da Municipalidade. 1.1) Preliminar de nulidade da sentença afastada – Julgamento extra petita não configurado. 1.2) Multa por ausência de instalação de painéis opacos em agência bancária aplicada desde a vigência da lei municipal – Impossibilidade – Multa diária que deve ser calculada a partir da data da fiscalização – Impossibilidade de presumir o descumprimento da lei desde a sua vigência – Precedentes deste Tribunal. 2) Recurso do banco embargante. 2.1) Nulidade da CDA – Título executivo que atende aos requisitos legais, mostrando-se apto para conduzir a execução – Ausência de prejuízo para defesa da executada – Prevalência da certeza e liquidez da dívida ativa. 2) Cobrança de multa por ausência de instalação de painéis opacos em agência bancária – Lei Municipal nº 14.069/2011 – Possibilidade – Assunto de interesse local – Inteligência do art. 30, I, da CF. 3) Sucumbência recursal – Sentença ilíquida – Fixação do percentual dos honorários advocatícios em sede de liquidação – Inteligência do inciso II do § 4º do art. 85 do CPC – Sentença mantida – Recursos improvidos.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pelo BANCO BRADESCO S/A em face do MUNICÍPIO DE CAMPINAS, insurgindo-se contra a cobrança de multa por descumprimento da Lei Municipal nº 14.069/2011, que obriga as agências ou postos de serviços bancários a instalar divisórias para isolar os caixas de atendimento e os terminais de autoatendimento da área de espera dos clientes.

Impugnação da Municipalidade às fls. 69/89.

A sentença de fls. 103/111, proferida pelo MM. Juiz Guilherme Faggion Sponholz, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os embargos apenas para alterar o termo inicial da multa aplicada, que deverá ser a data de fiscalização (02/03/2012). Em razão da sucumbência recíproca, condenou a em-

Acesso ao Sumário

bargante ao pagamento de 20% das despesas processuais, competindo os 80% restantes à embargada, bem como honorários advocatícios de 10% sobre o valor decotado da execução fiscal, em prol do patrono da embargante, e de 10% sobre o montante remanescente, em favor do procurador fazendário.

Inconformada, a Municipalidade embargada apelou às fls. 114/125, preliminarmente alegando a nulidade da sentença extra petita. No mérito, sustentou que o descumprimento da norma de polícia se deu quando escoado o prazo legal para que os particulares, voluntariamente, construíssem as divisórias, de modo que a autuação apenas declarou infração pretérita. Arguiu a desnecessidade de notificação/fiscalização prévia, tendo em vista o princípio da impessoalidade e os atributos da generalidade e abstração ínsitos às leis.

Recurso tempestivo e isento de preparo, sem a apresentação de contrarrazões.

O banco embargante também interpôs recurso de apelação às fls. 131/153, sustentando a nulidade da CDA e que a lei municipal impossibilita o cumprimento de lei federal, uma vez que a existência da instalação de divisórias impede a visão ampla e irrestrita do vigilante dentro da agência. Alegou o caráter confiscatório da multa, pugnando subsidiariamente a redução da multa, conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 208/209).

A Municipalidade apresentou contrarrazões às fls. 159/180, suscitando preliminar de inadmissibilidade do recurso por violação ao princípio da dialeticidade.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

A sentença deve ser mantida.

1) Do recurso da Municipalidade

1.1) Da nulidade da sentença

Inicialmente não merece ser acolhida a alegação de sentença *extra petita*, isto porque, nos exatos termos do § 1º do art. 322 do CPC, "a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé".

Com efeito, o banco opôs os presentes embargos à execução fiscal para impugnar a multa aplicada, suscitando, dentre outros argumentos, a exorbitância da multa, bem como o caráter confiscatório da multa e a violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, subsidiariamente pedindo a redução do montante.

Dentro desse contexto, a sentença recorrida, ao examinar a questão referente ao patamar da multa impugnada, reconheceu a exorbitância do montante, em razão de erro no cálculo da multa diária ao considerando-se os 191 (cento e

Acesso ao Sumário

noventa e um) dias contados da vigência da Lei Municipal n. 14.069/11, tida por descumprida, descontado o período de "Vacatio legis" de 90 (noventa) dias".

Assim, ao contrário do que alega a Municipalidade, o MM. Juiz *a quo* se ateve aos limites objetivos da ação ao acolher a alegação de exorbitância da multa suscitada na inicial.

Quanto ao tema, a jurisprudência do STJ é no sentido de que "consoante os arts. 141 e 492 do CPC/2015, o vício de julgamento extra petita não se vislumbra na hipótese em que o juízo a quo, adstrito às circunstâncias fáticas (causa de pedir remota) e ao pedido constante nos autos, procede à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu. O julgador não viola os limites da causa quando reconhece os pedidos implícitos formulados na inicial, não estando restrito apenas ao que está expresso no capítulo referente aos pedidos, sendo-lhe permitido extrair da interpretação lógico-sistemática da peça inicial aquilo que se pretende obter com a demanda" (AgInt no AREsp n. 2.028.275/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/6/2022, DJe de 29/6/2022).

1.2) Do termo inicial da multa

No que tange ao termo inicial da multa, constou na decisão administrativa do PROCON o seguinte:

> "Tendo em vista que a violação à lei ficou comprovada e devidamente registrada no momento da autuação e, considerando o que consta dos autos, aplico a **MULTA de 95,500 UFICS**, nos termos do art. 2°, da Lei Municipal nº 14.069/2011, devendo ser recolhida ao Fundo Municipal de Direitos Difusos (...).
>
> Para efeito de obtenção do valor final da multa procedeu-se o seguinte cálculo: tomou-se o número de dias decorridos entre a data de 25/08/2011, que deu início à contagem do tempo de descumprimento da regra (descontados os 90 dias conferidos pela lei para adequação das empresas), até à data da autuação (02/03/2012), que totalizou 191 dias, e multiplicou-se por 500 UFICS, donde obteve-se o resultado de 95.500 UFICS" (fls. 34 – grifos nossos)

Dos cálculos indicados, verifica-se que a autoridade autuante, apesar de reconhecer que "a violação à lei ficou comprovada e devidamente registrada no momento da autuação", iniciou-se a contagem do tempo de descumprimento da norma desde o início de sua vigência, o que não se mostra razoável, uma vez que não é possível presumir o descumprimento da lei.

A aplicação de penalidade depende de prova estreme de dúvidas da violação da norma, não sendo suficiente a mera presunção.

Nesse sentido, em casos análogos, os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça, cujas ementas seguem transcritas:

Acesso ao Sumário

EMBARGOS À EXECUÇÃO. Medidas de proteção e segurança aos usuários de instituições bancárias. Imposição de multa administrativa em razão do descumprimento da Lei Municipal nº 14.069/2011.Legalidade da autuação. Necessidade de alteração do termo inicial para o cálculo do valor da multa. Não se pode admitir o descumprimento da lei desde sua entrada em vigor, ainda que considerados os 90 dias de *vacatio legis*. Necessidade de alteração do termo inicial de incidência de multa. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível nº 1050279-92.2018.8.26.0114; Rel. Des. Isabel Cogan; 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 11/11/2020).

APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – Lei nº 14.069/2011 – Medidas de proteção e segurança aos usuários de instituições bancárias – Multa administrativa por descumprimento à lei – Pretensão de extinção da execução fiscal e, subsidiariamente, diminuição do valor da multa aplicada – Autuação mantida – Termo inicial para o cálculo do valor da multa deve ser a data da autuação da infração, visto que o descumprimento da obrigação imposta pela lei não é presumido desde a sua vigência – Sentença de improcedência reformada parcialmente para mudar o termo inicial de incidência de multa – Recurso provido em parte.

(Apelação Cível nº 1050284-17.2018.8.26.0114; Rel. Des. Moreira de Carvalho; 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 17/02/2020).

2) Do recurso do banco embargante

Afasta-se, inicialmente, o pedido de não conhecimento do apelo por ausência de dialeticidade. Isto porque, apesar de eventuais falhas apontadas pela recorrida, tal fato não implica na falta de regularidade formal, uma vez que em suas razões recursais, o recorrente impugna satisfatoriamente a sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos, permitindo, com isso, o exame da matéria sub judice.

No mais, o recurso não merece provimento.

2.2) Da nulidade da CDA

Não há que se falar em nulidade da certidão de dívida ativa, pois a CDA atendeu aos pressupostos legais insculpidos nos art. 202 do CTN e § 5º, do art. 2º, da Lei 6.830/80, sendo apta a conduzir a execução fiscal.

Mesmo que assim não fosse, modernamente, não mais se adere à ritualística formal em detrimento da substância do ato, pois colidindo estes dois fatores, o segundo deve prevalecer sobre o primeiro. Em outros dizeres, a substância dos atos se sobrepõe em relação a eventuais defeitos formais, pois dentro de uma interpretação que leve em conta a efetividade do processo e o princípio da

Acesso ao Sumário

instrumentalidade dos atos, não tem mais espaço o formalismo exacerbado que em nada contribui para a aplicação da justiça.

Neste sentido tem-se inclinado a jurisprudência, ao iluminar as regras processuais com uma interpretação que leva em consideração o caráter instrumental e teleológico, afastando-se da exegese literal para se aproximar da "tese de que os requisitos formais que a lei impõe à Certidão de Dívida Ativa têm a finalidade precípua de identificar a exigência tributária e proporcionar meio ao executado de defender-se contra ela," conforme pode-se observar em julgados do STF, colacionado por Humberto Teodoro Júnior.

O Ministro Castro Meira, no julgamento do AgRg no Ag 1153617/SC aplicou expressamente o princípio da instrumentalidade dos atos, quando decidiu que "a existência de vícios formais na Certidão de Dívida Ativa apenas leva a sua nulidade se causar prejuízo ao exercício do direito de ampla defesa", sendo certo que não se deve exigir que se cumpram com rigor as formalidades, sem que esteja devidamente demonstrado o prejuízo havido com a preterição da forma.

Dentro deste contexto e transferindo para o caso ora sub judice, verifica-se que a maneira com que foi elaborada a CDA não comprometeu a sua essência, e nem inviabilizou o exercício do direito de defesa, tanto que o banco pôde identificar com precisão o que lhe estava sendo exigido.

Senão por isso, verifica-se que a exequente juntou a cópia do auto de infração lavrado pelo Procon de Campinas/SP (fls. 30), tendo sido, inclusive, exercido o direito de defesa na esfera administrativa, conforme decisões que rejeitaram as impugnações do banco autuado às fls. 31/40.

Com isto, inexistindo argumento contundente apto a desbancar a legitimidade da CDA, prevalece sua certeza e liquidez, atribuída pelo art. 3º da Lei 6.830/80, e art. 202 do Código Tributário Nacional.

2.2) Da multa

No mérito, observa-se, pelo teor da matéria tratada nestes autos que o litígio versa sobre a multa imposta pela Prefeitura Municipal de Campinas em razão do descumprimento de Lei Municipal nº 14.069/2011, que dispõe sobre a instalação de divisórias entre os caixas, *in verbis*:

> **Art. 1º** - As agências ou postos de serviços bancários deverão dotar suas instalações de divisórias ou estruturas similares visando isolar tanto os caixas de atendimento quanto os terminais de autoatendimento da área de espera dos clientes.
>
> **Parágrafo único** - As divisórias a que se refere o caput deste artigo deverão ter a altura mínima de 1,80m (um metro e oitenta centímetros) e ser confeccionadas em material opaco que impeça a visibilidade entre os usuários dos terminais de autoatendimento e entre os usuários dos caixas.

Acesso ao Sumário

Em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento com repercussão geral do RE 610.221 (Tema 272) reconheceu que "compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias" (RE 610221 RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010).

Deste modo, a Municipalidade tem competência para legislar sobre a imposição de obrigações visando a segurança dos usuários das agências bancárias, por se tratar de interesse local, que diz respeito aos munícipes que se utilizam dos serviços bancários oferecidos naquela localidade.

Assim, sendo reconhecida a competência legislativa municipal acerca de tais matérias, logicamente não se mostra desarrazoada a aplicação de multa em razão do descumprimento dos parâmetros estabelecidos em lei.

Senão por isso, não se vislumbra qualquer óbice ao cumprimento de leis federais, pois, ao contrário do que alega o embargante, a instalação de divisórias entre os caixas não impede a visão plena dos vigilantes bancários, servindo, na verdade, como um reforço à segurança dos usuários dos serviços bancários, de sorte que a lei municipal se encontra em harmonia com as leis federais.

Quanto à impugnação do valor da multa, verifica-se que foi aplicada multa diária de 500 UFIR's, de acordo a Lei Municipal nº 14.069/2011.

Por derradeiro, a multa punitiva aplicada está longe de ser considerada confiscatória, principalmente após a sua redução, considerando o porte da instituição financeira e a finalidade da punição de evitar a reiteração da infração.

Em razão da sucumbência recursal do apelante e tratando-se de sentença ilíquida, o percentual dos honorários advocatícios deverá ser fixado em sede de liquidação, nos termos do inciso II do § 4º e § 11 do art. 85 do CPC.

Por fim, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria suscitada, observando-se o entendimento do STJ no sentido de que "tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida" (EDcl no RMS 18205/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

Face ao exposto, nega-se provimento aos recursos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cí-

Acesso ao Sumário

vel nº 1018468-43.2020.8.26.0309/50000, da Comarca de Jundiaí, em que é embargante JOAQUIM COSTA DE ALMEIDA, é embargado MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.100)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e BURZA NETO.

São Paulo, 5 de julho de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA E INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IPTU e Taxa de Lixo – Exercício de 2011 – Demanda visando o cancelamento dos protestos lançados e inexigibilidade do valor cobrado a título de IPTU e Taxa de Lixo, bem como a condenação da municipalidade em danos morais – Descabimento – Legitimidade do autor constatada – Manutenção da r. sentença que se impõe – Recurso desprovido – Embargos de declaração opostos pelo autor embargante, aduzindo a existência de omissão no v. acórdão – Inexistência, contudo, do propalado vício – Descabimento da pretensão para fins infringentes e de pré-questionamento – Não preenchimento dos requisitos do art. 1022 do CPC/2015 – Embargos desacolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de embargos de declaração, opostos por JOAQUIM COSTA DE ALMEIDA, nos autos da ação declaratória de inexistência e inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais, com pedido de tutela de urgência (Proc. nº 1018468-43.2020.8.26.0309, da E. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Jundiaí) que move em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ**, respeitantemente à decisão de fls. 127/131, aduzindo que a mesma afigura-se omissa. Requer, assim, sejam os presentes embargos acolhidos, para o fim de sanar-se o vício de omissão ventilado.

Recebem-se os embargos de declaração de fls. 01/03, posto que tempestivos.

Não podem os embargos, contudo, ser acolhidos.

Senão, vejamos.

Não se vislumbra, com a devida vênia, a existência dos vícios arrolados no art. 1022 do CPC/2015, a justificar a interposição do presente recurso.

O que aqui se verifica é a clara divergência de entendimentos, de posições, a respeito do tema, o que, *data venia*, nem é o caso de se enfrentar por meio de embargos de declaração.

No mais, a decisão embargada, em seu bojo, trouxe argumentação suficientemente clara para demonstrar em que sentido a matéria foi decidida.

De outro lado, é evidente que não está o embargante pleiteando a mera *declaração* do julgado, mas, sim, a sua *modificação*, por meio de recurso inábil para tanto, revelando-se o *caráter nitidamente infringente* do presente recurso.

Assim, verifica-se que a irresignação recursal do embargante não se direciona a possível falha na confecção do v. acórdão, mas contra seus fundamentos!

Por fim, "*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*" (art. 1.025 do CPC).

Destarte, é de se concluir que o presente recurso não preenche os requisitos para o seu acolhimento.

Isto posto e considerando o mais que dos autos consta, **rejeitam-se** os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2038573-10.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de Ilhabela, em que é embargante ALOISIO SEBASTIAO DE LIMA, é embargado ASSOCIAÇÃO JARDIM PEREQUÊ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.052)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente), TORRES DE CARVALHO e TERESA RAMOS MARQUES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de agosto de 2022.
ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação civil pública. Município de Ilhabela. Pretensão de obter regularização do loteamento denominado "Jardim Perequê". Decisão que determinou o bloqueio imediato das contas do correquerido Aloisio, no limite de R$14.272.753,42, e, em caso negativo, a efetivação do depósito judicial deste valor no prazo de 10 dias, sob pena de multa de R$1.000.000,00 (um milhão de reais). Inadmissibilidade de bloqueio de valores relativos aos proventos de aposentadoria percebidos pelo requerido (CPC, art. 833, IV), mantida a medida com relação ao valor encontrado em sua conta bancária. Valor bloqueado que se mostra relevante a atender eventual sobreposição de áreas, considerando a ocorrência de desapropriação amigável de parte do imóvel, e não de sua totalidade. Desnecessidade de depósito do valor integral recebido a título de desapropriação e de fixação de multa. Agravo de instrumento provido em parte, com determinação. Inexistência de omissão ou nulidade. Não caracterização de julgado *extra petita*. Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

VISTOS.

Em relação a acórdão que deu provimento em parte ao recurso contra decisão que, em ação civil pública, deferira em parte o pedido de tutela provisória de urgência, determinando o bloqueio imediato das contas de Aloisio Sebastião de Lima, no limite de R$14.272.753,42, e em caso negativo, o depósito judicial do valor recebido a título de desapropriação amigável no prazo de 10 dias, sob pena de multa de R$1.000.000,00 (um milhão de reais), bem como determinara que o Município de Ilhabela se abstivesse de realizar qualquer intervenção ou obra na área objeto do litígio, ressalvada a possibilidade de estudos técnicos (p. 298/305 e 22/29), apresentou o requerido Aloisio Sebastião de Lima embargos de declaração insurgindo-se contra a parte do acórdão que determinou prestação de informações quanto à destinação do elevado montante que recebeu como indenização, o que está em desacordo com o pedido efetuado nos autos; disse que o julgado mostra-se extra petita, visto que a própria embargada sequer se manifestou neste sentido e os valores bloqueados foram considerados relevantes e

Acesso ao Sumário

suficientes; afirmou que tais créditos foram destinados a pagamento de dívidas, impostos, dentre outros, sendo questão irrelevante juridicamente e protegida por sigilo fiscal e bancário, a teor dos arts. 141 e 492, do CPC, implicando risco de constrangimento desnecessário; citou julgados sobre a matéria e pediu o saneamento do vício suscitado com a exclusão da citada determinação.

É o relatório.

Não há nulidade, erro, omissão, contradição, obscuridade ou dúvida a sanar. O acórdão decidiu fundamentadamente e com coerência o conflito de interesses e nada impõe fazer menção expressa, numérica, a regras legais não contrariadas nem com vigência negada, tampouco reproduzir argumentos já explicitamente rechaçados.

Cuida-se de recurso meramente procrastinatório, por meio do qual o embargante tenta modificar julgado unânime devidamente fundamentado. Não há que falar em vício no acórdão, pois foram enfrentados os argumentos deduzidos no processo. Nada foi acrescentado pelo recorrente, cuja narrativa demonstra somente inconformismo que não legitima oposição de embargos declaratórios.

Nos embargos de declaração, mesmo com a finalidade de prequestionamento, devem ser observados os limites traçados no Código de Processo Civil, não sendo tal recurso o meio hábil ao reexame da causa (STJ EDcl no AgInt no REsp 1890834-MG, T2, rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.06.2021).

Em relação aos demais aspectos, o acórdão foi explícito ao dizer que se trata de ação civil pública ajuizada pela Associação Jardim Perequê em face do Município de Ilhabela visando a que faça a regularização do loteamento denominado "Jardim Perequê", também conhecido como Fazenda Cassange, Cuiabá e Bananal. Pretende a autora que o Município se abstenha de desapropriar o local até julgamento final desta ação, para o fim de possibilitar a exata localização dos lotes, e promova, no prazo de 90 dias, projeto e memorial descritivo, a ser aprovado pelos órgãos competentes e submetido ao registro imobiliário, obtendo-se o necessário licenciamento ambiental, para posteriormente realizar as obras de infraestrutura básica prevista na Lei n. 6766/79, e fazer a implantação de ruas projetadas, infraestrutura básica, áreas verdes e de recreio, observadas as autorizações e licenças necessárias e, após apresentação do projeto e obtidas as autorizações legais, a Administração inicie, no prazo de 03 meses, a implantação do referido projeto. Alegou a autora que, embora o loteamento não tenha sido registrado, existem cerca de 180 proprietários, cujos lotes foram cadastrados e lançados para efeito de IPTU e que, por meio, do processo administrativo n. 7516-7/2014, pleitearam providências para obras de arruamento e infraestrutura no local, sem sucesso; anotou que a área envolve conflitos fundiários, que não se sabe a localização exata dos lotes pertencentes a Sumara Marcondes, Aloísio Sebastião de Lima ou terceiros e que o Município tem o dever de cum-

Acesso ao Sumário

prir as normas urbanísticas e resguardar os interesses coletivos de modo a evitar a degradação ambiental ou qualquer outra forma de atentado ao bem-estar dos munícipes.

Anotou-se que consta dos autos pedido incidental de tutela de urgência por parte da associação autora (p. 1416/1430 dos autos principais), sustentando que o Município ajuizou ação de desapropriação, autos n. 1001831-72.2021.8.26.0247, e, após manifestação desfavorável do Ministério Público, postulou a desistência da ação em 25.01.2022 e iniciou processo de desapropriação amigável com o requerido Aloisio Sebastião de Lima. O termo de desapropriação foi assinado em 27.12.2021, com pagamento do valor já efetivado em 29.12.2021. Em agravo de instrumento anterior, n. 2269586-77.2021.8.26.0000, antes da citada desistência da ação expropriatória autorizou-se o prosseguimento da desapropriação em âmbito administrativo n. 7756/21. Por conta disso, pediu a associação o deferimento dos seguintes pedidos: (a) bloqueio das contas do corréu Aloisio e de sua esposa até o montante do valor pago, no importe de R$14.272.753,42, sob pena de multa diária de R$20.000,00, com o depósito judicial do saldo não bloqueado; (b) que a Prefeitura de Ilhabela se abstenha de realizar quaisquer modificações na área objeto desta ação, cessando qualquer obra, levantamento ou estudo até decisão final, sob pena de multa diária de R$500.000,00, limitado ao valor de R$50.000.000,00; (c) reconhecer a conexão desta ação com a ação de desapropriação n. 1001831-72.2021.

Sobreveio, então, decisão do Juízo que considerou saneado o feito, deferiu a produção de prova documental e pericial, nomeou perito e deferiu em parte o pedido de tutela provisória de urgência para determinar imediato bloqueio do valor recebido pelo requerido Aloísio em razão do termo de desapropriação amigável e, caso negativo, depósito judicial do valor recebido, no prazo de 10 dias, sob pena de multa de R$1.000.000,00 (um milhão de reais), determinando ainda que a Municipalidade se abstenha de realizar intervenção ou obra na área objeto do litígio, ressalvada a possibilidade de estudos técnicos, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais).

Acesso ao Sumário

Ressaltou-se que a decretação de bloqueio de valores não deve recair sobre bens impenhoráveis assim definidos por lei. Segundo dispõe o inciso IV do art. 833 do CPC, "são impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o §2º".

Foi dito que, no caso concreto, de fato, o valor de R$2.779,23 diz respeito a proventos de aposentadoria do agravante, de modo que deve ser mesmo liberado, à vista do disposto no art. 833, IV, do CPC, por se tratar de dinheiro de pessoa física, destinado a sua sobrevivência e de sua família.

Neste sentido, confiram-se julgados deste E. Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO e AGRAVO INTERNO – Ação Civil Pública – Improbidade administrativa – Bloqueio de valores encontrados nas contas bancárias dos agravados – Inviável a constrição de valor com natureza salarial ou, ainda, inferior a quarenta salários mínimos, em função da impenhorabilidade prevista no art. 833, incisos IV e X, do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Precedentes – Agravo de instrumento desprovido Agravo interno prejudicado. (Agravo de Instrumento nº 2283861-31.2021.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Renato Delbianco, j. 22.04.2022).

Agravo de instrumento – Decisão liminar que determinou a penhora de valores pertencentes à parte agravante – Impugnação rejeitada – Impenhorabilidade dos valores referentes à aposentadoria do agravante – Decisão reformada – Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2253647-91.2020.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, Des. Relator Leme de Campos, j. 13.05.2021).

Consideraram-se, quanto ao mais, as informações trazidas pelo Município, nos embargos de declaração n. 2269586-77.2021.8.26.0000/50000 de fls. 22/27, relativo a este feito, de que houve desapropriação amigável de terreno urbano de área total de 242.719,83 m², situado do Bairro Perequê, firmada entre o correquerido Aloísio Sebastião de Lima e sua esposa Ana Lúcia de Souza Lima com o Município de Ilhabela, no montante de R$30.000.000,00, a serem pagos da seguinte forma: "R$14.272.753,42 (quatorze milhões, duzentos e setenta e dois mil, setecentos e cinquenta e três reais e quarenta e dois centavos), pagos em 29 de dezembro de 2021, mediante depósito em cheque (...) R$727.246,58 (setecentos e vinte e sete mil, duzentos e quarenta e seis reais e cinquenta e oito centavos) referente a amortização – e quitação – dos débitos de IPTU existente no cadastro do imóvel; c) R$15.000.000,00 (quinze milhões de reais), pagos neste ato mediante depósito em cheque (...)".

Ficou mantido, assim, o bloqueio de valores da conta bancária do agravante no valor de R$3.349.127,30, que, conforme citado no despacho de fls. 262/263, mostra-se quantia relevante, tendo em vista que eventual sobreposição de área, caso existente, não incide sobre todo o imóvel pertencente ao requerido e que apenas parte do imóvel foi desapropriada. Não se pode ignorar, ademais, as áreas da Fazenda Cuiabá (580.779 m²) e da Fazenda Cassange (2.153.765 m²), mencionadas no laudo oficial produzido na ação de extinção de condomínio (p. 96/140).

Daí a afirmação de ser desnecessário compelir o correquerido a depositar judicialmente os valores recebidos a título de desapropriação, sob pena de multa, e não encontrados em sua conta bancária. Não obstante, deverá ele informar ao Juízo a destinação do elevando montante que recebeu como indenização expropriatória.

Acesso ao Sumário

Não se trata de determinação judicial atrelada a pedido das partes para justificar o reconhecimento do julgamento *extra petita*, mas sim do poder dever do magistrado de ordenar medidas adequadas e necessárias, a fim de assegurar a prevalência do interesse público, diante do elevado valor recebido pelo agravante proveniente de verbas públicas.

Como se vê, não se justificam estes embargos de declaração, ante a decisão fundamentada, contrária aos interesses do embargante.

"Ao Tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a "res in iudicium deducta", o que se deu no caso em exame" (EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 442.193-SP, STJ, rel. Min. Franciulli Netto, 19.08.04. v. RT 841/213-217, STJ, AgRg no REsp 462.431-RN, 16.08.05, rel. Min. Denise Arruda).

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos de declaração.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1068503-62.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido VALDECI FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 2º Juiz, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.478)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 27 de junho de 2022.

RENATO DELBIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA – Mandado de Segurança – Despachante – Documentalista – Pre-

tensão ao credenciamento junto ao Detran/SP e permissão de acesso ao sistema e-CRVsp, sem a inscrição em qualquer órgão – Admissibilidade – Ação ajuizada em data anterior à publicação da Lei nº 14.282, de 28 de dezembro de 2021 – Desnecessidade de título de habilitação e registro no Conselho Regional de Despachantes – Documentalista para o exercício da atividade – Declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.107/92, que estabelecia critérios para a obtenção do título de habilitação e credenciamento para o exercício da atividade, e veto ao artigo 4º da Lei nº 10.602/02, exigindo registro perante o órgão de classe – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de remessa necessária, única interposta, que, em sede de mandado de segurança impetrado com o fim de determinar à autoridade impetrada cadastrar o impetrante no sistema e-CRV/SP, para permitir o pleno exercício da profissão de Despachante Documentalista, tendo a ordem sido **concedida** pela r. sentença de fls. 114/119.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O impetrante ajuizou o presente mandado de segurança, visando o credenciamento como Despachante Documentalista junto ao Detran/SP, e ter acesso ao sistema e-CRVsp, sem inscrição junto ao Conselho Regional de Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo - CRDD/SP.

A r. sentença concedeu a ordem.

A Lei Estadual nº 8.107/92, que dispunha sobre a atividade de despachante perante os órgãos da Administração Pública do Estado de São Paulo, previa os critérios para a obtenção do título de habilitação e credenciamento para o exercício da atividade, após aprovação em exame de capacitação técnica.

Ainda no âmbito do Estado de São Paulo, por meio da Portaria 032/2010 Detran/SP, foi instituído o Sistema de Gerenciamento do Cadastro de Registro de Veículos – e-CRVsp sendo exigidos requisitos ao profissional para integração ao Sistema:

Artigo 4º – São requisitos para a integração ao Sistema, demonstrados em procedimento protocolado junto ao Departamento Estadual de Trânsito DETRAN/SP:

I - requerimento, contendo declaração de aceitação das regras especificadas nesta Portaria;

Acesso ao Sumário

II - Adesão ao Contrato de Prestação de Serviços da Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo - PRODESP;

III - Atender às especificações técnicas necessárias à implantação do e-CRVsp inclusive no que se refere à aquisição de certificação digital, microcomputadores e periféricos que permitam adequado registro, fiscalização e controle das atividades realizadas pelo credenciado;

IV - Atender os requisitos legais exigidos para o regular exercício da profissão de despachante.

No entanto, a Lei Estadual nº 8.107/1992 foi declarada inconstitucional na ADI nº 4387, vez que reconhecido o caráter regulamentar da norma, de competência privativa da União (artigo 22, I e XVI, da CF/88).

Em vista da inconstitucionalidade declarada, a exigência de título de habilitação e credenciamento para o exercício da atividade tornou-se nula.

Por outro lado, a norma que dispõe acerca do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas, prevendo a obrigatoriedade de credenciamento do despachante documentalista perante os órgãos de classe para o exercício da atividade, bem como a permissão de cobrança e execução de contribuições anuais de pessoas físicas e jurídicas, e de outros preços, serviços e multas sofreu vetos (artigos 3º e 4º da Lei nº 10.602/02)[1], sob o argumento, dentre outros de: "*Ao dispor sobre a estrutura e a competência dos colegiados, os arts. 3º, 4º e 8º incorrem em flagrante vício de inconstitucionalidade, eis que contêm normas incompatíveis com a personalidade jurídica das entidades (direito privado). Considerando que, do contrário, esses entes deveriam possuir personalidade jurídica de direito público, o projeto estaria limitado à iniciativa exclusiva do Presidente da República, consoante art. 61, § 1º, inciso II, alínea "e", da Constituição Federal*".

Logo, **no caso em exame**, inexiste obrigatoriedade de registro no Conselho Federal e nos Conselhos Regionais para o exercício da profissão, sendo conferido aos órgãos de classe o poder de representação e fiscalização profissional.

Não se olvida a edição da Lei nº 14.282, de 28 de dezembro de 2021, a qual regulamentou a profissão de despachante documentalista, exigindo a inscrição do profissional no Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo:

Art. 1º Esta Lei regulamenta o exercício da profissão de despachante documentalista em todo o território nacional.

Acesso ao Sumário

1 Art. 3º O Conselho Federal de Despachantes Documentalistas (CFDD) e os Conselhos Regionais de Despachantes Documentalistas, em seus respectivos âmbitos, são autorizados, dentro dos limites estabelecidos em lei, a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços e serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes. (vetado)

Art. 4º O exercício da profissão de Despachante Documentalista é privativo das pessoas habilitadas pelo Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas de sua jurisdição, nos termos das normas baixadas pelo Conselho Federal. (vetado)

Parágrafo único. O profissional despachante documentalista é aquele que, entre outras exigências, possui registro no conselho profissional da categoria de que trata a Lei nº 10.602, de 12 de dezembro de 2002.

Art. 2º Despachante documentalista é o profissional legalmente habilitado para praticar, como pessoa física ou mediante constituição de pessoa jurídica, as atividades previstas nesta Lei.

Parágrafo único. A pessoa jurídica prevista neste artigo somente poderá ser constituída sob a responsabilidade de despachante documentalista legalmente habilitado.

(...)

Art. 5º São condições para o exercício da profissão de despachante documentalista:

I - ter idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos ou ser emancipado na forma da lei;

II - ser graduado em nível tecnológico como despachante documentalista em curso reconhecido na forma da lei;

III - estar inscrito no respectivo conselho regional dos despachantes documentalistas.

Parágrafo único. O conselho regional dos despachantes documentalistas, em cumprimento ao inciso II deste artigo, expedirá a habilitação, respeitada a competência adquirida no curso de graduação tecnológica.

Todavia, tendo a ação sido ajuizada em data anterior à publicação de referida lei (10.11.2021), correta a r. sentença que analisou a causa à luz das normas vigentes à época.

Logo, a concessão da segurança deve ser mantida.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido analisada.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 11.176)

Inicialmente, reporto-me aos termos do relatório do voto nº 20.478, do ilustre e culto Relator sorteado, Desembargador **RENATO DELBIANCO**:

"Trata-se de remessa necessária, única interposta, que, em sede de mandado de segurança impetrado com o fim de determinar à autoridade impetrada cadastrar o impetrante no sistema e-CRV/SP, para permitir o pleno exercício da profissão de Despachante Documentalista, tendo a ordem sido concedida pela r. sentença de fls. 114/119. Não há oposição ao julgamento virtual. A liminar foi indeferida às fls. 97/98. Não foram

Acesso ao Sumário

apresentadas contrarrazões (fls. 106). A D. Procuradoria apresentou parecer as fls.111/114, pelo provimento do recurso".

É o relatório.

Ouso divergir do ilustre e culto relator sorteado, pois entendo que a remessa necessária merece provimento.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra autoridade coatora que indeferiu o pedido administrativo do impetrante para seu credenciamento como despachante documentalista junto ao Sistema de Gerenciamento do Cadastro de Registro de Veículos (e-CRVsp).

De fato, o C. STF, no julgamento da ADI 4.387/SP, declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.107/92, nos seguintes termos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.107, de 27 de outubro de 1992, e Decretos nº 37.420 e nº 37.421, todos do Estado de São Paulo. Regulamentação da atividade de despachante perante os órgãos da Administração Pública estadual. Competência legislativa privativa da União (art. 22, I e XVI, da CF/88). Ratificação da cautelar. Ação julgada procedente. 1. A Lei estadual nº 8.107/92, a pretexto de prescrever regras de caráter administrativo acerca da atuação dos despachantes junto aos órgãos públicos estaduais, acabou por regulamentar essa atividade, uma vez que estabeleceu os próprios requisitos para seu exercício. Violação da competência legislativa da União, a quem compete privativamente editar leis sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. Precedentes. A norma de que trata o art. 5º, XIII, da Carta Magna, que assegura ser "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", deve ter caráter nacional, não se admitindo que haja diferenças entre os entes federados quanto aos requisitos ou condições para o exercício de atividade profissional. 2. O Estado de São Paulo, conforme se verifica nos arts. 7º e 8º da lei impugnada, impôs limites excessivos ao exercício da profissão de despachante no âmbito do Estado, submetendo esses profissionais liberais a regime jurídico assemelhado ao de função delegada da administração pública, afrontando materialmente o disposto no art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. **(ADI 4387, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 09-10-2014 PUBLIC 10-10-2014).**

E, como já se decidiu, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.107/92 não permite reconhecer a ausência de amparo legal da pretensão do impetrante, pois "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (CF, art. 5º, inciso XIII). Trata-se de norma de eficácia contida, de forma que, inexistente lei regulamentadora que estabeleça os requisitos necessários para exercí-

Acesso ao Sumário

cio de determinada profissão, não pode a Administração Pública obstá-lo.

No entanto, esse entendimento não mais prevalece diante da edição da Lei Federal nº 14.282/2021, a qual estabelece os requisitos para o exercício da profissão de despachante documentalista em seu art. 5º:

> *Art. 5º São condições para o exercício da profissão de despachante documentalista:*
>
> *I - ter idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos ou ser emancipado na forma da lei;*
>
> *II - ser graduado em nível tecnológico como despachante documentalista em curso reconhecido na forma da lei;*
>
> *III - estar inscrito no respectivo conselho regional dos despachantes documentalistas.*
>
> *Parágrafo único. O conselho regional dos despachantes documentalistas, em cumprimento ao inciso II deste artigo, expedirá a habilitação, respeitada a competência adquirida no curso de graduação tecnológica.*

Os documentos que instruem a inicial (fls. 18/73) não demonstram o preenchimento dos requisitos dos incisos II e III do art. 5º da Lei nº 14.282/2021. Portanto, o impetrante não possui direito líquido e certo, demonstrado mediante prova pré-constituída, ao cadastramento do e-CRVsp.

A fim de garantir a segurança jurídica, a Lei nº 14.282/2021 previu, em seu art. 12, norma de transição que autoriza a continuidade do exercício da atividade, preenchidos os seguintes requisitos;

> *Art. 12. É assegurado o título de despachante documentalista, com pleno direito à continuidade de suas funções, nos termos desta Lei, aos profissionais que estejam inscritos nos conselhos regionais dos despachantes documentalistas na data de publicação desta Lei.*
>
> *Parágrafo único. Aplica-se o 'caput' deste artigo aos inscritos em sindicatos e associações de despachantes documentalistas, em pleno exercício da atividade, e aos que comprovarem, preenchidos os requisitos definidos pelo Conselho Federal ou pelos conselhos regionais, o exercício das funções inerentes de despachante documentalista, enquanto não regulamentado o curso previsto no inciso II do art. 5º desta Lei.*

Nesse sentido, este E. Tribunal já vem aplicando a nova Lei nº 14.282/2021, independentemente da data da impetração:

> *REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Pretensão ao exercício da profissão sem necessidade de prévio cadastramento junto ao Conselho Regional dos – Despachantes – Documentalistas do Estado de São Paulo – Impossibilidade – Lei nº 14.282, de 28 de dezembro de 2021, que regulamenta o exercício da profissão de despachante documentalista e exige a inscrição profissionais no Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas (CRDD) – Inteligência dos artigos 1º e 5º da Lei nº 14.282/2021 – Ausência de comprovação nos autos de que*

Acesso ao Sumário

o impetrante preencha os requisitos exigidos na legislação de regência para exercer a profissão de despachante documentalista e, portanto, ter acesso ao Sistema de Gerenciamento do Cadastro de Registro de Veículos (e-CRVsp) – Inexistência de direito líquido e certo – Sentença de concessão da ordem reformada para a denegação da segurança – REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO. **(TJSP; Remessa Necessária Cível 1045147-38.2021.8.26.0053; Relator Des. VICENTE DE ABREU AMADEI; 1ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 17/03/2022);**

RECURSO OFICIAL – MANDADO DE SEGURANÇA – Despachante documentalista. Credenciamento e liberação do sistema e-CRVSP, para o exercício da profissão. Lei 14.282/2021 que regulamenta a profissão de despachante documentalista em todo o território nacional. Necessidade de registro no conselho profissional da categoria, conforme art. 1º e 5º da referida norma. Recurso oficial provido. **(TJSP; Remessa Necessária Cível 1046344-28.2021.8.26.0053; Relator Des. MAGALHÃES COELHO; 7ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 11/03/2022).**

A remessa necessária deve, portanto, ser provida, para reformar a r. sentença apelada e denegar a segurança, sem prejuízo de que o impetrante venha a comprovar o preenchimento dos requisitos previstos na Lei nº 14.282/2021 para o exercício da profissão de despachante documentalista, quer administrativamente, quer judicialmente.

Não são cabíveis honorários advocatícios (Lei nº 12.016/09, art. 25). Custas e despesas pelo impetrante.

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que "é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida". Além disso, esclareço também que eventuais recursos de "embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal" **(STJ, EDcl no RMS** nº 18205/SP, rel. Min. FELIX **FISCHER, julgado em 18.04.2006).**

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso e à remessa necessária.

CARLOS VON ADAMEK, 2ª Julgador

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0004498-32.2021.8.26.0026, da Comarca de Bauru, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ARNALDO SILVA.

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 a fim de que a data para início da contagem do prazo para obter progressão ao regime aberto seja aquela em que preenchidos ambos os requisitos objetivo e subjetivo da progressão anterior, vale dizer, 26/4/2021, quando da realização do exame criminológico. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.024)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 1º de julho de 2022.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – MARCO PARA PROGRESSÃO – Decisão que considerou, como marco para progressão ao regime aberto, a data em que preenchido o lapso temporal mínimo – Necessidade, porém, de também ser comprovado o requisito subjetivo, nos termos adotados pelas – Cortes Superiores Precedentes.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Irresignado com o teor da respeitável decisão de fls. 43/46, que deferiu progressão para o regime semiaberto ao sentenciado **Arnaldo Silva**, considerando-se como marco para nova progressão a data do anterior preenchimento do requisito objetivo, agrava o Ministério Público.

Sustenta que se impõe como data-base para fins de nova progressão aque-

Acesso ao Sumário

la em que o reeducando preencheu ambos os requisitos, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, isto é, em **26/4/2021** (data em que realizado o exame criminológico), e não a data em que cumpriu o lapso temporal. Requer, assim, a modificação do cômputo (fls. 1/10).

Regularmente processado, o recurso foi respondido em contraminuta pela defesa (fls. 52/56).

Mantida a decisão (fls. 61), a douta Procuradoria de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. César Pinheiro Rodrigues, manifestou-se pelo provimento do reclamo (fls. 71/73).

É o relatório.

2. O agravado, primário, foi condenado à pena de seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 213, caput, 129, §9º e 150, caput, do Código Penal (fls. 47/48).

Em 1º de junho do corrente ano sobreveio a r. decisão impugnada, que concedeu progressão ao regime semiaberto e determinou a elaboração do cálculo de penas atualizado, consignando-se como data-base a do preenchimento do requisito objetivo (fls. 43/46).

3. Dispõe o art. 112 da LEP que a progressão de regime será sempre realizada de forma progressiva, depois de cumprido o lapso temporal necessário no regime mais gravoso e se demonstrado mérito pelo sentenciado. Tanto assim, que para a progressão de regime não basta o cumprimento do requisito objetivo lapso temporal, sendo necessário, **também**, que o sentenciado cumpra o requisito subjetivo mérito, para obtenção da benesse da progressão.

Desta forma, quando o sentenciado cumpre o lapso temporal adquire uma expectativa de direito à progressão, que só será deferida se ele demonstrar estar apto a vivenciar regime menos gravoso.

Não se trata apenas do atestado de bom comportamento, podendo o magistrado considerar outros fatores, bem como determinar a realização do exame criminológico, como ocorreu no caso em questão.

Neste sentido, veja-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DATA-BASE PARA FUTURA PROGRESSÃO. DATA EM QUE FORAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. ÚLTIMO REQUISITO PENDENTE. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EXAME CRIMINOLÓGICO. ADEQUAÇÃO PARA AFERIR O REQUISITO SUBJETIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECEU. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1.

O Supremo Tribunal Federal, no HC n. 115.254/SP, passou a adotar o posicionamento de que, por ter a decisão que concede a progressão de regime natureza meramente declaratória, o marco inicial para a concessão do benefício é a data do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 112 da Lei de Execução Penal. 2. No caso em análise, embora preenchido anteriormente o requisito objetivo pelo paciente, o lapso inicial a ser considerado para fins de promoção carcerária é o momento em que foi implementado o último requisito legal, o qual, segundo a Corte estadual, foi atestado por meio de "Informações Psicológicas e Relatório Social, elaborados em 31 de julho de 2019 e assinados por psicólogo e assistente social respectivamente, atestando o mérito do paciente para a obtenção da almejada progressão de regime", ocasião em que entendeu estar preenchido o requisito subjetivo. ***3. Nesse contexto, verifica-se que o Tribunal de origem, ao definir como termo inicial para fins de progressão de regime o momento em que atingidos os requisitos objetivo e subjetivo para o regime aberto, decidiu em consonância com a jurisprudência deste Sodalício.*** *4. A alegação defensiva de que o exame criminológico não seria instrumento adequado para aferir o preenchimento ou não do requisito subjetivo pelo apenado, não foi objeto de deliberação pela autoridade impetrada, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância. 5. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado. 6. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no HC 540250/SP, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 05/03/2020; destaquei).

4. Na hipótese, embora preenchido anteriormente o requisito objetivo pelo agravado**, a data-base a ser considerada para fins de nova promoção carcerária é o momento em que foi implementado o último requisito legal**, qual seja, o subjetivo, atestado por meio do relatório conjunto de avaliação do exame criminológico, em 26/4/2021 (fls. 38).

Vejam-se precedentes deste Tribunal:

O caput e o §1º do artigo 112 da Lei nº 7.210/84, ambos com a nova redação dada pela Lei n. 13.964/2019 são claros ao exigir os critérios objetivo e subjetivo para progressão, in verbis:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Acesso ao Sumário

...

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, *comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) g.n.*

Observa-se que o artigo em questão traz como requisitos o lapso temporal mínimo como requisito objetivo, bem como a verificação do bom comportamento carcerário, requisito subjetivo analisado no momento da apreciação do pedido. Logo, o requisito objetivo não é o único a ser levado em conta para concessão do benefício, podendo ser superado quando da verificação do requisito subjetivo. Especificamente quanto ao requisito subjetivo, destaca- se que a Lei de Execução Penal, quando exige o bom comportamento carcerário para a concessão do benefício, não restringe a análise de mérito subjetivo do sentenciado pelo Juiz, levando em conta o comportamento carcerário, a prática de faltas disciplinares e até a forma de cometimento dos delitos, eis que todos esses elementos indicam a personalidade do sentenciado e obedecem ao principio da individualização da pena, inclusive para não se colocar em risco demasiado a sociedade. Ensina *Julio Fabbrini Mirabete, que "não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social" (in Execução Penal, ed. 9ª, 2000, p. 346). Neste sentido, entendemos, com a devida vênia, que a execução de pena restritiva de liberdade se realiza em várias etapas, adotando o Código Penal o sistema progressivo ou Irlandês, onde se inicia a pena mais grave de reclusão pelo regime fechado e para se passar às fases seguintes, onde a vigilância é reduzida e sem fiscalização imediata, há necessidade de que o condenado demonstre bom comportamento e ausência de faltas graves no seu histórico prisional, de modo a demonstrar que assimilou a terapêutica penal. Portanto, como exigido em lei, é necessário o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo para obter a progressão de regime, não sendo independentes, de maneira que a pena poderá ser descontada por maior tempo em cada regime, a depender da comprovação do comportamento carcerário do sentenciado."* (Agravo de Execução Penal nº 0005973-57.2020.8.26.0996, rel. Des. Damião Cogan, j. 03/09/2020);

"Baseando-se precipuamente no julgamento do "Habeas Corpus" nº 115.254/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, pretende o agravante a retificação do cálculo adstrito à progressão de sua pena, para que este passe a considerar como base para a aferição do período exigido para a progressão ao regime aberto a data em que já fazia jus ao regime se-

Acesso ao Sumário

miaberto, e não a data em que a progressão a tal regime foi reconhecida judicialmente, argumentando, neste sentido, que a decisão judicial em questão possuiria caráter declaratório, e não constitutivo. Tal entendimento, contudo, não merece guarida. Em linha com o quanto bem fundamentado pelo Magistrado na guerreada decisão de primeiro grau, faz-se de rigor atenta leitura do que consta no antigo caput do art. 112 da Lei de Execução Penal:

"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão". Da redação do aludido dispositivo legal, que não foi completamente descartada pela vigência da Lei nº 13.964/19, eis que esta, ao alterar a redação do § 1º do art. 112 da Lei de Execução Penal, manteve a determinação de que, "Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão", extrai-se a conclusão de que a decisão concessiva da progressão de regime prisional não pode ser tida como meramente declaratória, não se sustentando, consequentemente, o pedido pela consideração da data em que o reeducando já fazia jus à progressão ao regime semiaberto como base para o cálculo referente à próxima progressão, ou seja, para o regime aberto. Conforme reconhecido em sentença, a data da decisão concessiva da progressão ao regime semiaberto é que deve ser tomada como base para o aludido cálculo, dedução da qual se depreende que tal decisum possui caráter constitutivo, não declaratório. Com efeito, ao prever o legislador que o requisito objetivo adstrito à progressão de pena pressupõe o cumprimento de "ao menos" um sexto, infere-se que, a partir do alcance desta fração temporal, o sentenciado passa a ter a expectativa do direito de progredir, o qual não pode ser tido como automático ou inquestionável, já que, mais uma vez socorrendo-se à redação do referido dispositivo legal, impõe-se, além do delimitado requisito objetivo, a exigência de que ostente "bom comportamento carcerário", tratando-se este do requisito subjetivo. Assim, verificada a necessidade de que a demonstração do "bom comportamento carcerário" perdure até a data da apreciação do pedido de progressão por parte do Juízo, ao que se exemplifica com a hipótese de cometimento de uma falta grave em data posterior ao alcance do período de tempo referente ao requisito objetivo, mas anterior à decisão judicial, o que inviabilizaria a progressão almejada, conclui-se pelo acerto da sentença agravada, que

Acesso ao Sumário

homologou o cálculo que considerou como data-base para a aferição do período exigido para a progressão ao regime aberto a data correspondente à decisão que concedeu a progressão ao regime semiaberto, não havendo falar- se em fixação de termo retroativo. Por derradeiro, saliente-se que o acórdão que o agravante utiliza para sustentar sua pretensão não possui caráter vinculante, na medida em que não foi proferido em sede de ação de controle de constitucionalidade, tampouco teve declarado eventual efeito erga omnes." (Agravo de Execução Penal nº 0001315-35.2020.8.26.0496, rel. Des. Toloza Neto, j. 23/05/2020).

5. O lapso temporal, portanto, é fixado em fração mínima, não em prazo fatal e peremptório. Somente terá direito à benesse aquele que, além do período mínimo, tiver reconhecido o preenchimento do requisito subjetivo o mérito.

6. Inúmeros precedentes desta Corte orientam-se nesse sentido: Agravo n. 9000062-69.2019.8.26.0114, 5ª. Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Cláudia Fanucchi; Agravo n. 0001225-61.2019.8.26.0496, 5ª. Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Tristão Ribeiro; Agravo n. 9001611-83.2017.8.26.0050, 5ª. Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Pinheiro Franco).

7. Por último, no julgamento de Embargos de Declaração no Incidente de Demandas Repetitivas n. 2103746-20.2018.8.26.0000, pela Egrégia Turma Especial Criminal desta Corte, fixou-se a Tese n. 28 - IRDR, nos seguintes termos:

"A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. O termo inicial para a progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo descritos no art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data em que efetivamente foi deferida a progressão. Importante ressaltar que referida data deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. Vale dizer, se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão de regime".

Tal decisão, que tem caráter vinculante para os órgãos fracionários deste Tribunal (art. 985 do Código de Processo Civil), mais uma vez ressalta a necessidade do preenchimento de ambos os requisitos objetivo e subjetivo para que se obtenha a progressão de regime, e que esse preenchimento deve ser analisado caso a caso.

5. Nos termos expostos, pelo meu voto **dá-se provimento** ao recurso a fim de que a data para início da contagem do prazo para obter progressão ao regime aberto seja aquela em que preenchidos ambos os requisitos objetivo e subjetivo da progressão anterior, vale dizer, 26/4/2021, quando da realização do

exame criminológico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000040-43.2022.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é agravante SARA LETICIA MERLINI, é agravado 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 21424)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 4 de julho de 2022.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal da Defesa – Livramento condicional indeferido – Requisito de ordem subjetiva não preenchido – Existência de oito faltas disciplinares de natureza grave – Período de reabilitação não alcançado – Artigo 90 da Resolução SAP nº 144/2010 – Precedentes deste Tribunal – A Lei nº 13.964/19 apenas criou uma nova condição para a obtenção do livramento condicional, vale dizer, o não cometimento de falta disciplinar nos últimos doze meses de cumprimento da pena – Não revogadas as regras de reabilitação previstas na mencionada resolução – Decisão mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução penal interposto pela sentenciada **SARA LETÍCIA MERLINI** contra a decisão que indeferiu o pedido de livramento condicional, sob o fundamento do não cumprimento do requisito subjetivo necessário para tanto.

Na minuta de agravo a Defensoria Pública alega a inexistência de óbice à concessão do benefício, sob o fundamento de que o advento da Lei nº 13.964/19,

que acrescentou como pressuposto de ordem subjetiva para o livramento condicional o não cometimento de falta grave nos últimos doze meses, teria revogado a disposição da Resolução SAP nº 144/2010, que prevê a somatória dos prazos de reabilitação.

Sustenta que, ultrapassado o prazo de doze meses desde a prática da última infração de natureza grave, estaria preenchido o requisito subjetivo para a obtenção do benefício.

Contraminutado o recurso e mantida a decisão, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do agravo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

A agravante cumpre a pena de 06 anos, 01 mês e 26 dias de reclusão, em regime prisional fechado, pela prática dos crimes de roubo qualificado e corrupção de menores, com o término do cumprimento da pena previsto para 07 de agosto de 2024.

Segundo consta dos documentos juntados aos autos, durante o cumprimento da pena ela praticou oito faltas disciplinares de natureza grave e uma falta de natureza média, e a última delas será reabilitada em 15 de outubro de 2023.

Portanto, diante de tal histórico prisional foi bem justificado o indeferimento do benefício pleiteado.

A despeito das alegações da Defensoria Pública, a cumulação dos períodos de reabilitação por faltas sucessivas é proporcional e consagra o princípio da isonomia, na medida em que estabelece tratamento diferenciado aos reeducandos, tratando com acentuado rigor aqueles que reiteram na prática de infrações disciplinares no curso do cumprimento da pena.

Acesso ao Sumário

Entendimento em sentido contrário, permitindo a contagem do prazo de reabilitação a partir da última infração disciplinar praticada, representaria verdadeiro estímulo ao sentenciado para que persistisse na violação de normas disciplinares, considerado o sentimento de impunidade.

Ademais, a somatória dos prazos de reabilitação atende ao disposto no artigo 90 da Resolução SAP nº 144/20101, que está em plena consonância com o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, ao estabelecer a competência concorrente dos Estados para legislar sobre direito penitenciário, bem como com o artigo 47 da Lei de Execução Penal, prevendo que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares, possibilitando, consequentemente, a

edição de normas pelo Poder Executivo com o objetivo de regulamentar o exercício do poder disciplinar.

Nesse sentido já decidiu a Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO. Livramento condicional. Indeferimento em primeiro grau. Recurso defensivo. Decisão que deve ser mantida. Histórico prisional conturbado. Atestado de mau comportamento comprovado nos autos. Resolução SAP n. 144 que não viola o princípio da reserva legal ou da proporcionalidade. Resolução editada em consonância com o artigo 24, da Constituição Federal e com o artigo 47, da Lei de Execuções Penais. Negado provimento ao recurso (Agravo de Execução Penal 0004339-71.2020.8.26.0496; Relator Desembargador LEME GARCIA; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 06/08/2020; Data de Registro: 06/08/2020)."*

Deste modo, a meu sentir, as provas coligidas bem demonstram o não preenchimento do requisito de ordem subjetiva para alcançar o benefício do livramento condicional.

Tampouco se pode aceitar a alegação de que a Lei nº 13.964/19 revogou as regras de reabilitação previstas na Resolução SAP nº 144/2010.

O denominado Pacote Anticrime apenas estabeleceu uma nova condição para a obtenção do livramento condicional ao exigir, no artigo 83, inciso III, alínea b, do Código Penal, que o sentenciado não tenha cometido infração disciplinar de natureza grave nos últimos doze meses, sem afetar a sistemática prevista nos artigos 89 e 90 da referida Resolução.

Destarte, o bom comportamento durante a execução da pena continua sendo requisito subjetivo indispensável para o gozo de benefícios, como o livramento condicional.

E a par de eventual reabilitação, as circunstâncias dos autos estão a recomendar a prudência na concessão de benefícios, visto que a sentenciada não demonstrou o senso de responsabilidade necessário à sua imediata colocação em liberdade, até mesmo porque, anteriormente beneficiada com a progressão ao regime aberto, ela tornou a delinquir, e em seguida, ao novamente ser promovida ao regime intermediário, incorreu em inúmeras faltas disciplinares de natureza grave.

Parece adequada, pois, a permanência no regime fechado, para que demonstre o aprofundamento de sua consciência sobre as condutas criminosas e sua plena capacidade de ser reinserida ao convívio social.

ASSIM, PELO MEU VOTO, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO EM EXECUÇÃO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0004993-32.2022.8.26.0482, da Comarca de Tupã, em que é agravante ALEXANDRE BISMARK 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 do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29546)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente sem voto), IVANA DAVID e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 11 de julho de 2022.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Falta grave – Sentenciado que desrespeitou agente de segurança penitenciário (art. 39, II, cc. 50, VI, da LEP) – Fato que foi confirmado pelos depoimentos de outros servidores públicos – Desclassificação para falta média que não se justifica – Pedido de afastamento da decretação da perda dos dias remidos que não merece acatamento – Agravo desprovido.

VOTO

Da decisão[1] que homologou a falta grave (06.11.2020), declarou o reinício do prazo para progressão de regime e decretou a perda de 1/3 dos dias remidos, a Defensoria Pública recorreu[2] alegando que não há provas a respeito da infração administrativa imputada a Alexandre Bismark da Silva.

Com base nesses argumentos, a i. Defensoria requer: (i) a absolvição ante a precariedade do acervo probatório; (ii) a desclassificação da falta grave para média; e (iii) que a perda dos dias remidos seja limitada ao mínimo de um dia.

Apresentadas contrarrazões[3]. Mantida a decisão agravada[4].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[5] pelo não provimento ao recurso.

1 Folhas 42
2 Folhas 02
3 Folhas 48
4 Folhas 55
5 Folhas 65

Acesso ao Sumário

É o relatório.

De acordo com a sindicância[6] acostada aos autos, no dia 06.11.2020, o sentenciado desrespeitou o agente de segurança penitenciária Odair Santos de Souza, impedindo-o de conversar com outros presos dizendo que "ele não deveria estar falando ali por não ser zelador do pavilhão".

Interrogado[7], o agravante negou os fatos, dizendo que "apenas procurou o servidor com o intuito de solicitar a soltura do pavilhão para o banho de sol".

Tal versão exculpatória não convence.

O agente de segurança penitenciária Odair Santos de Souza[8] confirmou que o sentenciado causou tumulto e dificultou a realização dos trabalhos na ocasião dos fatos ao impedi-lo de conversar com os presos do pavilhão. Tal conduta indisciplinar também foi confirmada pelo servidor público Gilvano Batista de Oliveira[9], que estava presente no local.

Não há motivos para se duvidar dos depoimentos prestados.

Inicialmente destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.

Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido não há porque excluir-se, *ab ovo*, o depoimento prestado por agente público.

Aliás, como servidor público que é, tem na prática dos atos funcionais a presunção de veracidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como assinala HELY LOPES MEIRELLES[10].

Desta forma os funcionários públicos, gozam de maior presunção de credibilidade que as testemunhas comuns, conforme ressalta FRAMARINO DE MALATESTA[11] ao afirmar que *"não é só por estas considerações que (...) tem um maior valor quando prestada por funcionário público competente que quando por uma testemunha ordinária, mas também pela maior fé que inspira subjetivamente aquele funcionário público como testemunha de segundo grau. Supõe-se que desempenhando um dever de ofício, um funcionário público quererá sempre prestar mais atenção que um particular, munido somente do estímulo da*

Acesso ao Sumário

6 Folhas 12
7 Folhas 23
8 Folhas 26
9 Folhas 27
10 Direito Administrativo Brasileiro Ed. Malheiros 1995.
11 Da Lógica das Provas em Matéria Criminal Campinas: Bookseller 1986 p. 396.

curiosidade; portanto, menor facilidade de engano na testemunha oficial. Sabe-se que, além do senso moral que ordena a verdade de todos, existe no espírito da testemunha oficial o sentimento de um dever particular e uma particular responsabilidade, que se opõem à mentira; por isso menor facilidade de vontade de enganar no funcionário público".

Ademais, toda prova tem valor relativo e deve ser sopesada, visto o princípio da persuasão racional do Juiz, inclusive a testemunhal.

Portanto, não se pode excluir o depoimento de agente público tão somente por tal condição, sendo indispensável a análise das circunstâncias objetivas do fato para averiguar-se sua validade.

Afirma FRAMARINO DE MALATESTA[12] que *"para a avaliação completa do testemunho não basta considerar aquelas condições pessoais que, mesmo fazendo abstração do depoimento concreto, fazem pensar que a testemunha se engana, ou queira enganar; isto basta, unicamente, do ponto de vista da avaliação subjetiva. Mas, o testemunho, para ser bem avaliado, deve também ser considerado na sua forma e no seu conteúdo... A quem recebe o depoimento, este se apresenta, pois, com formas exteriores mais ou menos variáveis. Ora, como essas formas externas, segundo a sua natureza diversa, aumentam ou diminuem o valor probatório do testemunho, segue-se que cumpre considera-las também, para bem avalia-lo; quer dizer, cumpre considerar as exterioridades nas quais, ou com as quais se desenvolve o testemunho".*

Por tais motivos o depoimento de agente público só deve ser visto com reservas quando verificar-se a existência de interesse, como por exemplo, para justificar eventual abuso de sua parte.

No caso dos autos não se vislumbra tal hipótese, tanto que as testemunhas que são agentes públicos não foram contraditados, sendo a prova produzida sob o crivo do contraditório.

Mesmo porque, ainda que ocorrendo a contradita mediante alegação da defesa de abuso por parte do agente público envolvido, caberia àquele que alega a prova do fato, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Mais uma vez nada existe no sentido de afastar a validade do depoimento de agente público.

Concluindo-se, plenamente válido o depoimento de agente público para embasar decreto condenatório quando não demonstrado nos autos sua parcialidade.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

"Esta Corte sedimentou entendimento de que os depoimentos de policiais não impedem a formação do convencimento judicial desde que respeitado o contraditório, não configurando o seu emprego eiva processual

12 La logica delle prove in materia criminale 1895 v. 2 p. 59/60.

(Precedentes)"[13].

No mesmo sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

"É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações"[14].

Portanto, a conduta do sentenciado se amolda à falta grave prevista no artigo 50, inciso VI, cc. artigo 39, II, da Lei de Execução Penal (desrespeito a servidor público).

Não se pode cogitar de desclassificação para a falta de natureza média.

O agravante, ao se dirigir ao agente de segurança penitenciário Odair Santos de Souza, impedindo-o de cumprir com seus deveres funcionais, desrespeitou a autoridade que tal servidor ali representava, de modo que sua conduta causou tumulto aos trabalhos dos agentes, justificando a tipificação como falta grave.

Pelas razões acima destacadas, deve prevalecer a perda de 1/3 dos dias remidos. A fixação de reprimenda mais branda certamente não seria razoável e nem proporcional à conduta praticada pelo sentenciado, contribuindo para alastrar uma perigosa sensação de impunidade no ambiente carcerário, razão pela qual deve ser mantida a decisão judicial que a decretou.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7000207-88.2020.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante VALDICLEIDISON DA SILVA SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25768)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente sem voto), FERNANDO SIMÃO e FREITAS FILHO.

13 STJ - HC 241.728/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 14/03/2013

14 STF HC 87.662/PE rel. Min. Carlos Ayres Britto J. 05/09/2006.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de julho de 2022.
IVANA DAVID, Relatora

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO SOB O ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PREVISÃO LEGAL – AUTORIA E MATERIALIDADE APURADAS EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – INFRAÇÃO DISCIPLINAR SUFICENTEMENTE CARACTERIZADA – ABSOLVIÇÃO QUE ESTIMULARIA A PRÁTICA DE CONDUTAS CONTRÁRIAS À TERAPÊUTICA PRISIONAL E VULNERABILIDADE DE ESTABELECIMENTOS PRISONAIS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – PERDA DOS DIAS REMIDOS NA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) – PEDIDO DE AFASTAMENTO OU DE PERDA NO PATAMAR MÍNIMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo em execução interposto contra a decisão de fls. 32/32v., mantida à fl. 48, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Atis de Araujo Oliveira, que reconheceu o cometimento de falta disciplinar de natureza grave por VALDICLEIDISON DA SILVA SANTOS nos autos da execução nº 1.065.0091.

O agravante postula a absolvição da punição, alegando com a inexistência de provas para condenação. Subsidiariamente, argumenta que a conduta imputada ao agravante deve ser enquadrada em uma das hipóteses de faltas disciplinares de natureza média ou leve, bem como requer seja afastada a perda dos dias remidos ou redução para a fração mínima (fls. 36/40).

Contrariado o recurso (fls. 42/47), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls. 53/55), vindo os autos conclusos a esta Relatora em 06 de maio de 2022.

É o relatório.

O recurso não merece acolhida.

Segundo o Procedimento Disciplinar nº 757/2019 (fls. 02/27), em

Acesso ao Sumário

08/09/2019, durante revista de rotina em vasilhames de alimentos que saiam do pavilhão habitacional, foram encontrados alimentos restritos aos pavilhões, questionado quem seria o responsável pela distribuição da alimentação, Valdicleidison assumiu a responsabilidade, caracterizando, desta forma, conduta de falta disciplinar de natureza grave.

A materialidade dos fatos e a autoria estão devidamente demonstradas, sobretudo diante do comunicado de evento ora exposto e da prova oral colhida, sem olvidar os demais elementos contidos no citado Procedimento Disciplinar.

O agravante, ouvido na sala de sindicância, afirmou os fatos narrados e informou ter assumido a posse e a propriedade dos materiais encontrados, entretanto não tinha ciência da existência do referido alimento e não soube explicar como teriam adentrado na unidade (fl. 16).

No entanto, as declarações dos agentes de segurança penitenciária (fls. 14/15), que são seguras e harmônicas entre si e com o que constou do mencionado comunicado, dão conta de que em revista de rotina aos vasilhames de alimentos que saiam dos pavilhões habitacionais, foram encontrados alimentos restritos aos pavilhões de convívio. Nesta oportunidade o agravante assumiu a responsabilidade, não sabendo informar ao certo quem havia inserido os alimentos ilícitos dentro do pavilhão.

Vale ressaltar que os depoimentos dos agentes penitenciários merecem total credibilidade, vez que nada há nos autos a indicar qualquer motivo para imputarem falsa e injustamente a prática de tal falta disciplinar ao agravante. Demais disso, as declarações de seus atos de ofício, quando prestadas sob compromisso, gozam de presunção de veracidade, não produzindo a Defesa provas que fragilizassem as declarações dos funcionários.

Diante disto, o Diretor Técnico do estabelecimento prisional, por meio de regular Procedimento Administrativo, acolheu o parecer da comissão apuradora (fls. 20/26), classificando a conduta do sentenciado como falta disciplinar de natureza grave (fls. 27).

A decisão judicial de 1º grau apoiou-se em sindicância regular, que apurou a autoria e materialidade da infração disciplinar, respeitando a ampla defesa e o contraditório (fls. 32/32v.).

Portanto, esse conjunto probatório, além dos demais elementos constantes no Procedimento Disciplinar nº 757/2019 (fls. 02/27), caracteriza a infração disciplinar de **natureza grave**, prevista no artigo 50, inciso VI, c.c. art. 39, inciso II, ambos da Lei de Execução Penal, e, artigo 40 c.c. art. 45, incisos II e VII, da Resolução SAP não havendo se falar em absolvição ou desclassificação, como pretende a Defesa.

Ora, não há dúvidas de que VALDICLEIDSON praticou falta de natureza grave, na medida em que efetivamente transportando o alimento restrito ao

Acesso ao Sumário

consumo nos pavilhões habitacionais, o que foi confirmado pelos depoimentos dos funcionários.

Portanto, havendo elementos suficientes, vez que reconhecido como o responsável pelo transporte do alimento irregular na unidade prisional, sua conduta classificada como falta disciplinar deve ser mantida.

Não fosse por isso, cumpre ressaltar que a atitude não constitui um mero inconveniente, perturbando a jornada de trabalho e provocando atrasos e instabilidade na rotina do presídio. Nesse ponto, como também já decidiu este e. Tribunal de Justiça, ressalto que o Poder Público não pode ficar refém dos presos sob sua responsabilidade, sob pena de estimular-se a prática reiterada de condutas totalmente contrárias à terapêutica prisional:

> *"O sentenciado estava encarcerado e tinha plena ciência de que deveria respeitar as normas de comportamento do presídio e acatar todas as determinações emanadas dos agentes penitenciários. Ademais, além de potencial para subverter a ordem do estabelecimento carcerário, o comportamento do sentenciado teve, inequivocamente, o condão de tumultuar o andamento da rotina prisional e dos trabalhos que vinham sendo desenvolvidos. De modo que não há como sustentar que a conduta do agravante representaria mera ação inconveniente." (TJSP – 11ª Câmara de Direito Criminal – Agravo de Execução Penal* n° 9000050-75.2021.8.26.0602 – Rel. Des. Xavier de Souza – *Julg.: 08/03/2022).*

Por fim, melhor sorte não possui o pleito defensivo quanto ao afastamento ou perda dos dias remidos no mínimo legal.

O artigo 127, da Lei de Execução Penal, dispõe que *"em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar"*.

Observo que a decisão de 1º grau justificou a perda de 1/3 dos dias remidos, com fundamento no artigo 127 da Lei de Execução Penal, considerando a gravidade e circunstâncias fáticas da falta praticada, sendo *"medida que se impõe no caso concreto para a repressão e prevenção de novas infrações disciplinares"* (fls. 70/72).

Suficiente, pois, a motivação, como já decidiu este e. Tribunal de Justiça, vejamos:

> *"O artigo 57 da Lei de Execução Penal ordena que na aplicação da sanção disciplinar se leve em conta a natureza, motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. A perda de dias remidos na fração de um terço apenas pode se dar caso a falta grave, levando-se em conta os critérios mencionados, tenha especial gravidade, vez que a lei fala em perda de até um terço dos dias*

Acesso ao Sumário

remidos, sendo esse o lapso máximo possível. A fixação de reprimenda mais branda certamente não seria razoável e nem proporcional à conduta praticada pelo sentenciado, contribuindo para alastrar uma perigosa sensação de impunidade no ambiente carcerário, razão pela qual deve ser mantida a decisão judicial que decretou a perda de 1/3 dos dias remidos pelo sentenciado." (TJSP – 7ª Câmara de Direito Criminal – Agravo em Execução Penal n° 0012185-50.2021.8.26.0482 – Rel. Des. Mens de Mello – Julg.: 16/12/2021).

"Por fim, incogitável restringir a perda dos dias remidos a apenas 01, como pretende a Defesa, A decisão exarada pelo Juízo a quo restou devidamente fundamentada, e o Juízo "a quo", declarou a perda de 1/3 dos dias remidos, o que se mostrou correto, ante a ausência total de comprometimento com a reintegração social e também, porque a conduta do cativo contribui para desestabilizar o ambiente carcerário. Ademais, visto que a atitude do sentenciado de burlar regras do Presídio demonstra grande ousadia, desdém pelo Estado-Juiz, e não pode ser considerada de somenos importância, sobretudo, porque praticado por aquele que se encontra recolhido, cumprindo pena após transgredir regras de convívio em sociedade, e que agora tem a oportunidade de refletir sobre seus atos e abandonar hábitos antigos de subversão às normas, os quais não devem fazer parte daquele que pretende retornar ao seio da sociedade. Ora, aquele que não quer sofrer a perda de dias remidos, deverá demonstrar através de um comportamento exemplar que está absorvendo a terapêutica penal que lhe está sendo dispensada e se encontra comprometido com a reintegração social." (TJSP – 7ª Câmara de Direito Criminal – Agravo de Execução Penal n° 0028393-47.2021.8.26.0050 – Rel. Des. Freitas Filho – Julg.: 07/12/21).

Assim, a alegação de que o desconto de 1/3 (um terço) foi severo, não pode ser acolhida.

Portanto, configurada a falta disciplinar de natureza grave e inexistindo qualquer ilegalidade no ato do MM. Juiz de Direito de 1º grau, impossível o deferimento do pleito defensivo.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001858-28.2022.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante CLAUDEMIR JOSE DA COSTA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO

ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.542)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 4 de julho de 2022.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Remição pelo estudo. Curso a distância realizado sem fiscalização e conhecimento da unidade prisional. Impossibilidade de comprovação das quatro horas mínimas de estudo e de reconhecimento da remição. Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução tirado contra r. decisão que indeferiu o pedido de remição de penas por estudo realizado à distância.

Pugna o agravante pelo reconhecimento da remição, argumentando, em suma, que os documentos apresentados estão em conformidade com o previsto no art. 126 da Lei de Execução Penal.

Regularmente processado, decisão mantida, o parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento.

É o relatório.

O agravo não comporta provimento.

O agravante postulou a remição por estudo em primeiro grau, apresentando certificados de cursos de confeiteiro, gerente administrativo, assistente administrativo, informática avançada e auxiliar de pedreiro, totalizando 3.464 horas-aula, feitos na modalidade de ensino à distância, emitidos pelo Conselho Brasileiro de Teologia e Escola CENED.

Na r. decisão atacada (fls. 40/41), o douto Magistrado *a quo* indeferiu o pleito, destacando principalmente que "as citadas atividades deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados, bem como devidamente autorizada ou conveniada com o Poder Público".

De fato, conforme ofício de fl. 37, a unidade prisional informou que os referidos cursos não tiveram acompanhamento da penitenciária, impossibilitando a discriminação da carga horária por meio de atestado de acompanhamento, e não existe convênio entre a Secretaria de Administração Penitenciaria e as

Acesso ao Sumário

entidades que emitiram os certificados (CBT/EAD e escola CENED).

E, conforme a Recomendação nº 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a remição pelo estudo, é necessário que a instituição educacional esteja integrada ao projeto político pedagógico da unidade ou do sistema prisional local, estando previamente autorizada ou conveniada com o poder público, o que não se comprovou.

Ainda, o art. 126, § 2º, da Lei de Execução Penal dispõe expressamente que "As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste Artigo, poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados" (grifou-se).

Assim, como destacado pelo digno Magistrado, referidos cursos não estão de acordo com as exigências dispostas no art. 126, §§ 1º e 2º, da LEP.

No mesmo sentido, aliás, já decidiu esta Colenda Câmara, valendo citar, por exemplo, os Agravos em Execução n°s 0022991-80.20198.26.0041, de relatoria do Des. Dr. Francisco Bruno, e 0001260-39.2020.8.26.0996, de relatoria do Des. Dr. Nelson Fonseca Júnior.

Desse modo, não preenchidos os requisitos previstos no art. 126 da LEP e na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, entendo que foi adequada e bem justificada a r. decisão recorrida.

Por esses motivos, meu voto nega provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003706-71.2022.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante J. C. L. P. DE L., é agravado M. P. DO E. DE S. P..

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 agravo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(VOTO Nº 45.235)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. Remição de pena pelo estudo. Indeferimento em primeiro grau. Decisão mantida. Sentenciado que não obteve aprovação no Enem, pois não atingiu os pontos necessários na redação, e não comprovou que tenha desempenhado atividades de estudo durante o cumprimento da pena. Benefício corretamente indeferido. Agravo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interposto por J. C. L. P. DE L. de decisão que indeferiu seu pleito de remição de pena ***"pelo estudo e aprovação no ENEM 2020"*** (fls. 11 e 12/13).

Busca a Defesa a reforma da decisão, afirmando, em síntese, que J. C. obteve rendimentos favoráveis em ***"quatro das cinco áreas de conhecimento"*** do ENEM, motivo pelo qual faz jus à remição de oitenta dias da pena (fls. 01/05).

O recurso foi processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 43/48).

É o relatório.

O reclamo não procede.

Com efeito, o artigo 126, § 1º, inciso I, da Lei de Execução Penal, prevê a possibilidade de remição da pena por atividades de estudos, observando-se o seguinte cálculo: ***"1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias"***. E o § 2º, do mesmo dispositivo legal, deixa claro que a contagem do tempo de estudo, para fim de remição de pena, deve ser efetivamente comprovada por meio de certificado das ***"autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados"***.

Na hipótese, o recorrente somente fez prova de que prestou o ENEM referente ao ano de 2020, oportunidade, aliás, em que não obteve aprovação, porquanto não atingiu quinhentos pontos na redação (fls. 13), nos termos do artigo 1º, da Portaria Inep nº 179/14, como bem observado no parecer ministerial (fls. 44/45).

Para que haja remição, é necessária a efetiva comprovação do desempenho de atividades de estudo, ainda que por conta própria, durante o cumprimento da reprimenda, o que não restou demonstrado. A benesse, diante disso, foi corretamente indeferida pela Magistrada, valendo registrar, a propósito, precedentes desta Colenda Corte:

Acesso ao Sumário

"Agravo. Indeferimento de pedido de remição de penas decorrente de aprovação no ENEM. Inconformismo defensivo. Não acolhimento. Recomendação nº 44/2013 do CNJ que não tem efeito vinculante quanto aos demais órgãos jurisdicionais. Agravante que, ademais, não comprovou frequência a curso ou a existência de período de estudo. Procedimento visado que vai de encontro à intenção do próprio legislador, de incentivar e estimular o exercício diário da atividade intelectual do reeducando, como forma de promover a adequada reinserção no convívio social e, principalmente, evitar a ociosidade. Precedentes. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Execução Penal 0003998-63.2021.8.26.0996; Relator Sérgio Coelho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Presidente Prudente/DEECRIM UR5 – Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ; Data do Julgamento: 31/05/2021; Data de Registro: 31/05/2021).

"Agravo em Execução Penal. Indeferimento e remição da pena pelo estudo. Insuficiência de fundamentação da decisão. Inocorrência. Decisão sucinta que reconheceu a inviabilidade de concessão do benefício pretendido. Prejuízo não demonstrado. Preliminar rejeitada. Aprovação no ENEM. Ausência de documentação comprobatória. Sentenciado que já havia concluído o Ensino Médio. Inexistência de dedicação ao aprimoramento intelectual durante o cumprimento da pena. Rejeitada a preliminar, recurso de apelação desprovido." (TJSP; Agravo de Execução Penal 0019511-60.2020.8.26.0041; Relator Cesar Augusto Andrade de Castro; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0006638-05.2022.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante JEFERSON LENNON MANZANO FIGUEIREDO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.845)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente), MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de agosto de 2022.
REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Agravo em execução – Falta grave – Preliminar de prescrição – Inocorrência – Pleito não provido.

Absolvição por insuficiência de provas – Impossibilidade – **Depoimentos dos agentes penitenciários – Pedido não acolhido.**

Desclassificação para falta de natureza média – Inviabilidade – **Perfeita subsunção à conduta descrita – Pleito não provido.**

Afastamento ou perda de somente um dia remido – Fração de 1/3 adequada e proporcional ao caso em tela – Pleito não provido.

Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por **JEFERSON LENNON MANZANO FIGUEIREDO**, contra a r. decisão de fls. 121/122, que reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave e decretou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos, além de determinar a interrupção do lapso temporal para fins de progressão de regime.

O agravante aduz, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição e, quanto ao mérito, pugna pela absolvição em razão da insuficiência de provas e, subsidiariamente, a desclassificação para falta de natureza média, o afastamento da penalidade ou a perda de somente 1 (um) dia remido (fls. 01/08).

Contraminutado o recurso (fls. 129/136), e mantida a r. decisão proferida (fls. 137), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do agravo (fls. 144/148).

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Inicialmente, quanto à tese de prescrição, é pacífico na jurisprudência pátria que, por ausente prazo específico acerca da prescrição de falta disciplinar, aplica-se o menor prazo previsto no Código Penal (art. 109). E em tal raciocínio não se vislumbra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Sobre o tema, confira-se o entendimento do C. STJ:

HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO PENAL.

Acesso ao Sumário

FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 109, VI, DO CP. ACÓRDÃO NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A decisão agravada está amparada na jurisprudência desta Corte, que entende que o prazo prescricional para apuração de falta grave é de 3 anos, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal, aplicado por analogia, devendo assim ser mantida. 2. [...] as alterações introduzidas no ordenamento jurídico, no § 7º do art. 112 da Lei de Execução Penal ('O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito') se referem à reabilitação da falta grave, e não ao prazo prescricional para a sua apuração (HC n. 706.507/MG, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), Quinta Turma, DJe de 15/2/2022). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 730.493/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 30/6/2022).

E acerca do marco interruptivo da prescrição, não se discute que deve ser a homologação judicial do procedimento administrativo:

"Não havendo transcorrido lapso superior a 3 anos entre a data em que praticada a falta disciplinar mencionada (27/12/2011) e a decisão judicial que reconheceu o seu cometimento (proferida em 13/6/2013), não há a prescrição da pretensão de apuração da falta disciplinar mencionada" (AgRg no AREsp 765347/MG, C. 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 03/11/2015).

Quanto ao mérito, apurou-se em regular procedimento administrativo que em 12 de julho de 2019 o agravante praticou a noticiada falta disciplinar de natureza grave, consistente em incitação e participação de movimento para subversão da ordem ou da disciplina e inobservância dos deveres de obediência e respeito ao servidor e execução das ordens recebidas (cf. art. 50, incisos I e VI, c.c. art. 39, incisos II e V, da LEP).

O sentenciado, quando ouvido, negou a prática da conduta, detalhando que estava dormindo em sua cela e acordou em razão da ocorrência de um tumulto em razão de um debate entre presos e funcionários, então foi fazer sua higiene, presenciando o momento que um sentenciado jogou uma caneca no funcionário, mas não sabe seu nome. Após, houve tumulto na cela, mas não participou dele, acreditando ter sido envolvido nos fatos por enfrentar um problema com um dos funcionários que não o deixou entrar com seus óculos. Afirmou, ainda, fazer uso de remédio controlado e que não deixaram sair com seus pertences, além de não ter problemas de convívio ou qualquer dívida com os demais sentenciados, bem como com os funcionários, pois os respeita e sempre

Acesso ao Sumário

foi igualmente tratado com respeito (fls. 65).

Os agentes de segurança asseveraram terem se dirigido até a cela do agravante, pois os sentenciados estavam causando tumulto, além de incitarem os sentenciados de outras celas a fazerem o mesmo, com gritos, xingamentos e chutes nas portas, de modo a atrapalhar o atendimento da enfermaria e demais serviços da unidade. Então, já em frente à cela referida, foi ordenado que o movimento subversivo fosse cessado, oportunidade em que o agravante, aos gritos, com total descontrole e hostilidade, lhes disse "aí guarda, você não sabe com quem está falando, fica na sua", então foi dito a ele e aos demais integrantes da cela que deveriam se calar e obedecerem às ordens determinadas pelos funcionários, mas foram interrompidos com os dizeres: "guarda folgado, vou colocar meu ritmo nessa cadeia dos infernos. Você vai ver quem manda aqui", diante do que foram mais uma vez repreendidos, sendo exigido, de maneira severa, respeito por parte do agravante, iniciando-se, na sequência, o fornecimento do café da manhã, no entanto, ao chegarem na cela do agravante, os sentenciados começaram novamente a xingar, chutar a porta e arremessarem, pelo guichê da cela, com, muita força, duas canecas, tendo uma delas acertado um dos funcionários e a outra atingido a parede do corredor e, em decorrência, se quebrado. O tumulto permaneceu por algum tempo, com chutes na porta da cela e gritos dos sentenciados, tendo o agravante afirmado: "é assim que vai ser, funça, vai se acostumando, guarda folgado". Diante da gravidade dos fatos, informaram aos sentenciados participantes da ação que seriam comunicados disciplinarmente (fls. 38/41).

Cumpre salientar que as palavras dos funcionários do estabelecimento penitenciário ouvidas gozam de fé pública, assim como a do diretor do estabelecimento prisional:

> ***HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. USO DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR EM UNIDADE PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NO RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE, BASEADO ESPECIALMENTE EM DEPOIMENTOS DE AGENTES PENITENCIÁRIOS - QUE GOZAM DE FÉ PÚBLICA. CONCLUSÃO DIVERSA QUE IMPLICARIA O REVOLVIMENTO DE ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS, IMPOSSÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Na hipótese, o reconhecimento da prática de falta grave baseou-se especialmente nos depoimentos de dois agentes penitenciários - que gozam de fé pública -, os quais narraram de forma uníssona e harmônica a utilização, pelo Paciente, de telefone celular em unidade prisional. Por isso, a ausência de apreensão do aparelho, por si só, não pode afastar tal conclusão. 2. Infirmar o cometimento da falta grave, ao argumento de insuficiência de provas, demandaria, necessariamente, amplo***

Acesso ao Sumário

revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus. Precedente. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ, HC 254312 SP 2012/0194633-1, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, Dje 13/08/13).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE AUTORIA. REVISÃO FÁTICO PROBATÓRIA. PALAVRA DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS. ELEMENTO DE CONVICÇÃO VÁLIDO. PERDA DOS DIAS REMIDOS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise fático probatória afirmaram a existência de elementos de provas suficientes à ***imputar a paciente o cometimento de 3 faltas graves. Rever tal conclusão demandaria o aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus. 2. Não existe qualquer obstáculo na utilização da palavra das agentes penitenciárias na instrução processual e reconhecimento da falta grave, quando em consonância com os demais elementos carreados aos autos. 3. A quantidade de faltas cometidas e o conturbado histórico prisional da agravante justifica a fração máxima de perda dos dias remidos. 4. Agravo Regimental no habeas corpus desprovido. (AgRg no HC n. 534.952/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 11/11/2019).***

Considerando-se os depoimentos dos servidores, tem-se claro que o agravante praticou, como mencionado, a falta grave.

Observe-se, ainda, que não há como se exigir a apresentação de testemunhas que não os agentes penitenciários. A bem da verdade, no cárcere há apenas os presos e os agentes penitenciários, não sendo crível supor que outro detento arriscaria sua integridade física, depondo contra colega de cela.

Superada a questão e provada a existência do fato, nota-se que o caso concreto revela a gravidade necessária para o enquadramento da conduta como falta disciplinar de natureza grave, não havendo que se falar em absolvição, pela insuficiência de provas ou desclassificação.

Ora, as regras do sistema penitenciário devem ser respeitadas pelos sentenciados. Não se reconhecer a falta grave na situação que se coloca é comprometer a ordem do estabelecimento prisional, sendo clara, portanto, a infringência ao art. 50, incisos I e VI, c.c. art. 39, inciso II e V, da LEP.

Incabível, ainda, a elisão ou a redução dos dias eventualmente remidos, tendo em vista que o art. 127 da LEP prevê a possibilidade de revogação de até 1/3 (um terço) dos dias referidos, tal como foi aplicado pelo d. magistrado, patamar que deve ser mantido, considerando-se que a atitude da agravante vai de encontro às finalidades primordiais da pena privativa de liberdade.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, *mutatis mutandis*:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE - DESOBEDIÊNCIA, COMPORTAMENTO INDISCIPLINADO E DESRESPEITO A FUNCIONÁRIOS - RECONHECIMENTO. Imputa-se falta grave ao reeducando que desrespeita os funcionários do estabelecimento prisional. REINÍCIO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS NA EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE, DESDE QUE EXCETUADOS O LIVRAMENTO CONDICIONAL, O INDULTO E A COMUTAÇÃO DE PENAS - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 441 DO COLENDO STJ. PERDA DOS DIAS REMIDOS NOVA REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 127 DA LEI DE EXECUÇAO PENAL DESCONTO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 1/3 PELA PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE DECISÃO FUNDAMENTADA. De acordo com a Lei nº 12.433/2011, o juiz poderá revogar até 1/3 do tempo remido, observado o disposto no art. 57 da mesma norma. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJ/SP, 15ª Câmara de Direito Criminal, AE nº 0001825-75.2017.8.26.0521, Rel. Des. Willian Campos, DJ: 29/06/17).

De rigor, portanto, a manutenção da r. decisão proferida.

Ante o exposto, **AFASTA-SE** a preliminar arguida e, no mérito, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo em execução interposto por **JEFERSON LENNON MANZANO FIGUEIREDO**, mantendo-se a r. decisão guerreada como posta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0007457-29.2022.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante CLAUDECIR SILVEIRA GARCIA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.163)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e FRANCISCO ORLANDO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal. Progressão de regime. Indeferimento na origem. Submissão a exame criminológico que resultou em laudo favorável. Requisito objetivo devidamente resgatado. Reforma da r. decisão. Agravo provido.

VOTO

RELATÓRIO

Presidente Prudente

Agravante: Claudecir Silveira Garcia

Agravado: Ministério Público do Est. de S. Paulo Vara das Execuções Criminais

Cuida-se de agravo em execução penal interposto contra a r. decisão de fls. 40/42, que indeferiu o pleito de promoção de regime prisional, sob o fundamento de não se encontrar preenchido o requisito de ordem subjetiva.

Não resignado, recorre o sentenciado para, em resumo, alegar que os pressupostos para o deferimento do benefício estariam devidamente preenchidos, contando, inclusive, com exame criminológico favorável e sem o registro de faltas disciplinares recentes.

É nestes termos que requer promoção para o regime prisional aberto (fls. 1/7).

Nos autos estão a resposta do agravado (fls. 16/20), o despacho que confirmou a r. decisão (fl. 22) e o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo desprovimento (fls. 51/55).

VOTO N. 54.163

Cuida-se de sentenciado condenado ao cumprimento de 28 (vinte e oito) anos, 3 (três) meses e 1 (um) dia de reclusão, estando em regime fechado, pela prática de dois homicídios qualificados, um deles tentado, porte de arma de fogo e roubo majorado, com término da expiação previsto para 4.7.2035 (fls. 27/31).

Durante o cumprimento de sua pena cometeu uma infração disciplinar de natureza grave, consistente em abandono em 28.5.2012 e por ela foi reabilitado, em 29.4.2015 (fl. 30), sete anos. E de lá até esta data, nenhum novo apontamento.

Submetido à realização de exame criminológico, logrou resultado favorável (fls. 51/56 dos autos originários).

Acesso ao Sumário

Aliás, nos é possível extrair trechos do estudo em referência, que confirmaram a possibilidade de promoção tocante ao regime prisional, confira-se: *"(...) O sentenciado expõe sua vida com clareza. Tem experiência e capacidade para o trabalho, tem apoio familiar, possui recursos internos para mudança e atuação positiva em liberdade."* (fl. 55 dos autos originários).

Portanto, a nosso sentir, o sentenciado conta com o resgate do lapso temporal necessário (requisito objetivo), bem como conquistou mérito para ser promovido ao regime mais brando (requisito subjetivo), porque nestes sete anos se comportou. Confira-se a presença do atestado de comportamento carcerário positivo (fl. 26).

Ausentes outros elementos que eventualmente conduzisse para o indeferimento da medida, e se preenchidos à saciedade os requisitos legais, então, data vênia, é de rigor a reforma da r. decisão monocrática, para que o sentenciado seja promovido ao regime prisional aberto. Na origem caberá ao MM. Juiz a realização da audiência de advertência, para que seja fixada as condições para o gozo da nova etapa de cumprimento da pena.

Meu voto, pois, dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0004612-34.2022.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado RICHARD ARCAY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo ministerial para reconhecer a conduta imputada ao agravado, no dia 01/12/2021, como falta disciplinar de natureza grave, nos termos do artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, incisos II e V, da LEP, determinar a perda de 1/6 dos dias remidos e/ou a remir anteriormente à data da falta, bem como a interrupção do lapso temporal para fins de progressão de regime, nos termos das razões expostas. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.894)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 11 de agosto de 2022.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Danificação de chuveiro e de uma torneira do banheiro da cela – Insurgência ministerial contra decisão que desclassificou a conduta praticada pelo sentenciado de falta grave para falta média – Acolhimento – Dolo caracterizado – Conduta praticada pelo agravado logo após ele sair frustrado com o não atendimento de sua pretensão de se mudar de cela – Danos nos objetos que corroboram a versão dos agentes de segurança penitenciária – Conduta que deve ser reclassificada como falta de natureza grave – Agravo provido, para reconhecer a conduta imputada ao agravado como falta disciplinar de natureza grave, nos termos do artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, incisos II e V, da LEP e determinar a perda de 1/6 dos dias remidos e/ou a remir anteriormente à data da falta, bem como a interrupção do lapso temporal para fins de progressão de regime.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra as rs. decisões de fls. 803/804 e 807 dos autos do processo nº 0025960-73.2016.8.26.0041, reproduzida às fls. 62/64 destes autos, que desclassificou a conduta praticada pelo agravado Richard Arcay no dia 01/12/2021 de falta grave para falta média.

Às fls. 01/06 dos autos, pugna o agravante pelo provimento do presente agravo, para o fim de homologar e anotar a falta disciplinar de natureza grave praticada pelo agravado, determinando-se o reinício da contagem do prazo para a progressão no regime prisional, bem como a declaração da perda de 1/3 (um terço) dos dias eventualmente remidos anteriormente à data da falta grave, nos termos dos artigos 126, inciso II e artigo 127 da LEP (alterados pela Lei nº 12.433/2011). Alega que consta no procedimento administrativo que, no dia 01/12/2021, após ser notificado de que sua transferência ocorreria somente no dia seguinte, irritado, o sentenciado danificou a torneira e o chuveiro da cela que habitava. A dinâmica dos fatos foi bem retratada pelos servidores de maneira uníssona a fls. 754/755. Tal conduta se configurou falta disciplinar grave, por ofensa ao disposto no art. 52 da Lei de Execução Penal. O fato também encontra correspondência nos artigos 50, inc. VI, c.c. art. 39, inc. II e V, ambos da Lei de Execução Penal.

Acesso ao Sumário

Contrariado o recurso (fls. 68/72) e mantida a r. decisão (fl. 73), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo **provimento** do recurso (fls. 81/84).

É o relatório.

O agravo comporta provimento, conforme razões a seguir expostas.

As condutas definidas como infrações graves no âmbito do cumprimento da pena privativa de liberdade estão expressamente previstas nos artigos 50 e 52, primeira parte, da Lei de Execução Penal LEP (Lei nº 7.210/1984):

> Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
>
> I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
>
> II – fugir;
>
> III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
>
> IV – provocar acidente de trabalho;
>
> V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
>
> VI – **inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.**
>
> VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)
>
> VIII – recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> [...]
>
> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave [...]
>
> Art. 39. **Constituem deveres do condenado**:
>
> [...]
>
> II – **obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se**;
>
> III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
>
> IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
>
> V – **execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas**;

Referido rol de faltas graves é reproduzido no artigo 46 da Resolução Secretaria de Administração Penitenciária nº 144/2010 (Resolução SAP 144/2010), a seguir transcrito:

Acesso ao Sumário

Artigo 46 – Comete falta disciplinar de natureza grave o preso que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II – fugir;

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo;

V – provocar acidente de trabalho;

VI – deixar de prestar obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

VII – deixar de executar o trabalho, as tarefas e as ordens recebidas;

VIII – praticar fato previsto como crime doloso.

Pelo que se depreende da leitura do procedimento administrativo disciplinar (PAD), cuja cópia foi acostada aos autos (fls. 739/767 dos autos do processo de origem), o agravado, no dia 01/12/2021, após ser notificado de que sua transferência ocorreria somente no dia seguinte, irritado, o sentenciado danificou a torneira e o chuveiro da cela que habitava.

A conduta imputada ao agravado restou suficientemente comprovada pelas provas produzidas no referido PAD.

Os agentes de segurança penitenciária Edilson Soares Pereira e Valcir Arlei Squizati, de forma uníssona, declararam que: "na data dos fatos, o agravado, habitante da cela 01, do pavilhão disciplinar, pediu para mudar de cela, porém, foi informado que deveria aguardar o dia seguinte, pois não era permitida a mudança no turno da noite. **O detento se recusou a aguardar e danificou a torneira e chuveiro de sua cela propositalmente, para forçar a mudança**. O sentenciado foi retirado da cela, até que os danos fossem reparados e o fato foi informado à direção para conhecimento e providências cabíveis".

A imagem de fls. 746 dos autos do processo de origem, que registra a torneira e o chuveiro danificados, corrobora a versão apresentada pelos referidos agentes penitenciários, de que tais danos foram causados propositalmente pelo acusado. Tais objetos foram totalmente destruídos.

Outrossim, referido servidores, na condição de agentes públicos, gozam de presunção de legitimidade e veracidade em suas alegações, inexistindo nos autos qualquer indício de que estejam faltando com a verdade.

Não é crível a versão do agravado de que danificou o chuveiro e a torneira do banheiro da cela por acidente (esbarrão após se assustar com rato vindo do

Acesso ao Sumário

esgoto), seja pelo grau dos danos causados a tais objetos, seja pelo contexto que envolveu sua conduta, que foi praticada após o agravado sair frustrado por não ter sua pretensão de mudança de cela atendida.

Logo, a conduta praticada pelo agravado configura-se falta grave porque se subsome à hipótese prevista no artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, incisos II e V, da LEP, transcritos acima.

São deveres do condenado prestar obediência ao servidor e executar as ordens recebidas. Ao se revoltar com a ordem dos referidos servidores, de que o pedido de mudança de cela seria analisado no dia seguinte, danificando objetos da cela onde habitava, o agravado descumpriu com tais deveres, incorrendo em falta grave.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados desta C. Câmara Criminal:

> 1-) Agravo em Execução Penal. Falta disciplinar grave. Provimento parcial do recurso Ministerial para reconhecer a prática da falta disciplinar de natureza grave, determinando a oitiva judicial do sentenciado. 2-) **Falta disciplinar de natureza grave devidamente comprovada pelas palavras dos agentes de segurança penitenciária que participaram do evento e gozam de fé pública, não se cogitando em absolvição. Desobediência caracterizada, art. 50, inciso VI c/c art. 39, incisos II e V, ambos da Lei de Execução Penal**. 3-) Mesmo que o agravado tenha sido previamente citado (fls. 23) e ouvido durante o procedimento administrativo (fls. 28), sendo assistido por advogado e apresentado defesa escrita (fls. 30/32), é imprescindível para fins de regressão a regime mais severo, que ele seja ouvido em Juízo, em audiência de justificação, nos termos do art. 118, § 2º, da LEP, sob pena de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 4-) Recurso parcialmente provido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0002940-88.2022.8.26.0996; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Presidente Prudente/DEECRIM UR5 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ; Data do Julgamento: 19/04/2022; Data de Registro: 19/04/2022);
>
> Execução penal – Falta grave – **Desobediência a ordem emanada de agente penitenciário e desrespeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se – Art. 50, inciso VI, c.c. o art. 39, inciso V, da Lei de execução Penal – Falta grave** – Atipicidade – Inocorrência – Comprovação através de procedimento investigatório – Caracterização; Execução penal – Consequências

Acesso ao Sumário

> da infração – Percentual de 1/6 estabelecido para perda dos dias remidos – Decisão bem fundamentada – Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0005633-22.2020.8.26.0509; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 14/05/2021; Data de Registro: 14/05/2021 grifo nosso).

Como consequência, o agravado deverá perder parte dos dias remidos, nos termos do artigo 127 da LEP.

Em atenção ao disposto no artigo 57 da LEP. A perda de 1/6 dos dias remidos se mostra adequada à gravidade da conduta do agravado, praticada por motivo fútil, qual seja a frustração pelo não atendimento de sua pretensão de mudança de cela no exato momento em que ela foi manifestada. Fração inferior a 1/6, outrossim, não implicaria em nenhum efeito pedagógico.

De rigor também a determinação de interrupção do lapso temporal para fins de progressão de regime, em atenção ao disposto no artigo 112, § 6º, da LEP: "O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente".

Nesse sentido, já foi julgado por esta Câmara:

> "Todavia, é entendimento dominante nas Cortes Superiores que o cometimento de falta grave interrompe o prazo para obtenção do benefício de progressão de regime. Só não atinge o livramento condicional e a comutação da pena, por ausência de previsão legal. Dessa forma, a decisão atacada não é ilegal." (HABEAS CORPUS Nº 990.09.310737-6, julgado em 13 de janeiro de 2010, Rel. Xavier de Souza).

Diante do exposto, **dá-se provimento** ao agravo ministerial para reconhecer a conduta imputada ao agravado, no dia 01/12/2021, como falta disciplinar de natureza grave, nos termos do artigo 50, inciso VI, c/c artigo 39, incisos II e V, da LEP, determinar a perda de 1/6 dos dias remidos e/ou a remir anteriormente à data da falta, bem como a interrupção do lapso temporal para fins de progressão de regime, nos termos das razões expostas.

Comunique-se, para anotação.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0006716- 97.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO ROMAGNOLI, 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: "Votaram pelo reconhecimento da atipicidade material da conduta por insignificância, reformando a sentença para absolver RICARDO ROMAGNOLI 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 42.539)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 7 de junho de 2022.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: FURTOS SIMPLES. Pretendido reconhecimento da atipicidade material por insignificância. Excepcional possibilidade. Antecedentes criminais invocados como óbices ao reconhecimento da bagatela incapazes de caracterizar habitualidade delitiva. Objeto material de cada furto avaliado em R$ 13,50 e R$ 10,00 (7 barras de cereal, 3 balas e 2 macarrões instantâneos). Inexistência de registro de outros furtos, a sugerir que o comportamento em questão pode ter sido episódio isolado na vida do apelante. Desproporcionalidade da resposta estatal em relação à gravidade dos crimes. Precedentes da Suprema Corte pela possibilidade, à luz das peculiaridades do caso concreto, do reconhecimento da atipicidade material por insignificância quando presente a reincidência. Apelo provido para reformar a sentença, com absolvição com fulcro no art. 386, III, CPP.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. RICARDO ROMAGNOLI foi denunciado e processado como incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, c.c. o artigo 69 do Código Penal, porque no dia 31 de janeiro de 2017, por volta de 12h15, no Terminal de Ônibus Sacomã, nesta Capital, teria subtraído para si sete barras de cereal da marca "Hershey's" e três embalagens de pastilha da marca "Tic- Tac", pertencentes à empresa "Pick Snack" e, pouco depois, por volta de 12h30 do mesmo dia, teria subtraído para si dois pacotes de macarrão instantâneo da marca "Cup Noodles", pertencentes à empresa "Joy Express", situada no mesmo terminal de ônibus.

Foi preso em flagrante ainda de posse da res e confessou declarando que furtava para saciar a própria fome, pois não vinha conseguindo obter esmolas. Terminou condenado pelos dois crimes, em relação de continuidade, às penas de 1 ano, 7 meses e 1 dia de reclusão, mais 24 dias-multa no piso. O regime fixado para início do cumprimento da pena foi o fechado (fls. 284/291).

Inconformado, recorre amparado pela Defensoria Pública do Estado buscando a absolvição por atipicidade material a ser reconhecida por aplicação do postulado da insignificância, argumentando que o valor dos objetos subtraídos seria irrisório. Subsidiariamente, busca a absolvição pelo argumento de que se tratava de furto famélico. Caso confirmada a condenação, entende fazer jus às penas-base no menor patamar legal, à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, à desclassificação do segundo crime para a forma tentada e ao regime inicial aberto. Quanto às penas pecuniárias cumulativas, insurge-se contra a soma efetuada na sentença (fls. 307/326).

O representante ministerial ofertou contrarrazões e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2. Voto pelo provimento do recurso para, excepcionalmente, reconhecer a atipicidade material das condutas, pois as tenho por penalmente insignificantes.

Com respaldo na jurisprudência majoritária desta Corte, do C. Superior Tribunal de Justiça e até mesmo com precedentes da Corte Suprema, venho decidindo que o postulado da bagatela não é aplicável aos crimes cometidos por pessoas reincidentes.

O raciocínio que sustenta esses julgados é sólido e se mantém no íntimo deste Relator: não é possível tomar por atípicos ataques à lei penal e à ordem pública, ainda que de pequeníssimo valor quando caracterizada a reiteração ou a habitualidade delitiva. Deixar de punir criminosos que furtam repetidamente em diminutas quantidades e valores tornaria impossível fazer cessar sua sequência de ataques.

Entretanto, o caso em tela revelou-se particular em vários aspectos que levaram a conclusão diversa, posto que o façam de forma excepcional.

Acesso ao Sumário

RICARDO, em 31 de janeiro de 2017, subtraiu de uma loja situada no terminal de ônibus da região do Sacomã sete barras de cereais e três unidades de balas, bens globalmente avaliados em R$ 13,50. A funcionária do estabelecimento, embora não tenha percebido o furto em si, suspeitou de sua conduta e o seguiu, podendo presenciar quando apoderou- se de duas embalagens de macarrão instantâneo, lá vendidos a R$ 5,00 cada.

Jéssica acionou um segurança, que o deteve. RICARDO foi então conduzido à delegacia de polícia onde confessou amplamente seus crimes alegando que assim agiu porque passava fome, repetindo essa justificativa em Juízo. Os objetos foram todos recuperados e as vítimas não sofreram nenhum prejuízo.

Isso é tudo.

É fato indiscutível que o presente caso só chegou a este segundo grau porque os crimes que tiveram por objeto material alimentos avaliados em cerca de um centésimo de um salário-mínimo foram cometidos por pessoa com passado criminal. Essa circunstância, conforme constou do introito do voto, tem sido considerada bastante para obstar a aplicação do postulado da bagatela, mas não de forma absoluta. A própria Suprema Corte, que cunhou as balizas para aplicação da insignificância em nosso ordenamento, vem reconhecendo a atipicidade material de condutas praticadas por reincidentes, embora existam precedentes nos dois sentidos, tanto pela simples impossibilidade decorrente da recidiva (hoje minoritário), quanto pela atipicidade material reconhecida antes mesmo da análise de critérios de natureza subjetiva.

Entendo mais adequado trilhar por um caminho do meio: não desprezar o passado criminoso na análise das balizas de relevância penal da conduta, mas também não tomar qualquer condenação registrada como óbice automático à bagatela.

No caso concreto, RICARDO ostenta três condenações definitivas por crimes de roubo, cometidos em 2010, 2015 e 2016. Os mais recentes não ocorreram muito antes dos fatos aqui tratados, de 2017, mas a própria antiguidade dos crimes ora examinados contribui para tornar desproporcional a condenação imposta a quase dois anos de reclusão no regime inicial fechado pelo furto malsucedido de sete barras de cereais, três balas e dois pacotes de macarrão instantâneo.

Não há histórico de furtos na folha de antecedentes do agente e nada sugere que o crime aqui discutido integre uma sequência de atentados contra o patrimônio alheio, tampouco habitualidade delitiva.

Excepcionalmente, portanto, apesar da reincidência do agente, entendo necessário reconhecer que a conduta praticada não alcança a reprovabilidade necessária para ser objeto da resposta estatal penal, não tendo ficado caracterizada habitualidade ou reiteração delitiva.

Acesso ao Sumário

3. Diante do exposto, voto pelo reconhecimento da atipicidade material da conduta por insignificância, reformando a sentença para absolver RICARDO ROMAGNOLI com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1523047-72.2019.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes WILSON PERES FILHO e WILSON PERES NETO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso interposto pela defesa dos corréus para reduzir tão somente as penas impostas ao corréu WILSON FILHO, que passam a ser um todo de 22 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa, mantidas, no mais, as demais disposições da r. sentença, no que diz respeito a um e outro. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.258)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA E MARCELO GORDO.

São Paulo, 4 de julho de 2022.

XISTO RANGEL, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo e extorsão qualificada. Sentença condenatória. Recurso da defesa. Caracterização dos crimes e autorias delitivas não questionadas. Crime único impossível. Roubo e extorsão que são crimes de espécies distintas e possuem momentos consumativos próprios. Inviável também a continuidade delitiva ou o concurso formal de crimes. Concurso material de crimes mantido. Arma de fogo. Desnecessidade de apreensão e submissão à perícia. Caracterização mantida. Dosimetria. Penas que comportam redução tão somente quanto ao corréu WILSON FILHO. Pena-base adequadamente fixada acima do mínimo legal para um e outro corréu, com relação

Acesso ao Sumário

a ambos os crimes, dadas as circunstâncias judiciais destacadas. Segunda fase. Reincidência específica que pode ser compensada integralmente com a confissão espontânea, ponto que o recurso da defesa comporta acolhimento. Senilidade da vítima que é agravante de natureza objetiva e foi comprovada pelo boletim de ocorrência. Regime prisional fechado mantido. Apelação provida para reduzir as penas tão somente de WILSON FILHO, mantidas a do outro corréu, bem como as demais disposições.

VOTO

Ao relatório de fls. 291/294, o qual adoto, acrescento a r. sentença ter julgado parcialmente procedente a presente a pretensão punitiva estatal para CONDENAR os réus WILSON PERES FILHO e WILSON PERES NETO, já qualificados, por incursos no art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, e no artigo 158, parágrafo 3º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, a cumprir em estabelecimento adequado, o primeiro (**WILSON FILHO**), a pena de **25 (vinte e cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 53 dias-multa**, e o segundo (**WILSON NETO**), a pena de **19 (dezenove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 40 dias-multa calculado o valor unitário das penas pecuniárias no mínimo.**

Isso porque, segundo diz a denúncia, no dia 08 de dezembro de 2018, no horário e local ali mencionados, os dois sentenciados, agindo em concurso, com unidade de propósitos e desígnios, constrangeram a vítima Eduardo Fioravanti, de 62 (sessenta e dois anos) de idade, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, além de restrição de sua liberdade, e com intuito de obter indevida vantagem econômica, a fornecer seus cartões bancários e respectivas senhas.

Também porque, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os mesmos sentenciados, com o mesmo modus operandi, subtraíram, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição à liberdade da mesma vítima, a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais), em espécie, além de RG e cartões bancários a ela pertencentes.

A denúncia descreveu as condutas criminosas da seguinte forma:

Segundo o apurado, na data e local dos fatos, WILSON FILHO, previamente conluiado com WILSON NETO para a prática de crimes patrimoniais, abordou a vítima, que estava no interior de seu veículo Honda/HR-V, placas GBE 7366, cor prata, e, empunhando uma arma de fogo, anunciou o assalto e

Acesso ao Sumário

ordenou que ela passasse para o banco de trás.

Ato contínuo, WILSON FILHO assumiu a direção do automóvel e conduziu-o até uma rua próxima, onde WILSON NETO já o aguardava, tendo ingressado no banco traseiro do veículo, ao lado do ofendido.

Após subjugarem a vítima, os denunciados passaram a extorqui-la, exigindo que fornecesse os cartões bancários e respectivas senhas.

De posse dos cartões e senhas, WILSON NETO desceu do carro e passou a realizar vários saques e compras, enquanto seu comparsa continuou circulando com a vítima no interior do veículo.

Em dado momento, WILSON FILHO soube que a vítima trazia consigo mais cartões bancários e, diante disso, telefonou para o seu comparsa, marcando de encontrá-lo em rua próxima à Rua Maria Therezinha Assunção, na cidade de São Paulo.

No local combinado, os meliantes trocaram de posição. Então, WILSON FILHO saiu do automóvel para efetuar saques e compras com os cartões da vítima, ao passo que WILSON NETO continuou rodando com o veículo, restringindo, ainda mais, a liberdade de Eduardo.

Passadas quatro horas do início da empreitada criminosa, WILSON FILHO retornou ao veículo e, juntamente com seu comparsa, liberaram a vítima para que fosse embora na condução do automóvel. Antes de se evadirem, todavia, subtraíram-lhe a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais) em dinheiro, além de seu documento de identidade.

Nesse momento, também atemorizaram a vítima, tirando fotos do seu rosto, de seus documentos pessoais e do documento do carro.

Ocorre que, no dia 19 de fevereiro de 2019, WILSON NETO foi preso em flagrante por outro crime de roubo, praticado com o mesmo modus operandi daquele sofrido pela vítima. Na oportunidade, constatou-se, ainda, que as características físicas do roubador também coincidiam com às *descritas por Eduardo.*

Então, encetaram-se investigações, ocasião em que se apurou que ele e seu genitor WILSON FILHO estavam cometendo diversos delitos patrimoniais na cidade de Guarulhos e Zona Leste de São Paulo, sendo que se utilizavam do veículo Fiat/Toro, placas FNX 8384, cor prata, para a prática dos crimes.

A partir disso, policiais civis diligenciaram em busca do citado automóvel, localizando-o no dia 20 de fevereiro de 2019, na Rua Taquarana, na cidade de São Paulo. Na ocasião, ele era conduzido por WILSON FILHO, o qual, ao notar a presença da viatura, empreendeu fuga, sendo detido após breve perseguição.

A vítima foi acionada a comparecer em sede policial, ocasião em que

Acesso ao Sumário

reconheceu, por meio de fotografias, os denunciados como sendo os autores dos crimes (cf. auto de reconhecimento a fls. 12).

Em razão da prática dos delitos de roubo e extorsão, a vítima suportou prejuízo estimado em R$ 17.400,00 (fls. 10/11).

Parcialmente inconformados com o desfecho condenatório da r. sentença de primeiro grau, os corréus interpuseram recurso de apelação, por intermédio da Defensoria Pública. Pleiteou-se, em síntese: 1) o afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, em virtude da inexistência de elementos probatórios incontestes no que concerne à utilização do artefato vulnerante, destacando-se que a não apreensão da arma e a consequente não realização de exame técnico inviabilizam a incidência da referida majorante; 2) a readequação da dosimetria penal, fixando-se a pena-base no mínimo legal ou em patamar menor, já que o aumento não é proporcional e está alicerçado em fundamentos inidôneos; 3) especificamente quanto ao corréu WILSON NETO, alega que as condenações apontadas pelo magistrado se referem a ações penais em trâmite ou com trânsito em julgado posterior em relação à data dos fatos (vide fl. 220/224), de modo a contrariar a Súmula 444 do STJ; 4) que os maus antecedentes e a reincidência não sejam considerados conjuntamente, sob pena de bis in idem; 5) cancelamento da agravante referente à senilidade da vítima, já que não tinha como os réus saberem que a vítima era pessoa com mais de 60 anos de idade e também não há documento hábil para comprovar tal circunstância; 6) compensação integral entre a confissão espontânea e a recidiva, no que diz respeito ao corréu WILSON FILHO; 7) a minoração da fração de aumento na segunda fase em razão das agravantes genéricas; 8) reconhecimento da existência de crime único, concurso formal ou continuidade delitiva, no que diz respeito ao roubo majorado e à extorsão qualificada, com o afastamento do acúmulo material; 9) a isenção das custas processuais.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público oficiante no primeiro grau rebateu os argumentos defensivos e pugnou, ao final, pelo desprovimento do apelo (fls. 405/421).

PGJ não discrepou (fls. 438/535).

De conformidade com a Resolução nº 772/17, não houve expressa oposição ao julgamento virtual.

Eis o relatório.

Não há dúvidas quanto à caracterização dos crimes descritos na denúncia e as suas respectivas autorias, tanto é que o inconformismo da defesa se limitou à dosagem das penas aplicada aos ora apelantes.

Não é o caso de reconhecer a figura do crime único entre o roubo e a extorsão, na medida em que a vítima foi, num primeiro momento, constrangida a entregar seus cartões bancários com as respectivas senhas, que foram utilizados

Acesso ao Sumário

para compras e saques, e, num segundo momento, houve a subtração de valores (quinhentos reais) e pertences pessoais (documento pessoal) que estavam consigo, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, tudo a configurar perfeitamente o concurso material de delitos. Indiscutível que o roubo e a extorsão, crimes de espécies distintas, resultaram de desígnios autônomos, pois os indivíduos, depois de constrangerem a vítima a entregar cartões e suas respectivas senhas, quando a extorsão se consumou, decidiram cometer um novo crime, a saber, o roubo, subtraindo pertences que estavam com a vítima, mediante intimidação e emprego de arma de fogo, tratando-se de delitos de espécies distintas e dinâmicas próprias, em hipótese exemplar de concurso material de infrações.

Como preleciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

A diferença concentra-se no fato de a extorsão exigir a participação ativa da vítima, fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. Enquanto no roubo o agente atua sem a participação da vítima, na extorsão o ofendido colabora ativamente com o autor da infração penal (in Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 802).

Nesse sentido:

ROUBO E EXTORSÃO. CRIME ÚNICO. INEXISTÊNCIA. CONDUTAS DIVERSAS, PRATICADASEM CONCURSO MATERIAL. [...]. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, se durante o mesmo contexto fático, o agente, mediante grave ameaça, subtrai coisa móvel da vítima e exige que ela forneça a senha do cartão do banco para a realização de saques em sua conta bancária, configuram-se os crimes de roubo e extorsão, em concurso material. (AgRg no AREsp 745.957/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA-TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 10/12/2015).

Da mesma forma, não há como aplicar a continuidade delitiva, tampouco o concurso formal de crimes, já que são delitos de espécies distintas, com momentos consumativos próprios e diferentes.

O emprego de arma de fogo restou devidamente comprovado pelas declarações do ofendido, segundo o qual o objeto vulnerante estava a todo momento embaixo da perna de um dos ladrões, caso esboçasse reação. Em complemento, quando da prisão do corréu WILSON NETO, em 19.02.19, foi apreendida com ele uma arma de fogo (marca Beretta, caibre 25, fotografada às fls. 13), a qual, segundo o policial Edson, foi reconhecida pela vítima Eduardo como a utilizada pelos acusados no dia dos fatos.

Trata-se de extorsão qualificada (artigo 158, §1º, do Código Penal), uma vez que a restrição de liberdade da vítima foi condição necessária para obtenção da vantagem econômica (saques e compras).

Quanto à dosimetria penal, é o caso de acolher a pretensão defensiva,

Acesso ao Sumário

mas em pequena extensão e no que tange apenas ao corréu **WILSON FILHO**. Senão, vejamos.

WILSON NETO

ROUBO

Na primeira fase, o juiz fixou a pena-base do roubo em metade acima do mínimo legal, ou seja, 6 anos de reclusão e 15 dias-multa, *considerando os* ***antecedentes****, as* ***circunstâncias****, as* ***consequências*** *e a* ***gravidade (em concreto)*** *do delito, bem a* ***personalidade deformada do réu****. Com efeito, o acusado, conluiado com o próprio genitor (o que torna o delito ainda mais deletério e asqueroso), armado com uma pistola abordou a vítima em plena via púbica, durante a manhã, à luz do dia. Permaneceram com a vítima por várias horas, ameaçando-a. Se não bastasse, o ofendido suportou enorme prejuízo financeiro, em torno de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais). É evidente que um assalto dessa magnitude não pode ser apenado da mesma forma que um simples roubo à pedestre. E não é só: o acusado ostenta outras condenações por delitos patrimoniais graves (certidões de fls. 220/224). Há que se considerar ainda a personalidade deformada do acusado, que o leva a reiteradamente violar a lei.*

A despeito dos argumentos defensivos, entendo ser o caso de manter o aumento engendrado na primeira fase. De fato, a condenação nº 1503725-06.2019.8.26.0050 (data do fato: 06.12.2018; trânsito em julgado para a defesa: 28.05.2020 vide fl. 222/223) é **apta a caracterizar mau antecedente** (pelo mesmo crime, inclusive). Com efeito, a condenação por fato anterior ao delito que se julga, mas com trânsito em julgado posterior, pode ser utilizada como circunstância judicial negativa, a título de antecedente criminal (STJ, 5ª Turma, HC 210.787/RJ, Min. Marco Aurélio Belizze, julgado em 10.09.2013).

Quanto às circunstâncias, o juiz de piso já havia consignado que a majorante relativa ao concurso de agentes seria considerada como circunstância judicial negativa, o que também é permitido, ainda mais no caso que se trata de comparsaria entre filho e pai (o que realmente torna o delito mais deletério e asqueroso). Trata-se de manobra até benéfica ao réu, já que o aumento mínimo de 1/3, nesse caso, passou a ser de 1/6.

Por fim, no que concerne a personalidade deformada do acusado, registra-se que a vítima narrou em Juízo que, mesmo após cooperar com os criminosos, foi ameaçada pela dupla, caso registrasse boletim de ocorrência dentro de um certo intervalo de tempo (“Se não obedecesse, iriam atrás para ‘acertar as contas’), o que enrijece a personalidade distorcida e a má índole dos réus, digna mesmo de reproche.

Assim, já destacadas três circunstâncias judiciais diferentes, contabilizada a fração de 1/6 para cada uma delas, o aumento de metade na primeira fase me parece proporcional e adequado, não havendo como reduzi-lo.

Acesso ao Sumário

De antemão, registra-se que, segundo o STF[1], não viola o princípio da proibição da reformatio in pejus a reavaliação das circunstâncias judiciais em recurso de apelação penal, no âmbito do efeito devolutivo, desde que essa não incorra em aumento de pena.

Na segunda fase, a agravante da senilidade da vítima foi integralmente compensada com a atenuante da confissão espontânea. Com efeito, referida agravante independe de prévia ciência pelos réus da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida (STJ, HC 593.219/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25.08.2020).

Também não há dúvidas quanto à idade da vítima à época dos fatos, na medida em que o boletim de ocorrência registrado (vide fl. 9/10) é documento que goza de fé pública e, por isso, apto a caracterizar tal circunstância.

Na terceira fase, a arma de fogo justificou o incremento de 2/3 na reprimenda, que resultou em 10 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 25 dias-multa.

EXTORSÃO QUALIFICADA

Pelos mesmos motivos acima já citados, o juiz sentenciante fixou a pena -base do crime de extorsão em metade acima do mínimo legal, ou seja, 9 anos de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa. Ainda que a majorante concurso de pessoas aqui não tenha sido elevada a conta de circunstância judicial negativa, no caso da extorsão as consequências do crime merecem destaque, na medida em que a vítima suportou **prejuízo na órbita de dezoito mil reais**, referente ao uso indevido de seus diversos cartões, valor que realmente destoa do ordinário. Segundo a vítima, o banco não fez a devolução dos valores. Também merece destaque o demasiado tempo em que a vítima ficou sob poder dos meliantes, cerca de 4 horas, a determinar maior reprovação social do crime em questão.

Na segunda fase, a senilidade da vítima foi compensada prudentemente com a confissão espontânea, não havendo alteração.

Não consideradas causas de aumento ou diminuição, a reprimenda se tornou definitiva em **9 anos de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa**.

Somadas as penas, em razão da correta aplicação do concurso material, alcançou-se o patamar de **19 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 40 dias-multa.**

WILSON FILHO

ROUBO

A pena-base de WILSON FILHO para o roubo foi fixada também em metade acima do mínimo legal, em razão das mesmas circunstâncias já desta-

1 1ª Turma. RHC 119149/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 10.2.2015 (Info 774).

Acesso ao Sumário

cadas para seu comparsa, aliado ao fato de se tratar de réu foragido do sistema prisional desde o dia 15 de agosto de 2018 (não retornou depois do benefício conhecido como "saidinha").

De fato, segundo consta às fls. 213/219, trata-se de pessoa com diversas condenações anteriores alcançadas pelo quinquênio depurador, aptas, contudo, a caracterizar os maus antecedentes. À guisa de ilustração, cita-se as ações penais nº 0017057-47.2001.8.26.0050 (fl. 213) e 0032095-60.2005.8.26.0050 (fl. 214).

Com relação à personalidade distorcida, reitera-se os argumentos registrados para seu comparas.

Ademais, a prática de um novo crime durante cumprimento de pena, na situação de foragido da justiça, revela a má conduta social de WILSON FILHO e a necessidade de maior rigor penal.

Assim, mantém-se a pena-base de WILSON FILHO fixada em metade acima do mínimo legal.

Na segunda fase, considerou-se a agravante da reincidência específica, não valorada na primeira fase da dosimetria (12ª V. Criminal da Capital certidão de fl. 216) e a idade avançada da vítima para exasperar a reprimenda em 1/3. Segundo o juiz, a reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão. Neste aspecto, a defesa está com a razão. De fato, de acordo com a jurisprudência mais atual, o entendimento é de que a reincidência, ainda que específica, e a confissão, são igualmente preponderantes, na medida em que representam traços da personalidade do agente (ainda que em sentidos diversos). Assim, melhor que a reincidência específica seja integralmente compensada com a confissão espontânea, restando a senilidade da vítima para exasperar a reprimenda no patamar de 1/6.

Não há se falar em *bis in idem* porque maus antecedentes e a reincidência foram alicerçados em **condenações penais distintas**.

Dessa forma, as penas intermediárias passam a ser de 7 anos de reclusão e 17 dias-multa.

Na terceira fase, aplicada a majorante do emprego de arma de fogo, as penas são acrescidas de mais 2/3, totalizando **11 anos e 8 meses de reclusão, com 28 dias-multa**.

EXTORSÃO QUALIFICADA

A pena-base da extorsão foi fixada em metade acima do mínimo legal, o que deve ser mantido, pelos mesmos motivos já esposados para o roubo. Assim, correta a pena-base fixada em 9 anos de reclusão e 15 dias-multa.

Na segunda fase, também pelos mesmas razões invocadas, a fração de aumento deve ser 1/6 (no lugar de 1/3), de modo que a recidiva total passa a ser de 10 anos e 6 meses de reclusão, com 17 dias-multa. Não foram consideradas

Acesso ao Sumário

causas de aumento ou diminuição de penas.

Aplicada a regra do concurso material, as penas totais de WILSON FILHO passam a ser de **22 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa.**

Evidentemente que o regime prisional inicial fechado deve ser mantido para ambos os corréus, seja em razão das diversas circunstâncias judiciais negativas, seja pela quantidade de pena corporal, seja pelas condenações anteriores, tudo a reverenciar o binômio prevenção-repressão.

No mais, o pedido de justiça gratuita/isenção de custas processuais não comporta deferimento. Isso porque as custas processuais possuem natureza jurídica de taxa e decorrem da prestação de serviço público de natureza forense (Lei Estadual nº 11.608/03, art. 1º). Nas ações penais de iniciativa pública, uma vez condenado o réu, o pagamento das custas deve ser efetuado perante o Juiz da Vara onde tramitou o processo (NSCGJ, art. 479, caput), após o trânsito em julgado da decisão judicial (Lei Estadual nº 11.608/03, art. 4º, § 9º, a), de modo que eventuais questões referentes à impossibilidade de pagamento devem ser formuladas perante tal E. Juízo. Neste sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução da sentença condenatória." (STJ, Sexta Turma, AgInt no REsp 1.637.275/RJ, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. em 06/12/2016, DJe de 16/12/2016).

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso interposto pela defesa dos corréus para reduzir **tão somente as penas impostas ao corréu WILSON FILHO**, que passam a ser um todo de 22 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 45 dias-multa, mantidas, no mais, as demais disposições da r. sentença, no que diz respeito a um e outro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002635-58.2018.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante ARNALDO APARECIDO DE MORAES, 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: "Ne-

Acesso ao Sumário

garam provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 60.319)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 8 de julho de 2022.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, "caput", da Lei nº 9.503/97). Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e incriminatórias de testemunha presencial. Versão exculpatória inverossímil. Culpa manifesta. Enredo probatório que evidencia imprudência por parte do acusado. Inocorrência de culpa exclusiva da vítima. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento adequado, com acertada suspensão da habilitação. Regime aberto acertado. Prestação pecuniária adequadamente aplicada. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Arnaldo Aparecido de Moraes** saiu **condenado** à pena de ***2 anos de detenção*** *(regime aberto) – substituída a corporal por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 10 salários mínimos* –, mais suspensão do direito de conduzir veículos automotores pelo prazo de ***2 meses***, pela prática da infração penal capitulada no art. 302, caput, da Lei nº 9.503/97 *(homicídio culposo na direção de veículo automotor)*.

O apelo do acusado *(f. 183/190)* pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida ***(i)*** insuficiência da prova acusatória e ***(ii)*** ocorrência de culpa exclusiva da vítima.

Subsidiariamente, pleiteia o afastamento ou a diminuição do valor da prestação pecuniária fixada em favor dos sucessores da vítima.

Anotam-se contrarrazões ministeriais *(f. 336/338)* que defendem a manutenção do decisório.

Acesso ao Sumário

Autos distribuídos *(f. 360)*, foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal *(f. 364/370)*, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***27.mai.2022*** *(f. 371)*.

É o relatório.

Homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, "*caput*", da Lei nº 9.503/97).

Aos fatos.

Acusado, conduzindo seu veículo automotor, avança em cruzamento sem a devida atenção e intercepta a trajetória da motocicleta conduzida pela vítima, dando causa à colisão.

A vítima não resiste aos mortais ferimentos.

Esses os fatos, em síntese. Condenação acertada.

A **materialidade** delitiva encontra-se consubstanciada por ***(i)*** boletins de ocorrência *(f. 5/10)*, ***(ii)*** laudo pericial do local dos fatos *(f. 132/140)* e ***(iii)*** exame necroscópico *(f. 15/18; 31/33)*.

A **autoria** também é certa.

A própria dinâmica dos acontecimentos, antes descrita e só por si, já mostra **culpa evidente**, culpa **crassa**, aliás.

De efeito.

Quem conduz veículo automotor e avança em cruzamento, sem se certificar da existência de veículos trafegando na via que pretende ingressar, age, evidentemente, de forma imprudente e sem observar as regras mais elementares de cuidado no tráfego.

Para dizer o mínimo.

Não fosse assim, com certeza não teria colidido frontalmente com a motocicleta da vítima, de modo a evitar o evento fatal.

E quem assim conduz, ignorando procedimentos e regras básicas de trânsito, assume os riscos do resultado.

Tem o dever de saber que, não somente corre riscos fortíssimos, como também expõe demais condutores e transeuntes a igual severidade de perigo.

E que pode, nessa situação, causar consequências até funestas, como aqui lamentavelmente aconteceu.

Acidente **violentíssimo**, bem se vê, que provocou a morte da vítima.

Tem que responder pelas consequências o acusado.

Afinal e evidentemente, como demonstram ***todas*** as evidências do processo, tomou o volante do veículo automotor e avançou em cruzamento, adentrando, sem qualquer cautela, na via em que a vítima trafegava, atingindo-a e

Acesso ao Sumário

ferindo-a mortalmente.

Exatamente isso é o que se colhe do **laudo pericial do local do acidente** (f. 132/140) - assim como da prova testemunhal colhida durante a instrução.

Neste sentido, as importantíssimas declarações da **testemunha presencial *Daniel*** *(f. 57 e depoimento gravado)*, a descrever o evento mortal.

Contou que, na data dos fatos, conduzia sua motocicleta, logo atrás da motocicleta da vítima.

Viu quando, em um cruzamento, o acusado adentrou na via na qual a vítima trafegava, sem respeitar a parada obrigatória, interceptando a trajetória da vítima e causando a colisão.

Evidentemente autêntico o relato.

Tudo a dar conta da manifesta imprudência do acusado.

O que leva à certeza do quadro.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

No vazio, portanto, a ***versão exculpatória*** ofertada pelo réu *(f. 58 e interrogatório gravado).*

Disse que estava adentrando a via pública e parou antes de efetuar o cruzamento, mas "não viu ninguém", então, continuou atravessando.

Aduziu que sua esposa chegou a gritar "olha a moto", havendo a colisão em seguida.

Alegou que não viu a motocicleta, pois o local estava pouco iluminado e havia um ponto cego, mas não soube explicar como sua esposa conseguiu fazê-lo.

Sem razão, contudo.

A versão sustentada pelo acusado mostrou-se verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Como bem destacado pelo Magistrado de origem *"tentando se eximir de culpa, o réu disse que não viu a motocicleta pois foi prejudicado por um "ponto cego". Contudo, foi questionado* ***como haveria um ponto cego para ele e não para sua esposa, sendo salientado que a motocicleta vinha pelo seu lado (esquerdo) e não pelo lado de sua esposa (direita).*** *Evidentemente que o réu* ***não conseguiu explicar essa esdrúxula justificativa*** *- mentira facilmente perceptível. Ou seja, extrai-se da própria narrativa do réu, sem nenhuma dificuldade, que ele* ***não tomou a mínima cautela em cruzar a via que pretendia ingressar****, sendo justamente essa a sua conduta imprudente e que causou o acidente" (f. 162/163 g.n.).*

Nesses termos, aceitar-se a versão do acusado, *data venia*, seria fechar

Acesso ao Sumário

os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom- senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Todos os elementos de prova apontam indubitavelmente, enfim, à conduta imprudente do acusado.

E nem se alegue ***culpa exclusiva da vítima***.

Isso porque a conduta imprudente do acusado, como se viu, foi demonstrada de forma abundante e pormenorizada nos autos, atestada pela prova pericial e pelas palavras de testemunha presencial.

Coeso conjunto probatório, portanto, a concluir pela responsabilização do acusado.

Porque a essência da leitura globalizada das provas revela situação única e certa.

Dessarte, tendo em vista as circunstâncias do evento, vê-se facilmente que o acusado simplesmente ***ignorou regra básica de trânsito***.

Daí porque irrelevante que estivesse trafegando em baixa velocidade – *fato que sequer ficou demonstrado, frise-se.*

Ora.

Sendo ele que adentrava a via, era ***exigível*** que parasse totalmente veículo no cruzamento e ***somente ingressasse quando não houvesse qualquer outro carro por ali passando***.

Por medida de prudência e respeito à vida de terceiros.

Se assim o tivesse feito, agindo com a prudência necessária, certamente teria conseguido visualizar a motocicleta da vítima se aproximando, já que sua própria esposa, que estava do lado oposto, conseguiu fazê-lo.

E ainda que a vítima estivesse trafegando em alta velocidade, é certo que em Direito Penal não há compensação de culpas.

De forma, que a conduta culposa do réu não poderia ser compensada com eventual culpa demonstrada pela condutora da motocicleta.

O arcabouço probatório, então, viabiliza a conclusão segura de que o acidente é de responsabilidade do acusado, o único que poderia e **deveria evitá-lo**, pela singela observância das regras de trânsito.

Condenação, portanto, inafastável.

Acesso ao Sumário

Quantum satis.

Apenamento.

Base fixada no **mínimo legal**, de **2 anos de detenção**, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de **2 meses**.

Ausentes modificadoras, pena definitiva neste patamar.

Oportuna substituição da corporal por duas penas **restritivas de direitos** *– consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor equivalente a 10 salários mínimos –*, já que presentes os pressupostos legais *(art. 44, do Código Penal).*

Não há que se falar em afastamento ou em redução da prestação pecuniária, como quer a defesa.

A determinação da pena restritiva a ser imposta ao condenado ***cabe ao Juízo sentenciante***, nos exatos termos do art. 44, §2º, do Cód. Penal.

De efeito.

Não cabe ao acusado "escolher" a maneira que deverá cumprir sua pena ou optar pela pena que melhor lhe convém.

Ademais, a fixação da ***prestação pecuniária em 10 salários mínimos*** se deu em observância aos preceitos legais e em atenção às circunstâncias do caso em comento.

Note-se que a fixação de tal valor não impede que as partes se socorram do juízo cível para a discussão da quantia que entenderem cabível.

De forma que, atendidos os pressupostos legais para tanto, fica a prestação pecuniária mantida nos termos fixados.

Regime inicial ***aberto***, mais benéfico possível.

Nada se altera, portanto.

Nega-se provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1519154-90.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado JAÉDER VITOR DE OLIVEIRA, é apelado/apelante 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 defensivo e deram ao ministerial, para aumentar as penas de JAÉDER VÍTOR DE OLIVEIRA, a 1 (um) ano, 3 (três) meses, 5

(cinco) dias de detenção e 12 (doze) dias-multa, em regime semiaberto, além da suspensão para do direito de dirigir para 2 (dois) meses e 21 (vinte e um) dia, e cassar as substituições do CP, art. 44, mantida, no mais, a sentença. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24277)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA e MACHADO DE ANDRADE.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DESACATO. Recursos

bilaterais.

ABSOLVIÇÃO (DEFENSIVO). Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. Condutas típicas.

DOSIMETRIA. Aumento na primeira fase pelos maus antecedentes. Afastamento de exclusiva sanção pecuniária em relação ao desacato. Manutenção da agravante do CTB, art. 298, III. Penas aumentadas. Cassação das substituições do CP, art. 44. Modificação ao regime semiaberto.

PROVIMENTO APENAS AO MINISTERIAL.

VOTO

Trata-se de **APELAÇÕES CRIMINAIS** interpostas contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Regional VI - Penha de França, Comarca de São Paulo, por **JAÉDER VÍTOR DE OLIVEIRA, condenado a 7 meses de detenção e 21 dias-multa, no piso** - substituída, a privativa, por uma restritiva de direitos de prestação pecuniária de dois salários mínimos, regime aberto na reversão -, além de **suspensão do direito de dirigir veículos automotores por 2 meses e 10 dias**, como incurso no CTB, art. 306, § 1º, II, c.c. o art. 298, III (7 meses de detenção e 11 dias-multa) e CP, art. 331 (10 dias-multa), na forma do art. 69, ***caput***, admitido recurso em liberdade, pleiteando absolvição geral, pela ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, sustentando, ainda, ausência de dolo em desacatar o policial, sob alegação de exaltação mútua dos ânimos; subsidiariamente, alijamento da agravante do CTB, art. 298, III, e pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, buscando aumento na primeira fase pelos maus antecedentes, imposição da pena

Acesso ao Sumário

privativa ao desacato, cassação da substituição e semiaberto.

Devidamente processadas, a **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** opinou pelo provimento apenas ao ministerial.

É o relatório.

A acusação é de que, segundo a denúncia, *"(...) no dia 10 de agosto de 2021, por volta da 1h51min, na Avenida Cangaíba, próximo ao n° 3284, Cangaíba, nesta cidade e Comarca, **JAÉDER VITOR DE OLIVEIRA**, qualificado às fls. 6 e 34, conduziu, sem possuir carteira de habilitação, o veículo Chevrolet/Onix, de placas FHK-0871, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.*

*Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias acima descritas, **JAÉDER VITOR DE OLIVEIRA** desacatou os funcionários públicos Diego Ferreira de Moura e Vinicius da Silva Brandão, no exercício de suas funções como Policiais Militares".*

Interrogado, confessou as imputações. Disse que, no dia dos fatos, foi buscar a esposa no trabalho, tendo antes ingerido quatro latas de cerveja. Estava imprimindo alta velocidade e uma viatura emitiu ordem de parada, acatada. Desembarcou do veículo, com a mulher e uma amiga dela, com que os policiais começaram a conversar. Como não gostou da situação, entrou no veículo e foi embora, sendo perseguidos pelos agentes públicos. Em determinado momento, colidiu contra um poste; após, realmente, desceu do automóvel e xingou os policiais, sendo agredido e algemado. Não possuía habilitação.

Os PMs *Diego* e *Vinicius* realizavam patrulhamento pela Av. Cangaíba, quando avistaram um Onix em alta velocidade, passando a persegui-lo. Após diversas ordens de parada o veículo estacionou. **JAÉDER** desembarcou alterado e disse *"vocês querem me abordar, vêm atrás de mim"* e retornou à direção, empreendendo fuga em alta velocidade. Após breve perseguição, **JAÉDER**, ao colidir contra um poste de iluminação, deixou o carro e passou a ofendê-los, chamando-os de *"filhos da puta"* e *"coxinhas de merda"*. Apresentava visíveis sinais de embriaguez, com voz pastosa e odor etílico.

Prova suficiente.

Anote-se que os dizeres dos agentes públicos são harmônicos e coerentes, não havendo comprovação de qualquer animosidade a justificar infundada acusação, inclusive diante do contido no CPP, art. 202, de que toda pessoa pode ser testemunha, até porque seria um contrassenso o Estado credenciar pessoas para a função repressiva e depois lhes negar crédito quando dão conta de suas diligências (RT 417/94, 486/351, 771/565 e 772/682).

A materialidade do crime do CTB, art. 306 ficou comprovada pelo laudo de verificação de embriaguez de fls. 109, bem como pela robusta prova oral, inclusive, a confissão.

Acesso ao Sumário

Como se vê, indubitável que o ora apelante estava com sua capacidade psicomotora alterada, lembrando-se ainda que o elemento subjetivo é aquele de perigo, *"(...) quando o agente quer ou assume o risco de expor a perigo de lesão um bem jurídico penalmente tutelado"* (**MASSON**, Cleber, Direito Penal, vol. 1, 4ª edição, p. 270).

Ademais, nos crimes de perigo abstrato - gênero do qual o delito de embriaguez ao volante é espécie - a subsunção da conduta à definição legal é aferível sem a produção de um dano efetivo, ou melhor, sem a ocorrência de lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo.

A consumação se dá com o simples perigo criado para o indivíduo, permanecendo, o objeto jurídico tutelado, sempre incólume. Há nítida presunção legislativa de que a conduta, por si só, representa potencial lesão ao que se pretende tutelar.

Nos dizeres de **TOLEDO, Francisco de Assis**, *"(...) bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas"* (***in*** Princípios básicos de direito penal - 5ª. Ed. - Saraiva - pág. 16).

Assim, inequívoca é a conclusão de que a tutela ao bem jurídico se dá tanto pela lesão (ou dano) quanto pelo perigo de lesão.

Segundo **ROXIN, Claus**, delitos de perigo abstrato são *"(...) aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto venha ocorrer um resultado de exposição a perigo"* (***in*** Problemas básicos del derecho penal - Tradução: Diego Manuel Luzón Peña - Madrid - p g 407).

O Ministro **JORGE MUSSI**, por ocasião do julgado do HC nº 161.393/MG, afirmou categoricamente que *"(...) a simples criação dos crimes de perigo abstrato não representa comportamento inconstitucional. Contudo, não há como se negar que os princípios da intervenção mínima e da lesividade ensejam um controle mais rígido da proporcionalidade de tais delitos, uma vez que se deverá examinar se a medida é necessária e adequada para a efetiva proteção do bem jurídico que se quer tutelar. (...) Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros.* ***O delito de embriaguez ao volante talvez seja o exemplo mais emblemático da indispensabilidade da categoria dos crimes de perigo abstrato, e de sua previsão de modo a tutelar a segurança no trânsito, a incolumidade física dos indivíduos, e a própria vida***

Acesso ao Sumário

humana, diante do risco que qualquer pedestre ou condutor de automóvel se submete ao transitar na mesma via que alguém que dirige embriagado*"* (STJ - Quinta Turma - DJe de 03/05/2012 - grifei).

Por isso, bem reconhecida a condenação quanto à embriaguez ao volante, o que, de igual modo, se verificou quanto ao desacato.

E nem se alegue suposta ausência de dolo, porquanto os impropérios proclamados foram suficientes para caracterizar o elemento subjetivo do tipo, lembrando-se que *"desacatar significa, por si só, humilhar ou menosprezar, implicando algo injurioso, que tem por fim desacreditar a função pública"* (**NUCCI, Guilherme de Souza**, Código Penal Comentado, 13ª ed., São Paulo: RT, 2013, p. 1218), lembrando-se que a embriaguez não o exclui (CP, art. 28).

Dosimetria

Conforme pleiteado pelo ***Parquet***, de rigor o aumento na primeira etapa, em razão dos maus antecedentes, pois, além da condenação definitiva utilizada na segunda etapa à título de reincidência, ostenta mais duas outras (certidão de fls. 40/42). Embora ultrapassado o prazo depurador do CP, art. 64, I, são hábeis aos fins colimados.

Assim, aumenta-se as penas em 1/6, afastando-se exclusiva pecuniária quanto ao desacato, insuficiente à reprovabilidade, obtendo-se, agora, **7 meses de detenção e 11 dias-multa** (CTB, art. 306) e **7 meses de detenção** (CP, art. 331).

Na segunda etapa, a despeito do art. 67, a reincidência (condenação de fls. 41) foi compensada com a confissão, o que não pode ser modificado, sob pena de ***reformatio in pejus***, sem impugnação específica do MP. No tocante à embriaguez ao volante, na segunda etapa, pela majorante do CTB, art. 298, III - "sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação", fato incontroverso, pois admitido pelo próprio agente, operou-se aumento de 1/6, atingindo-se **8 meses, 5 dias de detenção e 12 dias-multa, além da suspensão do direito de dirigir por 2 meses e 21 dias.**

Em razão do concurso material, as penas devem ser somadas, perfazendo-se, agora, **1 ano, 3 meses, 5 dias de detenção e 12 dias-multa.**

Realmente, a reincidência, aliada aos maus antecedentes, impede a concessão da benesse do CP, art. 44, pois não se mostraria socialmente recomendável, pois possui três condenações definitivas pelo gravíssimo crime de roubo circunstanciado; pelos mesmos motivos, naturalmente, de rigor a fixação do regime semiaberto, pois o mais brando não atenderia a reprovabilidade da conduta.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se ao ministerial, para aumentar as penas de JAÉDER VÍTOR DE OLIVEIRA, a 1 (um) ano, 3 (três) meses, 5 (cinco) dias de detenção e 12 (doze) dias-mul-**

ta, em regime semiaberto, além da suspensão para do direito de dirigir para 2 (dois) meses e 21 (vinte e um) dia, e cassar as substituições do CP, art. 44, mantida, no mais, a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500590-36.2021.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante MATHEUS FELIPE DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PELO NÃO PROVIMENTO do recurso ora interposto, para que subsista a r. decisão recorrida, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.989)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de entorpecentes – Absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, desclassificação da conduta de tráfico para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas – Impossibilidade – Provas hábeis a ensejar a condenação do réu nos termos em que proferida, evidenciado o intuito de mercancia – Penas e regime bem dosados e fundamentados, não comportando abrandamento – **Apelo defensivo não provido.**

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação criminal interposta por MATHEUS FELIPE DE SOUZA contra a r. decisão de fls. 161/167, cujo relatório se adota, acrescentando-se que ao julgar parcialmente procedente a ação penal, condenou o réu à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto (substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de fim de

Acesso ao Sumário

semana, pelo mesmo período da pena; e prestação pecuniária, no valor de um salário-mínimo, a ser revertido em prol de instituição a ser definida pelo juízo competente para a execução da pena), mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n° 11.343/06; absolvendo-o das condutas previstas no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei n° 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Não concordando plenamente com a r. sentença prolatada recorre a r. defesa do acusado, com razões de Apelação às fls. 180/185, nas quais requer a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação do delito de tráfico para a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Recurso regularmente processado e contrariado pelo Ministério Público, às fls. 195/198, nas quais requer o não provimento do apelo defensivo.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se às fls. 207/221, apresentando parecer pelo não provimento do recurso interposto.

É o relatório.

Cuida-se de ação penal, onde a exordial refere que, no dia 15 de julho de 2021, por volta das 18h10min., na Rua Reinaldo Guerra, nº 1000, bairro Cidade Nova, Pederneiras/SP, MATHEUS FELIPE DE SOUZA trazia consigo, para fins de comercialização, 07 (sete) pedras de "crack", com massa líquida total de 1,35 g (um grama e trinta e cinco centigramas), bem com, na sua residência situada na mesma rua, do numeral 935, guardava, para fins de tráfico, 07 (sete) porções de "cocaína", com peso líquido total de 1,43 g (um grama e quarenta e três centigramas), e semeou ou cultivou plantas que se constituam em matéria -prima para a preparação de drogas, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo consta dos autos, policiais estavam em patrulhamento de rotina, pela Rua Reinaldo Guerra, próximo ao numeral 1.000, no Bairro Cidade Nova, município de Pederneiras, quando avistaram o acusado, que apresentou comportamento suspeito ao notar a aproximação da viatura, de forma que decidiram acompanhá-lo. MATHEUS FELIPE tentou se evadir, correndo do local, mas os policiais conseguiram detê-lo na mesma rua, momento em que ele dispensou 07 (sete) pedras de "crack".

Ao ser indagado, o acusado confessou que as drogas seriam destinadas à venda, e disse que morava próximo ao local. Ato contínuo, os policiais se deslocaram para a residência indicada por ele, onde foram atendidos por sua genitora, Fabiana Gomes da Silva de Souza, a qual autorizou a entrada dos policiais, porém informou que MATHEUS não residia mais naquele local, apontando a casa da frente como sendo a do seu filho.

Na casa de MATHEUS, após sua autorização, os policiais perceberam, no

Acesso ao Sumário

quintal, uma parte de terra revirada, onde localizaram 07 (sete) pinos contendo "cocaína". Ao lado, havia uma planta de "maconha", com peso líquido total de 5,64 g (cinco gramas e sessenta e quatro centigramas).

Na delegacia, MATHEUS confessou a propriedade tanto da "cocaína" quanto do "crack", bem como a finalidade de comercialização. Quanto ao pé de "maconha", negou ser de sua propriedade.

As substâncias ilícitas apreendidas foram encaminhadas para perícia, que constatou a suspeita inicial das drogas encontradas.

Registra a denúncia, por fim, que a quantidade, a natureza e diversidade das drogas, a forma de acondicionamento, o local e as circunstâncias da prisão, revelam a intenção do comércio ilegal do tráfico de drogas.

Estes são os fatos.

A materialidade delitiva resulta estampada nos autos com a vinda do auto de prisão em flagrante (fls. 01); Boletim de Ocorrência de fls. 07/09; auto de exibição e apreensão (fls. 10/11); laudo de constatação de substância entorpecente (fls. 14/21); laudo pericial de exame químico-toxicológico (fls. 84/88); relatório policial de fls. 90/91; e provas orais colhidas.

No que tange à autoria criminosa, em sede policial o acusado admitiu: "Que (...) reconhece ser usuário de drogas do tipo maconha; que confirma a posse das drogas e que as estava comercializando pelo valor R$10,00, tanto a porção de cocaína como a de crack; que entretanto, afirma que o pé de maconha encontrado não é de sua propriedade; que informa que tinha uma dívida e por isso estava comercializando; que não possui antecedentes criminais e que está arrependido" (fls. 05).

Ouvido em juízo, o réu alterou um pouco sua versão, alegando ser mero usuário de drogas, sendo que na ocasião em comento ficou com medo da abordagem policial e por isso fugiu, não tendo autorizado o ingresso na residência, embora não saiba se sua mãe assim autorizou, pois era ela quem pagava o aluguel do local. Disse que o pé de maconha lhe pertencia e o manteve plantado no imóvel para usar porque 'compensava mais'. Explicou que estava desempregado e chegou a cometer alguns delitos para manter o vício em drogas, por isso sua genitora o mandou embora de casa.

Entretanto, enquanto a versão apresentada pelo réu em juízo é deveras inverossímil, não encontrando respaldo seguro diante das demais provas reunidas aos autos, sua confissão extrajudicial foi corroborada em sede judicial pelo restante dos elementos probatórios amealhados em seu desfavor.

Testemunha de defesa pouco ou em nada contribuiu para o esclarecimento dos fatos, posto que não os presenciou, apenas informando ter conhecimento de que o réu é usuário de drogas.

A testemunha policial ouvida em juízo, por sua vez, é firme em apontar a

Acesso ao Sumário

responsabilidade do réu pelo delito em apreço, descrevendo em detalhes como se sucederam os fatos que culminaram com sua prisão. Sua narrativa, importa dizer, se apresenta em total conformidade com o quanto relatado pela exordial acusatória.

Explicou o policial militar Arilson que, durante patrulhamento pelo local, notaram que, ao visualizar a viatura, o réu saiu correndo e dispensou uma sacola branca que levava consigo. Disse que, apreendida, na tal embalagem estavam as pedras de "crack". Contou que foram até a residência do réu e a genitora dele informou que ele não mais residia ali, levando a equipe policial até a moradia do acusado. Esclareceu que o próprio réu admitiu que o entorpecente lhe pertencia e se destinava à venda.

Vale dizer que a declaração judicial supra ilustrada aponta para o mesmo sentido daquelas oferecidas anteriormente, em fase extrajudicial, no calor dos acontecimentos, inclusive pelo também policial Agilvan, além do que, são harmônicas e coerentes com as demais provas colhidas, salientada a apreensão e perícia do entorpecente em questão e a própria confissão extrajudicial do ora apelante.

Consigno não vislumbrar qualquer indício de que as testemunhas de acusação ouvidas tivessem interesse em acusar caluniosamente o réu, e não há nos autos elementos que indiquem perseguição por parte dos policiais, valendo lembrar, a propósito, que estes, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pela demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito" (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 6ª Turma, j. 15.5.2011, DJe 1.6.2011).

E ainda:

"Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes" (STJ – Rel. Ministra Laurita Vaz – 5ª Turma – HC nº 223086/SP – DJe 02/12/2013).

Ao que se observa, o conjunto probatório coligido, sob o crivo do contraditório, é suficiente para incriminar o réu, mormente porque robustecido por

informes do inquérito policial, constituindo, pois, firmes elementos para convencimento do Juízo.

Ora, surpreendido o réu em flagrante delito, após buscar furtar-se da abordagem policial, afirmando-se desempregado e tendo em seu poder diversas porções de entorpecente, individualmente embalado, pronto para venda, evidente que sua conduta se subsome ao tipo penal previsto no art. 33, caput, da lei de drogas (como ele mesmo admitiu em solo policial), não havendo que se cogitar a absolvição ou mesmo a desclassificação do delito.

Importa destacar também, que, por um lado, a alegação de ser usuário de drogas certamente não impede a prática do crime em apreço, cediço que não raro os usuários se valem da mercancia ilícita justamente para sustentar o próprio vício e, por outro, desnecessária a prova de efetivos atos de comércio por parte do réu, haja vista que o mero fato de trazer consigo, armazenar ou ter em depósito entorpecentes, para tal finalidade, é suficiente à incidência do tipo penal em comento.

A condenação, portanto, nos termos em que proferida, era mesmo medida de rigor.

As penas e regime estabelecidos tampouco comportam abrandamento.

Vale dizer que a pena-base do réu restou fixada no mínimo legal, assim mantida na segunda etapa, ainda que anotada a presença da atenuante da menoridade, em respeito ao teor da Súmula 231 do STJ. Finalmente, na terceira etapa, o réu foi beneficiado com a aplicação do redutor previsto no §4° do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo.

No mais, inexistentes outras causas modificativas a serem observadas, as penas foram então tornadas definitivas, não permitindo redução.

Por fim, observa-se que o réu foi agraciado com a eleição do regime prisional aberto para cumprimento da reprimenda, substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

É caso, pois, da mantença da r. sentença ora combatida, nos moldes em que lançada pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos.

Via de consequência, DOU PELO NÃO PROVIMENTO do recurso ora interposto, para que subsista a r. decisão recorrida, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506441-68.2019.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é ape-

Acesso ao Sumário

lante Y. P. R., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar suscitada e impuseram a Y. P. R. a pena privativa de liberdade de 03 (três) meses de detenção, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, por infração ao disposto no artigo 129, caput, do Código Penal, haja vista o afastamento da Lei nº 11.340/06.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.194)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente) e HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 5 de julho de 2022.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: PRELIMINAR – Afastamento do pedido de extinção da punibilidade pelo reconhecimento da decadência.

APELAÇÃO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL: Interposição de Recurso Especial pleiteando o afastamento da Lei nº 11.340/06 e, consequentemente, a aplicação do artigo 88 da Lei nº 9.099/95 – Remessa dos autos a este E. Tribunal de Justiça, tendo em vista decisão do C. STJ – Retratação da decisão colegiada para o fim de afastar a incidência da Lei nº 11.340/06 e analisar as demais teses suscitadas.

VOTO

Y. P. R. foi condenada a 03 (três) meses de detenção, reprimenda a ser cumprida em regime prisional semiaberto, por infração ao artigo 129, § 9º, do Código Penal, c.c. o artigo 5º, inciso III, e artigo 7, incisos I e II, ambos da Lei nº 11.340/06 (fls.207/214).

A D. Defesa pleiteou, em sede de preliminar, a extinção da punibilidade pela falta de representação. No mérito, requereu a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, postulou o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls.236/252).

O recurso foi processado e contrarrazoado (fls.256/260), advindo parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do reclamo (fls.270/273).

Em julgamento realizado no dia 02 de novembro de 2021, esta Colenda

Acesso ao Sumário

14ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, por V.U, negou provimento ao recurso de Apelação interposto pela Defesa.

Na sequência, a Defesa interpôs Recurso Especial perante o C. Superior Tribunal de Justiça, no qual pleiteou a reforma da decisão, para que fosse reconhecida a inexistência de violência de gênero em agressões perpetradas entre mãe e filha, assim como para que se afastasse a incidência da Lei nº 11.340/06, incidindo, no caso, o disposto no artigo 88 da Lei nº 9.099/95. Ademais, de forma sucessiva, postulou o reconhecimento da inviabilidade jurídica da configuração de violência de gênero, pretendendo a manifestação do órgão *a quo* acerca da ausência de representação da vítima (fls.290/298).

O Ministério Público, em suas contrarrazões, manifestou-se pela inadmissibilidade do Recurso Especial e, no mérito, requereu seu desprovimento (fls.303/306).

No julgamento foi dado provimento ao recurso, para afastar a incidência da Lei nº 11.340/06 e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para a análise das demais teses defensivas suscitadas na Apelação (fls.312/320).

É o relatório.

Em cumprimento à determinação emanada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça passo, a seguir, à reanálise das demais teses defensivas, em consequência do afastamento da Lei nº 11.340/06 e da aplicação do disposto no artigo 88 da Lei nº 9.099/95 ao caso concreto.

De início, há de se consignar que a preliminar de extinção da punibilidade por ausência de representação não obterá guarida jurisdicional.

A defesa alega que houve extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, pois, com a decisão do Colendo STJ, a lesão corporal em face da menor passou a ser crime de ação penal pública condicionada à representação, nos termos do artigo 88 da Lei nº 9.099/95, pelo que houve, na espécie, a decadência.

Sem razão, contudo, o reclamo defensivo.

Embora não conste expressamente dos autos a manifestação do representante legal da vítima (seu genitor), no sentido de exercer o direito à representação, é possível inferir de seu comportamento no curso da persecução penal manifestação tácita que tinha a vontade de que a apelante fosse processada pelo delito perpetrado contra a própria filha.

Desta forma, o comparecimento do representante da vítima, menor de idade, nas duas etapas da persecução penal revela, de modo inequívoco, querer que a apenada fosse responsabilizada criminalmente pelo ato ilícito praticado.

Nesse sentido, tem-se que "a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a

Acesso ao Sumário

inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de quem tenha vontade de representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acoimados de criminosos" (STF, Inquérito nº 3.438, rel. Min. Rosa Weber). Na mesma linha: STF, RHC nº 99.086, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, RHC nº 53.130, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz; HC nº 213.571, rel. Min. Laurita Vaz; HC nº 155.520, rel. Min. Jorge Mussi).

Não se verifica, pois, qualquer espécie de inércia por parte do representante da vítima, não prosperando, assim, a alegação de ocorrência da decadência.

Dentro deste contexto, a modificação da capitulação legal dos fatos não tem o condão de ensejar a decadência, notadamente à luz do comportamento do representante da ofendida no curso do processo.

Insta salientar, ainda, que a representação, enquanto categoria processual penal, visa principalmente tutelar o interesse da vítima, no sentido de que lhe outorga a prerrogativa de deliberar pela não promoção da responsabilidade penal daquele que é acusado. Não pode ser simplesmente compreendida como um instrumento que facilite a impunidade do criminoso.

Logo, se as circunstâncias permitem inferir que o representante legal da vítima tinha a intenção de que a inculpada fosse punida pelo ato criminoso, não há que se reconhecer a decadência.

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

No que tange ao mérito, o recurso não comporta provimento.

A materialidade e a autoria delitivas restaram comprovadas por boletim de ocorrência (fls.04/05), laudo pericial de exame de corpo de delito (fls.08/09), e pela prova oral colhida nos autos.

A ré narrou que a criança estava fazendo lição de casa, porém, recusou-se a concluir a tarefa, já que tinha déficit de atenção, vindo a jogar o caderno no chão. Ficou irritada e desferiu um golpe na garota, que acertou o rosto dela, quando a sua intenção era atingi-la no braço. Disse que já foi chamada pela equipe do Conselho Tutelar, assim como sua genitora, por acusações de maus-tratos, o que nunca restou comprovado (mídia digital).

Acesso ao Sumário

Por sua vez, a testemunha Célia narrou que estava na casa de seus pais, quando a ré ligou, dizendo que bateu na vítima, pois a colocou para fazer lição de casa, mas a menina não estava conseguindo. Esclareceu que a menor ostentava marcas nas costelas, nas pernas e no rosto. Negou que a inculpada houvesse agredido a criança outras vezes (mídia digital).

A testemunha Fábio, pai da menor, narrou que buscou a filha na sexta-feira e passou no supermercado, ocasião em que avistou o rosto dela avermelhado, e ao questionar o que era aquilo, foi dito que a genitora a havia agredido. Pensou que era alergia, mas a menor afirmou que havia sido agredida, razão pela qual a levou ao médico, onde foi informado pelos médicos que era lesão proveniente

de agressão, sendo aconselhado a registrar ocorrência. Asseverou que no Conselho Tutelar também soube de demais agressões, inclusive, verbais, das quais as denúncias eram anônimas. Esclareceu que a garota foi golpeada com tapas. Indagado, disse que, segundo a criança, ela foi agredida enquanto fazia a tarefa escolar (mídia digital).

A conduta praticada por Y. se adequa perfeitamente à descrição do delito previsto no artigo 129, caput, do Código Penal.

O robusto conjunto probatório amealhado aos autos demonstrou, de forma incontestável, que a ré agrediu sua descendente, que contava com apenas 06 anos de idade, ocasionando-lhe lesões em várias regiões do corpo, especialmente na cabeça, dentre elas, equimoses e escoriação, conforme se depreende do resultado obtido por meio do laudo pericial de exame de corpo de delito (fls.08/09), apenas porque a ofendida se recusou a fazer a tarefa escolar.

Observou-se tratar de caso extremamente delicado, no qual a agressão se deu por motivo fútil, sendo indiscutível, ainda, que a ré tinha o dever legal de zelar pela proteção e desenvolvimento saudável da criança, mas optou por investir contra ela, após supostamente ter jogado o caderno no chão, provocando-lhe lesões que não apenas a avó materna viu, declinando, ainda, outras partes do corpo da neta que estavam lesionadas, mas que o genitor dela também percebeu, ao ir visitá-la, constatando vermelhidão na face de E., que prontamente justificou ter sido proveniente da agressão praticada pela mãe, durante o período em que fazia a tarefa escolar.

A atitude da inculpada foi tida como absolutamente desproporcional, e ela tinha pleno discernimento do que estava fazendo, pois, como cediço, a educação de um filho jamais deve pautar-se em castigo corporal, sendo cruel o ato de investir contra uma criança de 06 anos, provocando-lhe lesões na região da cabeça, sabendo que ela não possui meios de se defender.

Reitera-se não haver o que se questionar acerca da validade dos depoimentos das testemunhas, pois se restringiram a relatar o que constataram, especialmente no tocante às lesões verificadas na ofendida, as quais, ressalta-se, foram admitidas pela própria apelante.

Bem assim, fundamentou-se a desnecessidade da colheita da versão da ofendida para a elucidação do delito, uma vez que as provas carreadas aos autos já demonstraram de que forma foi praticado, cumprindo salientar que, por envolver uma criança, é primordial a preservação de sua saúde psicológica, sendo desnecessário submetê-la a novo processo traumático. Ainda, a vítima descreveu os fatos a seu pai e ao médico, confirmando que a mãe a agrediu.

Quanto ao objeto utilizado no ato da agressão, destacou-se que, consoante o laudo de fls.08/09, a menor informou que a ré a agrediu com uma cinta, o que é plenamente possível, haja vista a positivação de escoriações no corpo de E..

Acesso ao Sumário

Contudo, deve-se atentar que o genitor foi claro ao dizer que a garota descreveu ter levado tapas no rosto, o que se explica até mesmo pelo fato de ter sido verificada certa vermelhidão na face da descendente, ao passo que ela poderia ter justificado a equimose, não abordando diretamente o uso de uma cinta. Indiscutível, portanto, qual teria sido o instrumento vulnerante.

Ressalvada a decisão emanada do Colendo STJ, tem-se que as provas trazidas aos autos são incontestáveis, consubstanciando-se, pois, a pretensão absolutória, mero exercício do amplo direito de defesa e esgotamento do duplo grau de jurisdição.

Eis a dosimetria da pena:

Embora tenha sido dado provimento ao recurso defensivo objetivando a modificação da capitulação jurídica dos fatos, com o afastamento da Lei nº 11.340/06, passando então a incidir o disposto no artigo 129, *caput*, do Código Penal, verifica-se que a pena-base, fixada no mínimo legal, revela-se semelhante à anteriormente aplicada, ou seja, 03 (três) meses de detenção.

Na segunda fase de individualização, presente a circunstância agravante da reincidência (fls.116/119), assim como a atenuante da confissão espontânea, há de ser operada a compensação, restando, pois, inalterado e tornado definitivo o *quantum* inicialmente fixado à mingua de circunstâncias modificativas na etapa subsequente do cálculo dosimétrico.

O regime inicial semiaberto foi corretamente fixado, tendo em vista a reincidência ostentada por Y. (fls.116/119), mostrando-se como a única espécie aconselhável ao caso concreto, portanto, inalterado.

A alegação defensiva de inidoneidade da motivação da estipulação do regime intermediário também é rechaçada pela reiterada jurisprudência:

> "A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Assim, inexiste bis in idem quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria da pena, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso" (STJ, AgRg no HC 615.513/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 06/10/2020).

Portanto, inviável, *in casu*, o abrandamento do regime prisional.

O benefício previsto no artigo 44 do Código Penal não era mesmo concebível ao caso, sendo expressa a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos crimes praticados com violência ou grave ameaça contra à pessoa.

É cediço que o artigo 44, § 3º, do Código Penal permite ao juiz substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência

Acesso ao Sumário

não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, conforme se extrai do próprio dispositivo legal.

Entretanto, no caso em análise, tal medida não é socialmente recomendável, pois, apesar de Y. não ser reincidente em crime específico, ela ostenta condenações definitivas por delitos mais graves do que o cometido nos presentes autos, ou seja, por tráfico de drogas e falso testemunho, consoante as certidões de antecedentes de fls.116/119.

Outrossim, não era mesmo o caso de concessão da suspensão condicional da pena, pois a apelante é reincidente, consoante já mencionado.

Isso posto, em atenção ao contido no recurso especial, rejeita-se a preliminar suscitada e impõe-se a **Y. P. R.** a pena privativa de liberdade em 03 (três) meses de detenção, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, por infração ao disposto no artigo 129, caput, do Código Penal, haja vista o afastamento da Lei nº 11.340/06.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500763-61.2019.8.26.0615, da Comarca de Tanabi, em que é apelante AGNALDO MARTINES GOMES, 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: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.134)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BUENO DE CAMARGO (Presidente sem voto), GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Coação no curso do processo – Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas – Prova robusta a admitir a condenação do réu – Impossibilidade de **absolvição – Penas e regime inicial fixados com critério – Recurso desprovido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 304/308, cujo relatório se adota, que julgou procedente a denúncia para condenar AGNALDO MARTINES GOMES, devidamente qualificado nos autos do processo, como incurso nas sanções do artigo 344, do Código Penal, ao cumprimento de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

Preenchidos os requisitos do artigo 77, do Código Penal, foi concedido o *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos, com a observação de que durante o primeiro ano do prazo o réu deverá submeter-se à limitação de fim de semana, nos termos do artigo 48 do Estatuto Repressivo.

Pretende, com o presente recurso (fls. 318/324) a reforma da r. sentença, objetivando a desclassificação para o crime previsto no artigo 147, do Código Penal.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões de fls. 341/343, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento (fls. 353/357).

É o relatório.

O recurso interposto não merece provimento.

O apelante foi condenado como incurso nas sanções dos artigos 344, do Código Penal, pois, nas circunstâncias narradas na denúncia, no dia 06 de outubro de 2019, por volta das 19h10min, na rua Vitório Stachissini, nº 450, usou de grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio, contra pessoa chamada a intervir em processo policial como testemunha, qual seja, Neusa de Fátima Cadamuro Ribeiro.

Segundo apurado, no dia 12 de abril de 2019 o Ministério Público do Estado de São Paulo denunciou o recorrente pela prática dos crimes de ameaça e injúria qualificada, nos autos nª 1500154-78.2019.8.26.0615, arrolando como testemunha de acusação a Sra. Neusa de Fátima Cadamuro Ribeiro (cf. fls. 17/19).

Ocorre que, após início da ação penal, o denunciado tomou conhecimento que Neusa iria ser testemunha em seu processo criminal e, em razão disso, no dia dos fatos, quando ela passava em frente à sua casa, passou a ofendê-la chamando-a de "biscate, vagabunda, cretina" e, em seguida, a ameaçou dizendo que iria jogar-lhe gasolina, atear fogo e picá-la com uma faca.

Ficou evidente que a grave ameaça foi proferida com o desiderato de favorecer interesse próprio do autor, ou seja, fragilizar a prova testemunhal de um fato por ele praticado, atemorizando Neusa para não testemunhar contra a sua pessoa (cf. fls. 199/201).

A r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao

Acesso ao Sumário

decreto condenatório e em nada abalada pelas razões de recurso oferecida pela defesa, merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O depoimento prestado pela vítima e testemunha, tanto perante a autoridade policial como em Juízo (mídia digital), foram suficientes para atestar a prática do delito de coação no curso do processo, quanto à sua ocorrência e autoria. Além disso, a materialidade do crime previsto no artigo 344, do Código Penal, restou comprovada nos autos pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04), bem como pela prova oral colhida.

A vítima Neusa de Fátima Cadamuro Ribeiro afirmou, em juízo, que tinha sido intimada para prestar depoimento como testemunha em outra ação, na qual Agnaldo também figurava como réu, e, em razão disso, ao vê-la na rua, o acusado passou a xingá-la de "puta, biscate", bem como passou a ameaçá-la, dizendo que iria matá-la com uma faca. Indagada, a ofendida afirmou que as ameaças ocorreram porque, segundo o réu, ela iria prestar depoimento contra ele naquela ação judicial. Por fim, disse que, em razão desses fatos, ficou com medo do denunciado (cf. mídia digital).

Interrogado, sob o crivo do contraditório, o insurgente negou a prática delitiva. Disse que, na data dos fatos, não sabia que a ofendida testemunharia contra si em outro processo. Na verdade, os desentendimentos contra ela já existem há um tempo. Negou que a tenha xingado e a ameaçado (cf. mídia digital).

Todavia, a versão apresentada pelo recorrente em Juízo restou completamente isolada das demais provas carreadas aos autos, além de apresentar notórias inconsistências entre si, o que contribui para emprestar maior credibilidade as declarações da vítima.

Conclui-se, portanto, que o contexto probatório foi suficiente para provar que o insurgente realmente praticou o delito de coação no curso do processo, sendo de rigor a manutenção de sua condenação, não havendo que se falar em absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória.

De acordo com o professor Rogério Sanches Cunha, ao tratar do delito do artigo 344, do Código Penal:

> *"O dolo é consubstanciado na consciente vontade de empregar violência ou grave ameaça contra quem funcione em processo judicial, policial ou administrativo ou, ainda, em juízo arbitral. O tipo prevê um especial fim de agir, qual seja buscar o agente, com seu comportamento, satisfazer interesse próprio ou alheio. (...) Consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça independentemente da satisfação do interesse visado pelo agente (crime formal). Não há que se falar em efetiva intimidação da vítima, bastando a potencialidade." (Código Penal para concursos, 9ª edição, Editora Jus PODIVM, pág. 903).*

De igual modo, impossível a desclassificação para a figura prevista no

Acesso ao Sumário

artigo 147 do Código Penal. Isso porque, os fatos ocorreram após a vítima ser arrolada como testemunha no processo nº 1500154-78.2019.8.26.0615, do qual Agnaldo também figurava como réu.

Nota-se, portanto, que o acusado utilizou de grave ameaça contra a pessoa, para favorecer interesse próprio, no curso da investigação criminal.

Mantida a condenação, passa-se a análise das penas.

As reprimendas foram fixadas em consonância com os critérios definidos em lei, em montante adequado para a reprovação e prevenção do crime cometido pelo insurgente, nos termos dos artigos 59, caput e 68, ambos do Código Penal, não merecendo reparo em seu *quantum*, devendo ser mantida integralmente, nos seguintes termos:

> *Considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, sobretudo a inexistência de mau antecedente (conforme certidão de fls. 204/207), fixo a pena base no mínimo legal: um ano de reclusão. Não há agravantes e eventuais atenuantes não têm o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal. Ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição da pena, torno tal reprimenda definitiva.*

Fica preservado o regime prisional aberto para início de cumprimento de pena, na medida em que se mostra o mais adequado ao caso concreto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do artigo 77, do Código Penal, mantém-se o *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos, com a observação de que faz jus à suspensão condicional da pena por dois anos, com a observação de que, com fundamento no artigo 78, § 1.º, do CP, o réu, no primeiro ano do prazo, submeter-se-á à limitação de fim de semana, nos termos do artigo 48 do Código Penal, que deverá ser definida pelo Juízo das Execuções.

Assim sendo, nega-se provimento ao recurso, subsistindo, nos termos em que proferida, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504454-61.2020.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante MARCELO GONÇALVES DE SOUZA SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso, para manutenção da

r. sentença proferida pelos seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24750)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), RENATO GENZANI FILHO e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Processo penal – Inobservância do art. 212, do Código de Processo Penal – Nulidade – Inocorrência – Magistrado que, no caso concreto, respeitou o sistema do *cross examination* – Preliminar rejeitada;

Violação de direito autoral – Exposição à venda de CDs e DVDs falsificados – Perícia que examinou o material apreendido e concluiu que se tratava de produto contrafeito – Materialidade demonstrada – Confissão durante o inquérito policial – **Depoimento dos policiais seguros, coerentes e sem desmentidos – Ausência de motivos para duvidar da lisura dos policiais que não tinham motivos para prejudicar o acusado – Autoria comprovada – Prova suficiente – Atipicidade de conduta – Inocorrência – Condenação mantida – Recurso improvido.**

VOTO

Vistos.

MARCELO GONÇALVES DE SOUZA SANTOS, qualificado nos autos, foi denunciado, processado e ao final condenado, por sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Ricardo Truite Alves, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Limeira, como incurso no art. 184, § 2º, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, de valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em duas prestações pecuniárias no valor de um salário mínimo cada, com destinação a ser definida pelo juízo da execução (fls. 143/149).

Isso porque, no dia 4 de dezembro de 2020, por volta das 11 horas, na Rua Dr. Trajano Barros Camargo, nº 764, na cidade de Limeira, tinha em depósito, com intuito de lucro, videofonogramas, produzidos com violação de direito autoral, a saber, diversas cópias ilegítimas de CDs e DVDs, no total aproximado de 244 unidades.

Acesso ao Sumário

Inconformada recorre a Defensoria Pública sustentando a nulidade do processo desde a audiência de instrução, por violação ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal. No mérito, busca a reversão do julgado, sob o argumento de que a prova é insuficiente para embasar a condenação ou porque a conduta é atípica, já que socialmente aceita (fls. 167/181).

Recebido o recurso (fls. 158), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 184/190).

Regularmente processado o apelo, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu improvimento (fls. 210/213).

É o relatório.

Cuida-se de recurso interposto por Marcelo Gonçalves de Souza Santos contra a r. sentença, que julgou procedente a ação penal e o condenou, por infringência ao art. 184, §2º, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, de valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em duas prestações pecuniárias no valor de um salário mínimo cada, com destinação a ser definida pelo juízo da execução.

E, na análise da pretensão recursal, cumpre inicialmente rejeitar a preliminar de nulidade porque, segundo se verifica dos autos, o Magistrado agiu em estrita obediência ao que determina o art. 212 do Código de Processo Penal – sistema do ***cross examination*** –, oportunizando que as partes iniciassem a formulação de perguntas diretamente às testemunhas ouvidas, não havendo qualquer irregularidade a ser reconhecida.

No mérito, a absolvição era mesmo impossível.

De fato, a materialidade do delito está demonstrada pelo laudo pericial de fls. 31/33, que examinou o material apreendido e encaminhado à perícia, constatando que todos os DVDs e CDs são falsos.

Esses elementos são suficientes para caracterização do crime, afinal, nos termos do entendimento já sumulado do col. Superior Tribunal de Justiça, ***"Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem"*** (Súmula nº 574).

Assim, diante das características dos objetos apreendidos, é indiscutível que eram produtos contrafeitos, produzidos com evidente violação do direito autoral, o que é suficiente à comprovação da materialidade.

A autoria, por sua vez, é induvidosa, pois acabou admitida pelo réu na única oportunidade em que foi ouvido, no curso do inquérito, ocasião em que revelou que a mercadoria contrafeita que foi apreendida em seu poder estava

Acesso ao Sumário

exposta à venda, admitindo também que tinha consciência de que estava cometendo crime (fls. 7).

Em juízo, o acusado tornou-se revel (fls. 123), não tratando de desmentir a anterior confissão, entretanto, acabou incriminado pelos policiais civis Carlos Eduardo de Oliveira Ventura e Rafael Silva Varuzza, que ratificaram as palavras do inquérito e confirmaram que receberam denúncia informando que um indivíduo estaria comercializando CDs e DVDs e, ao se dirigirem ao local indicado, surpreenderam o acusado, que tinha montado uma banca para expor esses produtos (fls. 5/6 e registro audiovisual).

Essas declarações, produzidas por pessoas isentas são mais que suficientes para justificar a condenação imposta, na medida em que a jurisprudência é tranquila no sentido de que o testemunho do policial vale tem o mesmo valor que a de qualquer outra pessoa.

No caso dos autos, nada sugere que os policiais tivessem motivos para prejudicar o acusado, inclusive porque nenhum elemento concreto nesse sentido foi trazido aos autos.

Diante desse quadro, onde a materialidade ficou bem demonstrada pela perícia e a autoria foi admitida pelo acusado na delegacia e confirmada em juízo pela prova oral, é de fazer incidir o enunciado da Súmula nº 502, do c. Superior Tribunal de Justiça: ***"Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas"***, não havendo, portanto, falar em insuficiência de provas ou atipicidade de conduta.

Em suma, correta a condenação, inclusive no que tange à pena imposta, que foi dosada com critério e no mínimo legal, eleito o regime aberto e substituída por duas restritivas de direitos, de sorte que de nada mais pode reclamar a Defesa.

Diante do exposto, **rejeitada a preliminar, NEGA- SE PROVIMENTO AO RECURSO,** para manutenção da r. sentença proferida pelos seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501469-75.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante E. R. DE S., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ne-

Acesso ao Sumário

garam provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº** 55.716)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 7 de julho de 2022.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Art. 218-C, §1º, c.c. art. 61, inciso II, "f" e "j", e art. 147-A, §1º, inciso II, c.c. art. 61, inciso II, "j", na forma do art. 69, todos do CP.

Materialidade e Autoria demonstradas – Prova – Palavras da vítima e da testemunha – Prova pericial – Validade – Inexistência de motivos para acusarem injustamente o réu.

Penas e regime corretamente fixados.

Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 214/239, acrescenta-se que a ação penal foi julgada procedente para condenar **E.R.S.** como incurso no art. 218-C, §1º, c.c. art. 61, inciso II, "f" e "j", e art. 147-A, §1º, inciso II, c.c. art. 61, inciso II, "j", na forma do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 06 anos, 03 meses e 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 34 dias-multa, e indenização para a vítima no importe de 20 salários mínimos.

Inconformado, o réu recorre, pleiteando sua absolvição. No mais, requer a redução da reprimenda, a fixação de regime mais brando, o afastamento ou a diminuição da indenização à ofendida, além da justiça gratuita e do direito de recorrer em liberdade (fls. 247/268).

Apresentadas contrarrazões (fls. 299/308), nesta instância, a Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 344/352).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A materialidade foi devidamente demonstrada pelos documentos acostados aos autos, bem como pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório.

A autoria é certa.

Em Juízo, o réu afirmou que namorou com a ofendida por três anos à distância. Trocavam vídeos e fotos íntimos. Apagou de seu celular as fotos que tinha da vítima. Criou um perfil "fake" no Facebook para falar com E., pois ele

Acesso ao Sumário

foi o pivô do término do casal. Enviou uma foto da ofendida para E., sem nome, sem que fosse possível identificá-la. Apagou rapidamente de seu celular. Antes disso, criou perfil "fake" com o nome de E., para falar com a ofendida. Não praticou o crime de que está sendo acusado, pois as fotos não tinham rosto ou nome. Enviou as fotos para E. utilizando o perfil "fake" A. M..

A vítima contou que soube por E. que um perfil "fake" estava lhe enviando suas fotos nua. Foi o apelante quem tirou as fotos da declarante. Conversou com o "fake" e descobriu que era o acusado.

A testemunha E. corroborou os fatos acima. Disse que recebeu fotos íntimas da ofendida através de um perfil "fake" nomeado A. M. e decidiu avisá-la. Reconheceu a vítima nas fotos enviadas. Eram fotos tendo relação sexual, tomando banho.

Ao que se verifica, a versão da vítima veio corroborada pelo depoimento da testemunha, que são harmônicas e coesas, e não há elementos de que elas tivessem intenção de incriminar pessoa inocente.

Assim sendo, tal qual o nobre Juiz sentenciante, entende-se que a autoria está suficientemente comprovada, pois somados e sopesados os indícios e elementos probatórios, verifica-se que o apelante é o autor dos delitos descritos na exordial acusatória.

Ressalte-se que em resposta ao ofício enviado à operadora de telefonia móvel (Nova Rede de Telecomunicações Ltda.), foi possível saber que o endereço que majoritariamente acessou o perfil "fake" é o mesmo da residência do acusado.

De igual modo, a operadora Claro S.A. esclareceu que os acessos à conta falsa do Facebook eram realizados pelo celular em nome do apelante.

Finalmente, o laudo pericial de fls. 186/198 encontrou vídeos e imagens da vítima no celular do réu, as mesmas relacionadas ao diálogo existente entre o perfil "fake" A. M. através do Facebook.

Assim, demonstrado está que o recorrente perseguia a ofendida, por meio das redes sociais, criando perfis falsos, claramente, portanto, invadindo a liberdade daquela, incorrendo nas penas do artigo 147-A, §1º, inciso II, do CP.

Outrossim, acertada a condenação do réu por infração ao artigo 218-C, §1º, do Código Penal, uma vez que foi o responsável por divulgar e transmitir imagens íntimas da vítima em cenas de sexo e nudez.

Desta forma, provadas a autoria e a materialidade, a condenação era mesmo de rigor.

As penas foram corretamente fixadas.

A pena-base foi fixada acima do piso, e assim deve permanecer, tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial as consequências

Acesso ao Sumário

do crime (vítima amedrontada e com crises de ansiedade), e os motivos do réu (mero ciúmes que levou a uma exposição imensurável da ofendida).

Correta a elevação da reprimenda do art. 218-C, do CP, na segunda fase, diante das agravantes de calamidade pública e por ter sido o delito praticado com violência contra a mulher. Reconhecida apenas a primeira agravante com relação ao delito do art. 147-A, do CP.

Incabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, posto que parcial. O recorrente afirmou que não cometeu nenhum delito, posto que não era possível a identificação da ofendida, o que não prospera, já que quem recebeu as fotos facilmente a identificou. Além disso, negou que tenha criado outros perfis falsos com o intento de perseguir a vítima.

Na terceira fase, houve o correto reconhecimento das causas de aumento de pena do artigo 147-A, §1º, inc. II, e artigo 218-C, §1º, ambos do CP.

Pelo concurso material, totalizou-se a reprimenda final de 06 anos, 03 meses e 13 dias de reclusão, e pagamento de 34 dias-multa.

Foi corretamente fixado o regime inicial fechado, o qual deve ser mantido, uma vez que desfavoráveis as circunstâncias judiciais, nos termos do artigo 33, §3º, do CP.

Também descabido o afastamento ou a diminuição da indenização fixada em favor da ofendida, a qual encontra amparo no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

A grave exposição e violação à intimidade da ofendida, bem como os motivos do crime, nos levam a crer que a falta de fixação pelo Juízo Criminal de indenização à vítima seria um desserviço do Poder Judiciário.

A vítima tem, ainda hoje, medo do recorrente, além de crises de ansiedade, de modo que o patamar fixado na r. sentença mostra ser o mínimo de reparação.

No mais, não há que se falar em conceder a liberdade para que o apelante responda ao processo solto, uma vez que, agora que confirmada sua condenação, não faz sentido soltá-lo. Ademais, a perseguição e exposição da ofendida poderiam voltar a ocorrer, de modo que o Judiciário é o responsável por frear seus instintos.

Acesso ao Sumário

Por fim, quanto ao pedido de justiça gratuita, é de ter em conta que a condenação do vencido no pagamento das custas está prevista no art. 804 do Código de Processo Penal.

O § 9º do art. 4º da Lei Estadual n. 11.608/03 estabelece custas no valor de 100 UFESPs para os processos criminais de ação penal pública, exceto os do JECRIM, a serem pagos, ao final, pelo réu condenado. Esta lei estabelece hipóteses de diferimento e isenção, dentre as quais não está incluída a miserabilidade

do acusado.

Tal lei não é inconstitucional, uma vez que não se trata de norma penal, de competência exclusiva da União, como sustentado pela defesa. Legislar sobre "custas dos serviços forenses", nos termos do inciso IV, do art. 24, da Constituição Federal, é de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Portanto, o Estado de São Paulo não usurpou competência ao legislar sobre a matéria.

Desta forma, está correta a condenação do réu no pagamento das custas, cuja cobrança, todavia, dependerá de sua capacidade de pagamento. A hipossuficiência econômica importa na dispensa do pagamento e, não, em exclusão da condenação. Tal questão deverá ser apreciada, no momento oportuno, pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500869-52.2020.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante JOSE MARIA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. (**Voto** nº 47529)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), ÁLVARO CASTELLO e JAYME WALMER DE FREITAS.

São Paulo, 4 de agosto de 2022.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Tráfico de drogas. Preliminar de prova ilícita – ingresso na casa do apelante: atendimento pelos Policiais Militares de "notitia criminis" dando conta do tráfico naquela região. Apelante encontrado na porta com pequena quantidade de droga, como é comum a não exposição. Adentramento na casa e encontro do restante da droga. Inexistência de

Acesso ao Sumário

ilicitude: "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". É o caso de flagrante delito. Ademais, local de residência não se confunde com antro, próprio para a prática de crime. O respeito pela Dignidade da Pessoa Humana, que deve ser afastada da degradação da droga, se sobrepõe. Rejeitada a preliminar.

No mérito: demonstração efetiva do tráfico. Quantidade de drogas, inexistência de fonte de renda lícita e certa para o apelante – **art. 156, CPP. Policial é testemunha como qualquer pessoa e impugnação a seu depoimento deve ser específica, não genérica pela origem. Juízo sentenciante, próximo do Comarcano, com melhor condição de avaliar o efeito da pena aplicada naquela Sociedade.**

Art. 59, CP, a pena foi fundamentada. O critério trifásico foi observado em face dos autos. O regime prisional tem previsão legal.

REJEITADA A MATÉRIA PRELIMINAR, no mérito é NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Não se conformando com a R. decisão de fls. 253/271 dos autos, contra ela apresenta recurso de apelação JOSÉ MARIA DA SILVA, pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 06 de julho de 2020, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei no. 11.343/2006 - Lei de Drogas, à pena de onze anos, três meses de reclusão, em regime prisional fechado e expedição de mandado de prisão após o trânsito em julgado, e multa 1.125 dias, no piso legal.

Não se conformando com a R. Sentença, apresenta apelação em que (278/300) a Defesa Apelante analisa os fatos dos autos até fls. 289. Então, diz da ilegalidade da entrada dos policiais na casa do apelante. Nega o tráfico, considerando a ilegalidade da diligência, trazendo acórdãos à colação. Como tese subsidiária apresenta pleito de revisão da pena, que considera excessiva.

Razões de apelação com tempestividade, com razões apresentadas, dada vista à parte contrária que também arrazoou. Pela Procuradoria de Justiça oficiante foi manifestado não provimento ao apelo, pela manutenção da sentença atacada em seus termos e extensão.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Por primeiro a matéria prejudicial, referente a ingresso ilegal na casa do apelante.

A respeito se tem que há previsão legal a respeito do tema, qual seja: "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". É o caso de flagrante delito.

Sim, é o caso de flagrante delito, a par de ter sido o apelante abordado na via pública, onde dispunha de pequena quantidade de droga para venda a varejo, fácil acesso como é o costume entre esses criminosos.

Ademais, não há que se falar em casa, residência, lar, de local em que se pratica delito: O conceito que se tem de casa, residência, lar, é daquele local próprio para vivência de pessoas, ainda que não familiares entre si, mas ao menos conviventes dali com essa finalidade, para esse fim. Há que demonstrar característica pela mobília, pela colocação de utensílios que são próprios de pessoas que habitam em cada lugar e de acordo com as condições econômicas delas. Casa abandonada é local que pode ter resquício de mobiliário, mas não demonstrar estar sendo ocupado nessas condições.

E ainda se tem a condição de oficina do crime: Além de ser uma "gruta natural, profunda e escura, servindo de abrigo a feras", também tem o termo "antro" o significado de ser "local asqueroso, propenso à corrupção, degeneração moral". Assim se pode também nomear, pela pertinência, o local em que se pratica crime. Independente de provisória moradia, tal local é a expressão de recinto próprio para a prática delituosa. Não há como ser confundido com local de respeito e moradia de alguém que não seja criminoso, mormente nesse potencial de drogas.

Com isso e considerando a gravidade da conduta, há que se analisar posição de respeito ao Cidadão obreiro e laborioso, em confronto com ofensa a esse mesmo Cidadão obreiro e laborioso pelo crime. A droga encaminha a Humanidade para a degradação. Pela visão evolucionista, milhares de anos para se atingir o atual estágio e a droga involui, regride a pessoa. Pela visão criacionista, ser humano decadente. Na prática, usuário de drogas precisa de ajuda e não vai encontrar junto ao traficante. Por outro lado, o domínio da autodeterminação do viciado impede que procure ajuda. Crimes vários são cometidos para o fim de manter o vício, ou sob pessoa nessa condição, ultrajando o Ser Humano, a Sociedade como um todo. A criação de facilidade para o traficante, implica em ampliação do seu poder sobre a vontade do viciado. É dito que o seriado de TV "Walking Dead" retrata a condição de usuário dependente, a demonstrar a abolição da vontade. Impor, facilitar o crime significa esquecer da Pessoa Humana, dar as costas para a evolução (permitindo a regressão), facilitar o crime. O di-

Acesso ao Sumário

fícil é resgatar uma pessoa; permitir que ela continue degradada é muito fácil e não podemos continuar com essa visão deturpada de respeitar o pretenso Direito de criminoso, ao contrário de, inibindo o crime, promover a retirada de pessoas do Vício, fazendo com que vivam com plenitude, do crime.

"Princípio da Dignidade da Pessoa Humana - artigo 1o., III, da Constituição Federal" e que visa proporcionar Vida saudável, livre de vícios a todos, Cidadãos e Cidadãs, cabe verificação de cada pessoa humana.

Com isso, tenho que o bem comum, próprio da Dignidade da Pessoa Humana, se avulta como objeto maior de proteção do Direito.

Além disso, não demonstrado por qualquer modo a forma sem consentimento de ingresso, o que caberia ao apelante esboçar, fiapo de prova que fosse, quanto a tal. Na forma do artigo 156, do Código de Processo Penal e como lecionado pelo festejado e saudoso Mestre E. Magalhães Noronha, em Processo Penal se o acusado afirma algo, assume o ônus de fazer prova daquilo que afirmou. Ou seja, também tem o acusado obrigação de fazer prova daquilo que argui a seu favor.

No mérito, o apelante ao ser interrogado sob o crivo do contraditório, negou a prática do delito. Disse que estava em frente a sua casa e, abordado pelos ditos Policiais Militares, nada de ilícito foi encontrado em seu poder. Também nada lhe foi apresentado naquele momento.

Da prova testemunhal se tem que os Policiais Militares receberam "notitia criminis" dando conta de tráfico de drogas naquela região, pelo que para lá se dirigiram. "notitia criminis" é a forma popular de denúncia anônima, mas tem previsão legal: Artigo 5o., § 3o., do Código de Processo Penal: "qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial =, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito policial".

Assim, correta a operação Policial, conforme oriunda das afirmações das testemunhas ANDREI DONIZETI ANDRADE DE FREITAS e EDILSON DA SILVA NUNES. Ambos disseram como foi recebida a "notitia criminis" com relação ao apelante, que tem o vulgo de "lagoa" e o localizaram. Foi apreendida a droga conforme auto de exibição e apreensão de fls. 08, além de pequena importância em dinheiro.

O modo de embalagem das drogas, acondicionamento, a par de não haver alegação de fazer uso – o que seria passível de análise, caso alegado – encaminham para o reconhecimento da traficância.

Ademais, o apelante não demonstrou ter trabalho lícito ou regular, ou seja, fonte de renda que lhe permita o sustento.

No Processo Penal Pátrio atual, o acusado: i) não é compromissado; ii)

Acesso ao Sumário

não é obrigado a responder perguntas; iii) não é obrigado a participar de coleta de provas que venha em seu desfavor; iv) não é obrigado a falar a Verdade (o que leva a acolher mentira).

As testemunhas: i) falam sob compromisso com a Verdade; ii) não podem deixar de responder a perguntas; iii) se faltarem com a Verdade podem ser processadas criminalmente - artigo 342, Código Penal.

Ademais, Policial pode ser testemunha como qualquer outra pessoa, falando sob compromisso. Impugnação a sua fala deve ser fundamentada, específica e provada, não genérica tão só pela origem Policial. Em sendo testemunha funcionário público, faltando com a Verdade, se condenado for, pode haver perda do cargo ou função pública.

Assim, na valoração da prova, por certo que aqueles que falam sob compromisso com a Verdade, respondendo por seu ato, devem ser mais valorizados do que aqueles que falam sem qualquer compromisso com o esclarecer a Verdade. Neste caso, prova testemunhal.

Portanto, presente a materialidade, conforme laudo pericial que comprovou as qualidades farmacológicas do entorpecente apreendido, e a finalidade de tráfico, na venda a varejo para os infelizes adquirentes usuários, de se manter o decreto condenatório.

Reconhecida a forma da circunstância agravante genérica de calamidade pública, de vez que assim foi decretada e mundialmente reconhecido o perigo. Se trata de afirmação quanto a vulnerabilidade da população, mormente pelo modo de ação.

Ademais, de se considera a posição do Juízo "a quo". Isso porque o local, "Estância Balneária de Olímpia", que agrega turismo familiar, exige dele, Magistrado "a quo", cuidado. E sua interpretação sobre os fatos é de extrema importância. Considero que a posição do Juízo sentenciante deve ser avaliada por ser a pessoa mais próxima quer do apelante, quer da Comarca em que os fatos ocorreram. Com isso, pode melhor avaliar as condições daquele que foi condenado, com a repulsa ou consideração que aquele proceder causa naquela Comunidade, qual o modo de punição que se mostra eficiente, como a retribuição pela pena e o sentido de advertência para os demais pode se operar. A fundamentação da pena, assim, aconselha que seja mantida a aplicada.

Na fase do artigo 59, do Código Penal, a pena foi fundamentada. Foi fixada a pena base, analisadas as formas de acréscimo, dentro do critério trifásico, analisada a condição de reincidência. O regime prisional tem previsão legal.

Assumindo o Estado a obrigação/dever de cuidar, tratar, ressocializar e reinserir o agente na Sociedade estabelecida, leva a que tenha que adotar todas as providências para tanto. No caso da reincidência, de qualquer espécie, demonstrada a incapacidade de assimilação da pena e seus efeitos, de efeito da

Acesso ao Sumário

terapêutica da anterior condenação, leva a que seja encaminhado para regime mais gravoso, com o fim de repensar e melhor encaminhar seus atos. Deve o agente ser estimulado à reflexão, o agravamento da pena da pena demonstra ser o meio eficaz. Aquele que não assimilou, de se repetir, a terapêutica de condenação anterior, deve ser encaminhado para pena maior e regime prisional mais gravoso. É a obrigação do Estado em cuidar do Cidadão.

Em relação a detração penal, não constando que tenha ocorrido prisão durante o desenvolvimento do procedimento ou fase processual, a análise será efetuada no momento próprio pela Vara das Execuções Penais competente.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo apresentado por JOSÉ MARIA DA SILVA, com qualificação nos autos, **rejeitada a matéria primeira/preliminar, NO MÉRITO, é NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500298- 96.2021.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante M. P. DO E. DE S. P., são apelados F. D. DA S., D. R. DA S. L., L. DAS G. F. DE O. e A. C. DE L..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do Ministério Público para condenar F. D. da S., A. C. de L., L. das G. F. de O. e D. R. da S. L. como incursos no art. 133, §3º, inciso II, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 08 (oito) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena corporal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.882)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 5 de agosto de 2022.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Abandono de incapaz – Absolvição em Primeiro Grau – Recurso Ministerial – Autoria suficientemente comprovada – Firmes e coerentes depoimentos das testemunhas –

Acesso ao Sumário

Condenação de rigor – Pena-base fixada no mínimo legal – Causa de aumento específica – Réus ascendentes das vítimas – Regime aberto – Pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Ministério Público** contra a r. sentença de fls. 196/206, em que a Juiz de Direito julgou improcedente a ação penal para absolver **F. D. da S., A. C. de L., L. das G. F. de O. e D. R. da S. L.** da imputação da prática do delito previsto no artigo 133, §3º, inciso II, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorre o Ministério Público, pleiteando a condenação dos apelados, nos exatos termos da denúncia (fls. 219/227).

Oferecidas contrarrazões (fls. 238/243), foram os autos remetidos a esta Corte.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou- se pelo provimento do apelo (fls. 250/254).

Relatei.

Consta da denúncia que, no dia 1º de maio de 2021, pelo menos das 18 horas até às 00 horas e 40 minutos, na Rua dos Imigrantes, nº 55, na Cidade de Borebi e Comarca de Lençóis Paulista, **F. D. da S., A. C. de L., L. das G. F. de O. e D. R. da S. L.**, em concurso de pessoas e unidade de desígnios, abandonaram pessoas que estavam sob seus cuidados, incapazes de defenderem-se dos riscos resultantes do abandono.

F. D. da S. e A. C. de L. são os pais das crianças **A. L., K. e J.**, com 09 (nove), 05 (cinco) e 04 (quatro) anos, respectivamente.

L. das G. F. de O., por sua vez, é avó das crianças e **D. R. da S. L.** marido dela.

No dia dos fatos, F. D. da S. e A. C. de L., em concurso com L. das G. F. de O. e D. R. da S. L. saíram de casa enquanto ainda era sol, deixando os filhos crianças à própria sorte, trancados na residência até a madrugada.

Ocorre que, os fatos foram comunicados à Polícia Militar e ao Conselho Tutelar de Borebi, que se deslocaram até a residência de F. e A. C. e constataram A. L., K. e J. sem a presença de nenhum adulto, todas trancadas no imóvel sem nenhuma forma de assistência.

Os acusados apenas retornaram à residência quando tomaram conhecimento de que a Polícia Militar lá estava.

Acesso ao Sumário

Ao retornarem, foi constatado que os imputados tinham odor de álcool e portavam latas de cerveja em mãos.

Pois bem.

A materialidade do crime está demonstrada pelos boletins de ocorrência (fls. 03/13 e 14/16), pelo relatório do conselho tutelar (fls. 136/137), bem como pela prova oral colhida nos autos.

Com efeito, respeitado o entendimento manifestado pelo ilustre Juiz de Direito, restou suficientemente comprovado que **F. D. da S., A. C. de L., L. das G. F. de O. e D. R. da S. L.** abandonaram crianças que estavam sob seus cuidados, incapazes de defenderem-se dos riscos resultantes do abandono.

Em Juízo, **F. D. da S., D. R. da S. L., A. C. de L. e L. das G. F. de O.** alegaram que saíram de casa às 23h30min para buscar um amigo em Lençóis Paulista, mas que não demoraram mais que 45 minutos. Disseram que as crianças já estavam dormindo, apenas a mais velha estava acordada e ficou assistindo filme.

Com efeito, embora tenham tentado minimizar a responsabilidade penal, a prova colhida durante a instrução não deixa dúvidas de que os fatos ocorreram conforme descritos na denúncia e revelam o descaso dos acusados na proteção e cuidado das crianças.

I. X. de A. G., funcionária do Conselho Tutelar, informou que recebeu uma ligação da polícia militar dando conta de uma denúncia sobre abandono de incapaz. Foi até o local e constatou que havia três crianças sozinhas na residência. Conseguiu contato com a avó das crianças, L., que informou que estavam em Lençóis comprando lanches e já retornariam. As crianças estavam na sala assistindo televisão.

Por sua vez, **D. C. Z.**, policial militar, em juízo, ratificou os termos da exordial. Disse que recebeu uma denúncia sobre abandono de incapaz. No local, encontrou três crianças sozinhas. As crianças afirmaram que estavam sozinhas desde o início da tarde. Contataram L., que, após 20 ou 30 minutos, chegou na residência acompanhada dos pais das crianças. Os acusados estavam com cheiro de bebida alcoólica. Afirmou que as crianças estavam assustadas e sentido falta dos pais.

Acesso ao Sumário

Por oportuno, cumpre ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à validade da prova testemunhal prestada por agentes policiais que tenham participado das diligências que culminaram na captura do investigado ou em sua prisão em flagrante. Isso porque não se afigura razoável afastar a validade de depoimentos prestados por policiais com fundamento tão-somente na respectiva condição funcional, já que estes também são submetidos ao crivo do contraditório, como qualquer outra testemunha.

Ademais, seria um contrassenso o Estado dar- lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quan-

do, perante o Estado-juiz, prestam conta de suas atividades.

Nesse sentido, confira-se:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 157, CAPUT, CP. ROUBO CONSUMADO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição do recorrente seria necessário novo exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Quanto à suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido que, "estando a sentença condenatória, quanto à autoria delitiva, respaldada em outros elementos probatórios e não somente no reconhecimento por parte da vítima na delegacia, não há que se falar em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP" (AgRg no REsp n. 1.314.685/SP, Rel. o Ministro JORGE MUSSI, DJe de 14/9/2012). 3. De acordo com o entendimento desta Corte, "o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal" (HC 267.025/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013). 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp nº 1011751/BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 04/05/2017).

Vê-se que o policial mostrou-se firme e uníssono ao corroborar os termos da denúncia, de maneira detalhada, não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar tivesse ele motivo qualquer para imputar, falsa e levianamente, a autoria dos fatos aos acusados, pessoas desconhecidas, com quem não guarda relação, em nada lhe aproveitando condenação de quem sabidamente inocente, cabendo a ressalva de que está sujeito às penas do artigo 339 do Código Penal, como qualquer testemunha.

Ademais, repisa-se que os próprios acusados, em juízo, confirmaram que deixaram as crianças sozinhas na residência. Logo, o dolo, ainda que eventual, é patente, não havendo espaço para o reconhecimento de qualquer atipicidade.

É cediço que aos ascendentes, conforme disposto no art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos menores; os réus, faltando com deveres de cuidado e vigilância, fazendo-se ausentes, incorreram no crime de abandono de incapaz.

O delito capitulado no art. 133, do Código Penal configura-se com a conduta de colocar o incapaz, que não sabe se defender, em situação de perigo de

Acesso ao Sumário

vida, em virtude do abandono e da violação do dever de zelar pela segurança dele.

Nesse passo, constatado que os acusados deixaram três crianças sozinhas em casa por tempo considerável, aceitando o risco de exposição das vítimas a perigo concreto e as consequências causadas pelo abandono, resta caracterizado o dolo do crime em comento.

Sobre o tema, Júlio Fabbrini Mirabete leciona, in verbis:

"(...) em regra, é praticado por omissão, deixando o sujeito ativo de prestar os cuidados que o incapaz necessita, ao se afastar da casa em que reside, podendo o abandono ser temporário ou definitivo. (...) Como crime de perigo concreto, o abandono de incapaz está consumado com o risco corrido pelo ofendido" (Manual de Direito Penal, Parte Especial, vol. 2, Ed. Atlas, 17ª ed. rev. atual., 2000, p. 132/133).

Portanto, as provas são robustas e seguras a demonstrar que os fatos ocorreram em conformidade à tese acusatória, revelando o descaso dos acusados na proteção e cuidado com as crianças, expondo a perigo a saúde de *A. L., K. e J.*, à época com 09 (nove), 05 (cinco) e 04 (quatro) anos, respectivamente.

Assim, **F. D. da S., A. C. de L., L. das G. F. de O. e D. R. da S. L.** devem ser condenados como incursos no artigo 133, §3º, inciso II, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal.

Passo, assim, a dosar a pena.

Na primeira fase, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, à luz do art. 59, do Código Penal, fixo, para todos os apelados, a pena-base no mínimo legal, qual seja, 06 (seis) meses de detenção.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no art. 133, §3º, inciso II, do Código Penal, aumento a pena em 1/3, tornando-a definitiva em 08 (oito) meses de detenção.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena corporal.

Por fim, diante do quantum da pena aplicada, em observância ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, fixo o regime aberto para o início de cumprimento da reprimenda.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso do Ministério Público para condenar **F. D. da S., A. C. de L., L. das G. F. de O. e D. R. da S. L.** como incursos no art. 133, §3º, inciso II, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de **08 (oito) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva**

Acesso ao Sumário

de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena corporal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503043-94.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCELO DE SOUSA PESSOA e RICARDO ANDRADE DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos a fim de reduzir a pena do réu Marcelo para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso legal; e do corréu Ricardo para 09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no piso legal; preservada, quanto ao mais, a sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.854)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – Crime praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes – Autoria e materialidade do delito bem demonstradas – Condenação devida – Penas, no entanto, mitigadas na primeira fase do cálculo dosimétrico – Necessidade – Regime prisional inicial fechado devido, nos termos do disposto no artigo 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, do Código Penal – Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuidam-se de recursos de apelação da sentença de fls. 399/413, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou os réus **Marcelo de Sousa Pessoa** e **Ricardo Andrade de Oliveira** como incursos nas penas do artigo 157, § 2º, inciso II, e 2º-A, inciso I, do Código Penal, a cumprirem, em regime inicial fechado; o primeiro, 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclu-

são, mais o pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no piso legal; enquanto o segundo, 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mais o pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, no piso legal.

Inconformados, os réus apelam buscando a desclassificação para a modalidade tentada, além da redução da pena com a aplicação do artigo 68 do Código Penal (fls. 332/349).

Os recursos foram recebidos (fl. 362) e regularmente contrariados (fls. 352/360).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos apelos (fls. 375/398).

É o relatório.

Os recursos procedem em parte.

A autoria e a materialidade do delito são incontroversas, tanto que sequer foram questionadas pela defesa dos acusados, que, aliás, confessaram em juízo a prática do roubo com emprego de arma de fogo (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fl. 258).

E, realmente, ficou demonstrado nos autos que os réus **Marcelo de Sousa Pessoa** e **Ricardo Andrade de Oliveira**, no dia 05 de fevereiro de 2022, por volta de 15h35, no "Shopping Jardim Sul", localizado na Avenida Giovanni Gronchi nº 5.819, Bairro Morumbi, na cidade e Comarca de São Paulo/SP, agindo em concurso e unidade de desígnios, subtraíram, para ambos, mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, 04 (quatro) colares de ouro com pingentes; 03 (três) colares de prata; 03 (três) pulseiras de prata com pingentes de prata; 01 (uma) pulseira de prata com pingente de ouro; 03 (três) pulseiras de ouro; 02 (duas) pulseiras de couro com pingentes de ouro; 02 (dois) pares de brincos de prata com pedras brilhantes; 02 (dois) pares de brincos de ouro com pérolas e pedras brilhantes; 02 (dois) pares de brincos de ouro; 06 (seis) pares de brincos de ouro com pedras brilhantes; 01 (um) anel de ouro; 03 (três) anéis de ouro com pedras brilhantes; 03 (três) anéis de prata e 05 (cinco) anéis de prata com pedras brilhantes, de propriedade da joalheria "Vivara"; tendo as vítimas protegidas e o policial Jhonatan Ramos dos Santos confirmado tais fatos em solo judicial (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fl. 258).

O roubo se consumou, pois os réus inverteram a posse dos bens subtraídos, saindo da esfera de vigilância da vítima, tanto que foram surpreendidos fora da joalheria e abordados apenas perto das escadas rolantes, observando-se, ainda, no caso, a prescindibilidade da posse mansa e pacífica ou desvigiada da *res furtivae*, consoante se depreende da leitura da recente Súmula 582 do STJ.

Logo, a condenação dos apelantes, nos moldes do reconhecido na sentença recorrida, era de rigor.

As penas, no entanto, comportam reforma.

Acesso ao Sumário

Na primeira fase, a base do réu **Marcelo** foi corretamente elevada pelo mau antecedente (cf. certidão de fl. 93) e também pela sua culpabilidade, eis que perpetrou o delito em questão durante o período de liberdade provisória. Aplico, no entanto, o aumento menor de 1/5 (um quinto), por entender mais adequado às circunstâncias acima elencadas, perfazendo 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso legal.

Na etapa intermediária, reconhecida a atenuante da confissão espontânea (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fl. 258 e artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal), a pena torna ao piso legal de 04 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal.

Na terceira etapa, ressalto que a Magistrada sentenciante aplicou o aumento sucessivo de 1/3 (um terço) em razão da presença da causa de aumento do concurso de agentes (§ 2º, inciso II) e, em seguida, de 2/3 (dois terços), em virtude da causa de aumento do emprego de arma de fogo (§ 2º - A, inciso I).

Todavia, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, entendo mais adequada e proporcional a aplicação de apenas um aumento, prevalecendo, evidentemente, o acréscimo maior, na fração de 2/3 (dois terços), relacionado ao emprego de arma de fogo, resultando, assim, na pena final para ele de **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso legal**.

Já quanto ao corréu **Ricardo**, considerando seus péssimos antecedentes, consistentes em quatro condenações definitivas (cf. fls. 89/90) e também sua culpabilidade, eis que perpetrou o delito em questão durante o período de liberdade provisória, conservo sua base em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso legal.

Na etapa intermediária, a atenuante da confissão espontânea (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fl. 258 e artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal) foi compensada com a agravante da reincidência (cf. fl. 91 e artigo 61, inciso I, do Código Penal), permanecendo a pena inalterada.

Na terceira etapa, em razão da presença das causas de aumento do concurso de agentes e emprego de arma de fogo, pelos mesmos motivos acima elencados, aplico o acréscimo único de 2/3 (dois terços), resultando, assim, na pena final para ele de **09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no piso legal**.

O regime inicial **fechado**, no entanto, deve ser preservado, tendo em conta a gravidade concreta da conduta cometida pelos réus (roubo em concurso de pessoas e emprego de arma de fogo), que revelaram ousadia e periculosidade diferenciada; além dos antecedentes deles e da extensão da pena e da comprovada reincidência de **Ricardo**, a denotar maior periculosidade de sua parte, visto

Acesso ao Sumário

que as condenações anteriores e definitivas não foram suficientes para frear seus impulsos antissociais, de modo a não autorizar a imposição de regime prisional mais brando (cf. artigo 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, do Código Penal).

Ante o exposto, dá-se parcial provimento aos recursos a fim de reduzir a pena do réu **Marcelo** para **06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso legal**; e do corréu **Ricardo** para **09 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no piso legal**; preservada, quanto ao mais, a sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0006409-85.2014.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, 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: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.866)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 11 de agosto de 2022.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Nulidades – Nulidade relativa – Demonstração de prejuízo – Entendimento

Em se tratando de nulidade relativa, seu reconhecimento depende da demonstração efetiva do prejuízo suportado pelo apelante, diante do princípio pas de nullité sans grief.

Peculato – Conjunto probatório desfavorável ao réu lastrado em depoimentos coerentes e harmônicos das testemunhas – Suficiência à aferição da materialidade, da autoria e do dolo

As declarações das testemunhas, se coerentes e em

harmonia com outros elementos de convicção existentes nos autos, têm especial importância, tanto para confirmar a materialidade da prática do peculato, quanto sua autoria e dolo.

Cálculo da Pena – Crime contra o patrimônio apenado com privação de liberdade superior a um ano – Presença dos requisitos do art. 44 do CP – Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos distintas – Entendimento

Estabelece o art. 44, § 2º, do CP, que, em se tratando de condenação superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Em se cuidando de crime perpetrado contra o patrimônio apenado com privação de liberdade superior a um ano, uma vez satisfeitos os requisitos do art. 44 do CP (com a redação dada pela Lei n. 9.714/98), é mais apropriado à reeducação do condenado substituir-se a pena privativa de liberdade não por duas restritivas de direitos idênticas, mas por duas restritivas distintas, dentre todas as previstas legalmente. São situações nas quais a substituição por duas restritivas idênticas simplesmente não atende aos objetivos de reprovação da conduta e de prevenção do delito e, além de ser inócua à reeducação do sentenciado, pode colocar em risco a efetiva retribuição estatal ao ilícito. Aludida modificação é admissível excepcionalmente, em casos plenamente justificáveis, de flagrante injustiça, ou de interesse público, considerando-se o caráter preventivo e o conteúdo punitivo, bem como o objetivo educativo da pena.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 902/921, prolatada pelo MM. Juiz Frederico Pupo Carrijo de Andrade, cujo relatório ora se adota, CRISTIANO LUIS DOS SANTOS foi condenado como incurso no art. 312, caput, c.c. o art. 327, § 2º, ambos do CP (duas vezes), na forma do art. 71, caput, do mesmo diploma legal, às penas totais de 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto,

Acesso ao Sumário

e de 15 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em duas prestações pecuniárias, no valor de 01 salário mínimo cada, no valor total de 02 salários mínimos, destinados a entidades beneficentes cadastradas pelo Juízo da Execução.

Inconformado, apelou o réu alegando, preliminarmente, a nulidade do feito por cerceamento de defesa. No mérito, busca a sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pretende a redução de sua reprimenda.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

A preliminar deve ser desde logo rechaçada.

Não se há cogitar de nulidade da sentença por falta da juntada do suposto acordo de colaboração do ora apelante.

A esse respeito, o MM. Juiz sentenciante consignou, às fls. 906, que:

> Inicialmente, no que concerne ao pedido da Defesa às fls. 808-809, não consta nestes autos eventual acordo de colaboração que tenha relação específica com os fatos tratados nesta denúncia. No mais, a juntada de eventuais documentos deveria ter sido providenciada pela parte interessada, Defesa ou pelo Ministério Público, no momento processual adequado. Assim, não vislumbro óbice ao prosseguimento deste feito e indefiro o pedido de fl. 809.

Não foi outro o entendimento do zeloso Promotor de Justiça, em sede de contrarrazões, às fls. 1016:

> Inicialmente, não merece prosperar a preliminar aventada pela Defesa.
>
> Isto porque, tal como consignado na r. sentença, a providência que se requer, qual seja, a juntada do alegado acordo de colaboração premiada, caberia tão somente ao acusado.
>
> O apelante está em liberdade, de forma que teria plenas condições, caso fosse efetivamente de seu interesse e caso existisse acordo de colaboração que abarcasse esta ação penal, contactar o procurador que o acompanhou quando da celebração do referido acordo, ou ainda, constituir o defensor dativo atuante, a fim de que tivesse acesso aos autos do processo em que celebrado o acordo de colaboração premiada.
>
> Verifica-se que quaisquer destas providências poderiam ser facilmente alcançadas pelo apelante que, não obstante, quedou-se inerte.
>
> Ademais, o que se vê, a bem da verdade, é o completo desinteresse do apelante com a demanda estatal, tendo ele, inclusive, mudado de endereço sem comunicar ao Juízo, acarretando na intimação editalícia da r. sentença.

Acesso ao Sumário

> Por todo o exposto, denota-se que o ônus da juntada do mencionado acordo pelo Ministério Público seria completamente descabido e irrazoado, razão pela qual torna-se imperiosa a rejeição da preliminar suscitada.

Em se tratando de nulidade relativa, seu reconhecimento depende, outrossim, da demonstração efetiva do prejuízo suportado pelo apelante, diante do princípio *pas de nullité sans grief*.

No mérito, o recurso não merece prosperar.

A condenação do acusado pelo crime de peculato foi bem decretada e veio embasada em suficiente acervo probante.

Segundo a denúncia, em meados do ano de 2013, após a posse da nova gestão na Prefeitura Municipal de Taquaral, realizou-se internamente uma análise fiscal que apontou que, na gestão anterior de Petronílio (2009/2012), nas compras de material de informática realizadas nos anos de 2011 e 2012, junto à empresa "Invista Net Equipamentos de Informática Ltda.", de propriedade de Luís Carlos, não houve a entrada dos respectivos equipamentos na municipalidade, assim como as notas fiscais foram duplicadas ou canceladas para justificar os gastos, gerando prejuízo aos cofres públicos municipais.

Apurou-se, então, que o ora apelante, na qualidade de chefe de Gabinete, sempre com o aval de Petronílio e em concurso com o empresário Luís Carlos, se apropriava dos bens adquiridos pela Municipalidade de aludida empresa e os desviava em favor próprio. Cristiano teria, assim, se apropriado dos valores dados em pagamentos pela Edilidade aos supostos equipamentos eletrônicos (total de R$ 3.731,75), utilizando-se de documentos particulares falsificados destinados a acobertar tal prática criminosa alusiva ao desvio de dinheiro público.

As notas fiscais eram apresentadas em valores pequenos e fracionados, para que a empresa não tivesse qualquer despesa tributária, assim como, de modo aparentemente regular, eram utilizadas notas, ou já expedidas, ou até mesmo já canceladas, as quais ainda assim eram ideologicamente falsificadas, para ali fazer constar equipamentos diversos dos dantes preenchidos.

Na posse do ora apelante (servidor comissionado) tais notas eram apresentadas aos respectivos setores da Prefeitura Municipal de Taquaral, cujos funcionários induzidos a erro, montavam os correspondentes processos de despesas, para que Petronílio emitisse a ordem de pagamento ou chancelasse a transferência bancária em nome da empresa de Luís Carlos, que se encarregava de fazer voltar os valores desviados para as mãos dos demais comparsas, sendo certo que nenhum dos equipamentos mencionados em quaisquer das cártulas envolvidas deram entrada na Prefeitura Municipal de Taquaral.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelos documentos de fls. 05/32, Relatório de Análise Interna de fls. 38/41, documentos de fls. 43/44, cópias das notas fiscais de fls. 56/66, Relatório de Investigação de

Acesso ao Sumário

fls. 75, Relação de Bens adquiridos pela Edilidade de fls. 76/105, Relatório de Investigação de fls. 131, documentos de fls. 132/135, extratos bancários de fls. 150/173 e documento de fls. 174/175.

A prova oral colhida na instrução criminal (fls. 33, 34/35, 54/55, 66, 73/74, 539/540, 541/549, 562/576, 569/576, 577/578, e arquivos digitais), somada à ampla confissão do réu, mostrou-se, outrossim, apta não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo do agente e sua vinculação à autoria delitiva (fls. 215/217, 582 e arquivo digital).

Sobre o conjunto probatório, o zeloso Promotor de Justiça bem pontuou, em alegações finais, às fls. 917, que:

> Posto isso, em decorrência do aludido esquema perpetrado, dolosamente, pelos dois suscitados acusados, foi apropriado e desviado o montante total de R$ 3.546,75 da Municipalidade de Taquaral pela suposta aquisição de equipamentos de informática, objetos estes descritos nas notas fiscais colacionadas aos autos, os quais não foram efetivamente entregues para o poder público, com exceção de uma fragmentadora que realmente ali deu entrada.
>
> Ou seja, forçoso concluir que tudo não passou de um espúrio expediente utilizado pelos dois acusados para lastrear o desvio de recursos públicos no montante supracitado em benefício de todos eles.

Não foi outro o entendimento do MM. Juiz de primeiro grau, às fls. 917:

> Por outro lado, quanto ao acusado Cristiano Luis dos Santos, houve prova da materialidade de dois delitos, correspondentes à apropriação dos produtos relacionados nas notas fiscais n. 123 (fl. 15 destes autos digitais), de 12.06.2012, equipamentos de informática, com exceção de uma fragmentadora prevista nesta nota, que foi efetivamente recebida (fl. 75), e n. 284, de 03.08.2012 (fl. 28), no valor de R$1.289,57 (com pagamento à fl. 32). A materialidade encontra-se demonstrada não só pelas referidas notas fiscais, mas também pelos canhotos de fl. 58 e pelas declarações testemunhais, além da versão apresentada pelo próprio acusado, em seu interrogatório, o que, em conjunto, também confirma a autoria delitiva.
>
> Os bens foram cotados e retirados, da filial da empresa vendedora, pelo próprio acusado Cristiano Luis dos Santos. Entretanto, com exceção de uma fragmentadora prevista nesta nota, que foi efetivamente recebida (fl. 75), não há prova de que os demais bens tenham sido entregues pelo réu ao Município.
>
> Ausente prova de efetivo recebimento pelo Município, tendo sido o acusado Cristiano o responsável pela retirada, considerando a prova testemunhal produzida e as alegações do próprio acusado, houve demonstração suficiente de que o réu Cristiano apropriou-se dos referidos bens, de que tinha a posse em função do cargo, em proveito próprio ou alheio, a consumar o delito previsto no artigo 312 do Código Penal, por duas ve-

Acesso ao Sumário

zes (produtos da nota fiscal n. 123, com exceção de uma fragmentadora, e da nota fiscal n. 284).

Não pairam, com efeito, quaisquer dúvidas acerca da prática delitiva *sub examine*, uma vez que além da confissão de Cristiano, há a narrativa das demais testemunhas arroladas pela acusação, bem como, os documentos juntados aos autos, o que torna a autoria e a materialidade incontroversas, não havendo se cogitar de absolvição por falta de provas.

Bem demonstrado o delito descrito na exordial acusatória, era mesmo de rigor a condenação.

As penas, conquanto dosadas e fundamentadas em consonância com o sistema trifásico, com a imposição do regime inicial aberto e a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, comportariam reparos para adequar a substituição aos termos preconizados no art. 44, § 2º do CP. Todavia, por falta de recurso ministerial, mantém-se o critério adotado.

Entendendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o Magistrado *a quo* fixou sua pena-base no patamar mínimo legal, ou seja, em 02 anos de reclusão e 10 dias- multa, para cada peculato.

Ausentes circunstâncias agravantes, as reprimendas permaneceram inalteradas, porque, ainda que presente a confissão espontânea do acusado, tal circunstância não tem o condão de trazer a pena para aquém do patamar mínimo, a teor do preceituado no Enunciado nº 231 da Súmula de jurisprudência do STJ

Na terceira e derradeira etapa, presente a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP (cargo em comissão), correto o aumento de 1/3, totalizando 02 anos e 08 meses de reclusão e 13 dias-multa, para cada delito.

Por derradeiro, após já terem sido finalizadas as reprimendas concernentes a cada crime, ante o reconhecimento da continuidade delitiva prevista no art. 71 do CP, correta a aplicação das penas referentes a tão somente um dos deles, porque idênticos, aumentadas da fração de 1/6, em razão do número de delitos perpetrados (prática de dois peculatos majorados). Chegou-se corretamente a um total final consolidado de 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e de 15 dias-multa.

Verificada, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, é importante registrar que duas prestações pecuniárias no valor de um salário mínimo cada uma, a serem destinados a entidade pública ou privada, com destinação social, a serem especificados no momento da execução, não obedeceram ao preceito legal do art. 44, § 2º, do CP.

Em se cuidando de crime perpetrado contra o patrimônio público, apenado com privação de liberdade superior a um ano, uma vez satisfeitos os requisitos do art. 44 do CP (com a redação dada pela Lei n. 9.714/98), seria mais apropriado à reeducação do condenado substituir-se a pena privativa de liberdade

Acesso ao Sumário

não por duas restritivas de direitos idênticas, mas por duas restritivas distintas, dentre todas as previstas legalmente.

São situações nas quais a substituição por duas restritivas idênticas simplesmente não atende aos objetivos de reprovação da conduta e de prevenção do delito e, além de ser inócua à reeducação do sentenciado, pode colocar em risco a efetiva retribuição estatal ao ilícito. Todavia, por falta de irresignação do Ministério Público, mantém-se o critério adotado no édito condenatório.

A fixação do regime aberto para eventual desconto da reprimenda também se mostrou acertada, não merecendo, portanto, qualquer reparo.

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar e, por falta de recurso do Ministério Público, apenas se nega provimento ao apelo Defensivo interposto em favor de CRISTIANO LUIS DOS SANTOS, restando, pois, mantida a r. sentença.

Fica, desde já, determinada a expedição, após o esgotamento de todos os recursos, de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

Deve o apelante ser ainda formalmente intimado de que, nos termos do art. 44, § 4º, do CP, eventual descumprimento das penas alternativas consistentes em duas prestações pecuniárias no valor de 01 salário mínimo cada uma, poderá implicar em sua reconversão na pena de 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, que foi a originalmente fixada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500193- 97.2021.8.26.0585, da Comarca de Presidente Venceslau, em que são apelantes LUCAS OLIVEIRA LEITÃO e KEVELYN NICOLE DA CONCEIÇÃO ARAUJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas de Kevelyn Nicole da Conceição Araújo a 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e 233 dias-multa, no mínimo legal, substituída, a privativa de liberdade, por restritiva de direitos e multa. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.415)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente), JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 12 de agosto de 2022.
MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Colaboração como informante, para o tráfico de drogas – Coesão e harmonia do quadro probatório – Depoimentos das agentes penitenciárias válidos – Doloso proceder demonstrado – Condenação mantida.

Organização criminosa – Artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 – Quadro probatório harmônico e coeso – Manutenção da condenação.

Pena-base – Fixação acima do mínimo legal correta – Presença de maus antecedentes e circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a ensejar aumento.

Confissão – Reconhecimento – Súmula 545 do C.STJ – Retorno da reprimenda da ré ao piso legal.

Causa de aumento de pena – Manuscritos apreendidos em estabelecimento prisional – Reconhecimento adequado – Redução, porém, da proporção de elevação da pena ao mínimo legal.

Conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos – Peculiaridades do caso que a recomendam – Acusada primária, relativamente menor e confessa – Crime tentado que não envolveu violência ou grave ameaça à pessoa.

Regime prisional fechado – Alteração para o aberto – "Quantum" da pena – Acusada primária, relativamente menor e confessa.

Apelo defensivo parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 275/288, declarada a fls. 309/310, do d. juízo de direito da 3ª Vara da Comarca de Presidente Venceslau, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a presente ação, condenando Lucas Oliveira Leitão por infração ao artigo 2º da Lei 12.850/13, às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e de 15 dias-multa, no piso de lei; e Kevelyn Nicole da Conceição Araújo por infração ao artigo 37, c/c artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06, na forma tentada, às penas de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e de 332 dias-

Acesso ao Sumário

multa, no mínimo legal.

Inconformado, o apenado, ofereceu, a D.Defesa, recurso de apelação, buscando a absolvição de ambos os réus, quer pela atipicidade da conduta, quer pela precariedade do conjunto probatório. Subsidiariamente, pede a desclassificação do delito atribuído ao acusado, o afastamento do aumento ou a redução das penas-base, o reconhecimento da confissão da apenada, a diminuição da proporção de exasperação da pena em relação à causa de aumento reconhecida e a fixação de regime prisional mais brando.

O recurso foi regularmente processado.

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.

A respeitável decisão recorrida deu adequada solução à lide, analisando, com propriedade, as provas produzidas, bem assim enfrentando todos os temas suscitados, de modo que, na forma do permissivo constante do artigo 252 do Regimento Interno deste tribunal, de rigor a ratificação, na essência, de seus fundamentos.

Robustas as provas da materialidade e da autoria dos delitos trazidas para os autos, calcadas nos autos de prisão em flagrante delito, B.O.'s, auto de exibição/apreensão e manuscritos de fls. 24/75, bem como na prova oral coligida e nos demais elementos cognitivos amealhados ao feito.

Silente na fase inquisitiva, em juízo a ré admitiu, a seu modo embora, a prática delitiva, asseverando tão somente que desconhecia o conteúdo dos manuscritos a ela entregues pelo acusado no interior do estabelecimento prisional.

Lucas, a seu turno, confirmou a entrega das cartas à corré, cujo conteúdo também desconhecia, pois recebeu os papéis de outro preso em razão de dívida fruto de partida de futebol; não integro organização criminosa, não sei ler - disse.

Inquirida, a agente penitenciária Joyce da Silva Broto reportou-se ao fato de que, na ocasião, foi alertada pelo funcionário que fiscalizava os detentos, pois o preso Lucas passara algo à sua visitante, a acusada, quando, então, abordada, após insistência, Kevelyn Nicole acabou por admitir que escondia sob suas vestes, os manuscritos a ela entregues pelo acusado.

No mesmo sentido a versão ofertada por sua colega de equipe Gislaine Yuri Fujita Shikama, tendo, ambas, em solo policial, anotado que análise superficial dos manuscritos, levou à constatação da existência de informações relacionadas à droga sintética conhecida como "K4", bem como ao crime organizado, indicando, inclusive, várias pessoas que teriam sido batizadas na organização, além de informações sobre dívidas, cobranças e movimentações de valores.

Acesso ao Sumário

E não se pode desprestigiar o valor probatório dos depoimentos testemunhais, tampouco os prestados por agentes penitenciários.

Esses depoimentos, notadamente quando corroborados por outras provas carreadas ao processo, mostram-se aptos a embasar condenação, vistos emanarem de funcionários públicos, no exercício de função pública, o que reveste seus atos de presunção de veracidade, a ser afastada somente mediante prova em contrário.

E não há que se falar em fragilidade das provas ou atipicidade da conduta; a apelante (maior de 18 anos, estudante com o 2º grau incompleto) dirigiu-se a estabelecimento prisional de segurança máxima, para visitar seu companheiro preso, passou pela revista na entrada e recebeu documentos que deliberadamente alocou sob suas vestes, na tentativa de burlar a fiscalização na saída da penitenciária, a indicar que estava sim colaborando, pois, como bem anotado pelo douto magistrado sentenciante: *"...Desse modo, torna-se penoso para este Juízo crer que Kevelyn nem ao menos suspeitava da potencial ilicitude dos manuscritos que transportava. Em sendo assim, não há que se falar que a ré não sabia do conteúdo criminoso dos documentos que trazia consigo, até porque utilizou meio não permitido para tentar retirá-los do presídio (escondidos no cós de sua calça, e em sua roupa íntima). Sabia ela, portanto, que com a entrega desses objetos ao devido destinatário, prestaria valioso auxílio a Lucas. Ciente, pois, da ilicitude da carta e sabendo que o presídio local é comandado pelo PCC, por certo que Kevelyn encarregou-se conscientemente de passar as informações da traficância à referida organização criminosa, ou, ao menos, diante dos dados de seu conhecimento, assumiu concretamente o risco de fazê-lo. No mais, é inconcebível que uma pessoa de prudência normal aceitaria ocultar e transportar manuscritos para fora de um presídio de segurança máxima, onde se encontram presos os criminosos mais perigosos do Estado, e entrega-los a pessoa desconhecida..."*. (fls. 282).

Correta, pois, a r. sentença ao responsabilizar a increpada pela prática do crime previsto no artigo 37 da Lei de Drogas.

No mais, era mesmo caso de reconhecimento da causa de aumento de pena descrita na denúncia, como decidido em 1º grau.

O proceder da apelante no interior do estabelecimento prisional deixa clara a incidência de tal majorante.

Ademais, consta da denúncia, em suma, que o acusado Lucas Oliveira Leitão integrou, pessoalmente, organização criminosa, ao que se infere, denominada "PCC" (primeiro comando da capital), estruturalmente sedimentada, com estabelecimento de divisão de tarefas, em cuja atuação há a exploração do tráfico de drogas dentro e fora das unidades prisionais.

Segundo apurado, o increpado responde a processos criminais e cumpre

Acesso ao Sumário

pena privativa de liberdade na penitenciária "João Augustinho Panucci", em Marabá Paulista/SP.

Na data dos fatos, ele foi surpreendido pelos agentes de segurança penitenciária em atitude que comprova a sua participação na organização criminosa, visto que no bojo da divisão de tarefas realizada entre os membros da sobredita organização criminosa, coube a Lucas a custódia de 24 (vinte e quatro) folhas de papel almaço, manuscritas nos anversos e versos, contendo informações relacionadas à droga sintética conhecida vulgarmente como "K4", assim como informações relacionadas ao crime organizado, com indicações de várias pessoas que foram "batizadas" na organização, ou seja, ingressaram no grupo criminoso, e informações relacionadas a dívidas, cobranças e movimentações de valores provenientes do comércio ilícito de entorpecentes, consoante se infere do auto de exibição e apreensão de fls. 23 e dos documentos de fls. 24/75.

Cumpre registrar: concebida originariamente sob o pretexto de garantir condições de vida dentro das penitenciárias, especialmente voltada ao combate dos procedimentos adotados na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, que julgavam desumanos e degradantes, o "PCC", após se organizar, passou a comercializar drogas, orquestrar roubos e sequestros, além de espalhar o caos no sistema penitenciário do país, enquadrando-se, indubitavelmente, na Lei de Organizações Criminosas.

Referida facção mantém conexão com as facções "Bonde dos 13" (Acre), "Mercado do Povo Atitude" (Bahia), "Ajeira" (Bahia), "Katiara" (Bahia), "Bonde do Maluco" (Bahia), "Primeiro Comando do Maranhão" (Maranhão), "Primeiro Comando do Norte" (Pará), "Estados Unidos" (Paraíba) e "Amigos dos Amigos" (RJ).

Além disso, é de conhecimento público que o "PCC" atua em diversos países, evidenciando a transnacionalidade da organização, e que faz uso de armas de fogo para alcançar seus fins ilícitos.

A autoria e a materialidade delitivas, conforme já registrado, foram comprovadas com os elementos cognitivos amealhados na fase inquisitiva, bem como pela prova oral colhida nos autos.

Ao ser interrogado judicialmente, o acusado tão somente negou integrar a organização e a ciência do teor da documentação repassada à corré.

Contudo, a negativa externada não convence, pois, além de isolada no contexto probatório, cede diante das firmes palavras das testemunhas, as quais confirmaram os fatos e conforme descritos na denúncia.

Em tal contexto, ausentes indícios de falsa imputação de crime a inocente e diante de acervo probatório convincente, longe de serem tidas por frágeis e precárias as provas produzidas, a condenação era mesmo o deslinde necessário, uma vez segura a prova de responsabilidade do agente.

Acesso ao Sumário

Assim, esses testigos acusatórios, aliados às circunstâncias em que se deram os fatos, constituem robusto conjunto probatório a respaldar a condenação, não havendo falar em absolvição; livre e consciente o proceder do apenado, não havendo que se falar em atipicidade da conduta ou até mesmo em desclassificação para o crime previsto no artigo 37 da Lei 11.343/06.

E nenhum reparo merece o apenamento de Lucas, ao contrário da reprimenda de Kevelyn Nicole.

As penas-base foram correta e adequadamente fixadas acima do mínimo legal, presentes maus antecedentes criminais (Lucas) e circunstâncias judiciais bem expostas no 'decisum'.

Registre-se: o magistrado, diante do disposto no artigo 42 da Lei de Drogas e no artigo 59 do Código Penal, de olho nas provas produzidas, nas circunstâncias e consequências do episódio e nos demais elementos cognitivos colhidos, estabelecerá adequando os "binômios" necessidade/suficiência e reprovação/prevenção a pena-base.

Na segunda fase, a pena de Lucas, diante da reincidência, sofreu nova elevação, de 1/6, totalizando 4 anos e 8 meses de reclusão e 15 dias-multa, no piso e, assim, tornaram-se definitivas, à míngua de circunstâncias modificadoras.

No que toca Kevelyn Nicole, na segunda fase, a pena sofreu alteração tão somente em razão da relativa menoridade da apenada; o d. magistrado não reconheceu a confissão. Entretanto, a apelante é confessa.

Não se há desconhecer a utilização, pelo douto sentenciante, da confissão para a formação de seu convencimento em relação ao delito, no que imperioso o seu reconhecimento. Essa a inteligência da Súmula 545 do C. STJ.

A reprimenda, pois, há de retornar ao piso, ou seja, 2 anos de reclusão e 300 dias-multa, no mínimo legal.

Ademais, a elevação da reprimenda, em relação à causa de aumento reconhecida foi de ½; porém, tem-se por excessivo o aumento operado. A reprimenda, na primeira fase, já sofreu elevação por conta das circunstâncias lá elencadas, pelo que, nesta fase, o aumento deve ser o mínimo, de 1/6, perfazendo 2 anos e 4 meses de reclusão e 350 dias-multa.

Por fim, considerada a forma tentada do crime, reduziu-se a reprimenda em 1/3, diante do "iter criminis" percorrido pela agente (não fosse a pronta atuação dos funcionários públicos e os manuscritos chegariam aos seus destinatários, aproximou-se, pois, a apenada, da consumação do crime), totalizando 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 233 dias-multa, no mínimo legal.

Elegeu-se o regime fechado para ambos os apenados.

No que toca Lucas, tem-se por correta sua fixação, dado seu passado desabonador.

Acesso ao Sumário

Em relação a Kevelyn Nicole, entretanto, considera-se de rigor a fixação do mais brando regime prisional; ela é primária, relativamente menor, confessou e o crime, reconhecida sua forma tentada, não envolveu violência ou grave ameaça à pessoa.

Pelas mesmas razões, mostra-se cabível a substituição da pena, sendo o benefício, no caso, socialmente recomendável. Nesse contexto, substitui-se a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à Comunidade e multa, no importe de 10 dias-multa, no piso de lei.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas de Kevelyn Nicole da Conceição Araújo a 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e 233 dias-multa, no mínimo legal, substituída, a privativa de liberdade, por restritiva de direitos e multa, conforme determinado; mantida, no mais, por seus fundamentos, a respeitável decisão recorrida.

Comunique-se, expedindo-se alvará de soltura clausulado em favor de Kevelyn Nicole da Conceição Araújo.

Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão em desfavor de Lucas Oliveira Leitão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501080-11.2021.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante EDSON ROBERTO VENDRAMIN, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.072)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente), XISTO ALBARELLI RANGEL NETO e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 8 de agosto de 2022.

MARCELO SEMER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. MAUS TRATOS E ABUSOS CONTRA ANIMAIS EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 32, CAPUT, E § 1º-A, DA

LEI 9.605/98, C/C. ART. 71 DO CP). Sentença condenatória. Irresignação da defesa. Mérito. Materialidade e autoria delitivas suficientemente demonstradas. Depoimentos das testemunhas que foram detalhados e seguros, além de terem sido respaldados pelo laudo pericial. Prova consistente. Incabível a absolvição. Ausência de indícios da inimputabilidade do réu a justificar a isenção da pena. Dosimetria. Pena bem aplicada. Correto o reconhecimento da continuidade delitiva, já que os crimes foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, com unidade de desígnios. Percentual de aumento adequadamente fixado. Precedentes do STJ. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 161/165, que julgou procedente a ação penal, para condenar o réu como incurso no art. 32, caput, e § 1º-A, da Lei 9.605/98, c/c. art. 71 do CP (quarenta e três vezes), aplicando-lhe a pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direito, além de 16 dias-multa, no piso, e proibição da guarda dos animais.

Em suas razões recursais (fls. 185/194), a defesa sustenta, em síntese: (i) que as provas demonstram que o apelante alimentava os cachorros e havia espaço suficiente para que estes se locomovessem, sendo que alguns animais ficavam dentro da casa, convivendo integralmente com o recorrente e sua esposa, inexistindo maus tratos; (ii) que o réu realizava caça de javalis e, apesar de a testemunha Karoline afirmar que não havia autorização para tal prática, o próprio Ministério Público confirmou que ele a possui, sendo que os ferimentos decorriam de tal prática, conforme relatado pela testemunha André; (iii) que, portanto, há fragilidade nos elementos que embasam a condenação, razão pela qual o réu deve ser absolvido; (iv) que, subsidiariamente, o réu deve ser isento de pena em razão da inimputabilidade, nos termos do art. 26 do CP, pois suas atitudes corroboram para a existência de uma patologia que consiste no acúmulo de animais, denominada "Síndrome de Noé", mesmo sem condições de dispensar os cuidados necessários a estes sem prejuízo da própria sobrevivência; e (v) que a continuidade delitiva não foi demonstrada nos autos, vez que os supostos atos de abuso e maus-tratos foram realizados em um mesmo ambiente, com os mesmos desígnios, razão pela qual a pena deve ser aplicada no mínimo legal.

Contrarrazões às fls. 198/206.

Acesso ao Sumário

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 220/224 pelo desprovimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Segundo consta da denúncia, policiais ambientais foram acionados pela Prefeitura Municipal de São José do Rio Preto a fim de prestarem auxílio ao cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão no local dos fatos, onde seria realizada limpeza do terreno bem como investigada denúncias de maus-tratos a animais.

Já no local, Edson Roberto Vendramin, ora apelante, franqueou a entrada dos policiais e servidores da Prefeitura, sendo constatados, no local, 39 cães em estado de maus-tratos, extremamente magros, doentes, desnutridos, debilitados, apáticos e amarrados em cordas curtas, estando inclusive alguns dentro da residência do réu, em um cômodo muito pequeno para animais de grande porte, com o chão sujo de fezes dos referidos animais.

Também no local, constataram vasilhas de água dos animais muito suja e com pouca água, além de seis "peiteras" de cães, as quais são equipamentos normalmente utilizados para a caça de javalis, sendo posteriormente constatado com Edson que possui autorização de caça pelo IBAMA. Além dos cães, foram também encontradas quatro aves da raça *calopsita* em gaiolas, em mau estado.

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

A condenação foi bem lançada.

A autoria e a materialidade do delito estão suficientemente demonstradas pelo boletim de ocorrência (fls. 03/06), pelo laudo técnico de maus tratos (fls. 10/13), pelos documentos de fls. 14/16 e pela prova oral colhida em juízo.

Nesse sentido, quando ouvido em juízo, a testemunha André de Oliveira, policial militar ambiental, narrou que foram acionados pela Diretoria do Bem Estar Animal do Município para apoiar uma ocorrência de maus tratos. Chegando ao local, depararam-se com vários animais em situação de maus tratos, razão pela qual fizeram a apreensão, lavraram a multa e conduziram o réu para a central de flagrantes. Explicou que foram encontrados cães de diversas raças e aves da espécie calopsita, além de instrumentos utilizados para caça de javalis. Disse, também, que havia muita sujeira no local, com muitas fezes, que a água disponível aos animais era suja, que os cachorros estavam amarrados a cordas curtas, limitando sua locomoção, e que não encontrou comida no local, embora o réu tenha explicado que costuma colocar ração aos poucos, não a deixando disponível aos animais o tempo todo. Relatou, ainda, que alguns animais apresentavam doenças e feridas na pele.

Acesso ao Sumário

Fabiano Alberti, policial militar ambiental que também participou da ocorrência, narrou em juízo que, na data dos fatos, foi solicitado apoio para uma

fiscalização e cumprimento de mandado judicial, envolvendo denúncia de maus tratos, pois o proprietário não havia permitido a entrada da vigilância ambiental. Ao chegarem no local, constaram os maus tratos e, por conta disso, recolheram cerca de 46 animais, além de lavrar uma multa e encaminhar o réu para a delegacia. Explicou, ainda, ter recebido a informação de que o réu alugava os cães para a caça de javali, sendo que o próprio réu disse ter um vício por esse tipo de atividade e acaba perdendo o controle sobre os animais.

Karoline de Castro Prado Koga, que à época dos fatos trabalhava na Diretoria do Bem Estar Animal, relatou em juízo que, no dia em questão, participou de uma ação envolvendo maus tratos, sendo que, ao chegar ao local, visualizou os animais em ambiente insalubre, sem água limpa, acorrentados e expostos a chuva e sol extremos. Explicou, com relação aos maus tratos, que havia pássaros e cerca de 39 cães, e a maioria estava debilitada e apresentava caquexia, escoriações, inanição e doenças de carrapatos, sendo que três deles vieram a óbito nos dias seguintes à ocorrência. Disse, ainda, que alguns dos animais estavam acorrentados e que os mais doentes até ficavam em local separado, mas sem receber o tratamento adequado. Relatou ter conversado com o Edson no dia dos fatos, ocasião em que ele confirmou praticar a caça de javali, sendo que o réu ficou muito nervoso e hostil ao presenciar a apreensão dos animais, não colaborando com os agentes, embora não aparentasse estar abalado. Questionada pela defesa, a depoente explicou que Edson não aparentava padecer da "síndrome de Noé", que diz respeito a pessoas que acumulam animais pensando lhes fazer o bem, sendo que o réu afirmava que utilizava ou alugava os animais para a caça de Javali.

Mayra Balbo Marchi, quando ouvida em juízo, disse trabalhar na Diretoria do Bem Estar Animal e que presenciou, no dia dos fatos, a situação de maus tratos, o que incluía pássaros em gaiolas em condições irregulares e animais presos por correntes curtas, com quadro clínico deteriorado, caquexia, feridas e secreções na pele, alimentação insuficiente, ausência de proteção contra chuva e sujeira excessiva. Explicou que foram encontrados pássaros e cachorros de diversas raças, e que a caracterização de maus tratos se dá em razão da limitação da expressão da condição natural do animal. Disse, também, que os animais estavam clinicamente muito ruins, magros, fracos, alguns sequer conseguiam andar, a água tinha muito lodo e não havia comida, o que configura maus tratos, sendo que alguns cachorros vieram a morrer após a ocorrência, mesmo com os cuidados veterinários.

A corroborar tais depoimentos, o laudo pericial é claro ao reconhecer a situação de maus tratos, ainda que não tenha registrado fotograficamente cada um dos cachorros apreendidos:

> *"Em apoio e visita técnica no dia de hoje (27/10/20) com o apoio da GCM, POLÍCIA MILITAR E POLICIA AMBIENTAL foi veri-*

Acesso ao Sumário

ficado que esses animais são tutoreados por EDSON ROBERTO VENDRAMINI , RG 19246603.

Foram identificados 39 cães das raças FOXHOUND AMERICANO, BOXER, AMERICAN BULLY, PIT BULL, BEAGLES e outros.

Todos expostos á situações de maus tratos, em local extremamente insalubre, com acumulo de fezes, sem presença de ração, água suja, animais com muitas lesões de pele, secreções oculares e nasais. Na sua maioria presos em cordas e correntes, apresentando score inadequado, sem cuidados aparentes, apáticos e vulneráveis ao tempo. Todos os animais sugestivos de Leishmaniose positivo com secreções oculares, nasais, lesões de pele e unhas grandes, colocando em risco a saúde pública." (fls. 10)

Assim, ainda que o réu tenha negado a autoria em seu interrogatório em juízo, restou suficientemente comprovada a situação de maus tratos, conforme se extrai dos depoimentos enfáticos das testemunhas e do laudo pericial acostado aos autos, cujo teor não foi objeto de impugnação.

Não se desconsidera, é verdade, que o réu afirmou comprar com frequência ração para os animais, versão esta corroborada pelo depoimento do policial militar ambiental André, que disse ter visto um saco de ração na casa. No entanto, o simples fato de haver comida no local não significa que os animais estavam sendo adequadamente alimentados, até porque havia uma quantidade elevada de cachorros, de portes variados.

Além disso, as testemunhas Karoline e Mayra foram seguras em afirmar que todos os animais estavam submetidos a algum tipo de mau trato, o que incluía falta de comida, água suja, fraqueza (tanto que alguns cachorros sequer conseguiam se levantar), doenças e feridas na pele, locomoção limitada, falta de abrigo contra intempéries climáticas, entre outros.

De se ressaltar, ainda, que as lesões constatadas nos cachorros não eram provenientes apenas da caça de javalis, como faz crer a defesa, já que a fiscalização identificou alimentação e hidratação inadequada, causando fraqueza evidente, limitação de locomoção, doenças de pele e outros maus tratos já relatados acima.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, havendo prova segura da autoria e da materialidade, fica mantida a condenação.

Por fim, não há que se falar em isenção da pena por conta da suposta inimputabilidade do réu, pois não constam nos autos elementos concretos e objetivos que indiquem que Edson estava privado da plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesse sentido, a testemunha Karoline, ao responder as perguntas formuladas pela defesa, explicou que a chamada "Síndrome de Noé" consiste em um

transtorno de acumulação de animais com a intenção de protegê-los e fazer o bem, o que não era o caso dos autos, pois Edson tinha a intenção explícita de utilizar os animais na caça de javalis o que foi reconhecido pelo próprio réu em seu interrogatório.

Nesse contexto, ainda que as testemunhas tenham afirmado não ser normal encontrar uma pessoa com tantos animais, elas também afirmaram que isso acontece, e que não necessariamente configura uma patologia de ordem psíquica. E a defesa poderia ter arrolado a esposa do réu para prestar depoimento e comprovar a alega imputabilidade, mas não o fez, inexistindo, assim, indícios da incapacidade do réu.

Segundo entendimento consolidado do STJ, *"a mera alegação de que o acusado é inimputável não justifica a instauração de incidente de insanidade mental, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, mormente quando há dúvida a respeito do seu poder de autodeterminação"* (AgRg no HC n. 528.335/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 17/9/2019).

Passo à dosimetria.

As penas foram fixadas nos mínimos legais e, portanto, não comportam qualquer reforma tanto é que sequer houve impugnação da defesa quanto a esse aspecto.

No que diz respeito à continuidade delitiva, também não assiste razão à defesa, pois, como bem pontuado em sentença, os atos de abusos e maus-tratos aos animais foram praticados 43 vezes, nas mesmas condições de tempo e lugar, e com unidade de desígnios, a justificar a aplicação do art. 71, caput, do Código Penal até porque mais favorável ao réu do que se fosse reconhecido o concurso material (art. 69, CP).

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. UNIDADE DE DESÍGNIOS. MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO E LUGAR. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, para a caracterização do instituto do art. 71 do Código Penal, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se, no sistema jurídico-penal brasileiro, a Teoria Mista ou Objetivo-Subjetiva.*
>
> *2. Os delitos foram perpetrados com unidade de desígnio, elemen-*

Acesso ao Sumário

to que demonstra o preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da continuidade delitiva. Além disso, a reiteração da conduta nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução (abordagem das vítimas com simulacro de arma de fogo) caracteriza a continuidade delitiva.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 728.251/AC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/6/2022)

E, quanto à exasperação da reprimenda procedida decorrente do crime continuado, vale ressaltar que o réu praticou o crime de maus tratos nos 43 animais que tinha em sua residência, o que justifica o aumento da pena no percentual máximo.

Segundo entendimento consolidado do STJ, *"em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações"* (REsp n. 1.699.051/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 6/11/2017).

No mais, correta a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que preenchidos os requisitos legais.

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

E, considerando que o réu respondeu ao processo em liberdade, poderá assim permanecer até o trânsito em julgado da condenação.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004843-54.2014.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante ANA PAULA GARCIA, 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 49.407)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente), MARCO DE LORENZI e MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 13 de agosto de 2022.
WALTER DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – INJÚRIA RACIAL – PRELIMINAR – OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA OU INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – CRIME IMPRESCRITÍVEL – QUESTÃO PACIFICADA PELO STF NO JULGAMENTO DO HC 154248/DF – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA CABALMENTE DEMONSTRADAS – PENA E REGIME ADEQUADAMENTE FIXADOS – IMPROVIMENTO DO APELO.

VOTO

ANA PAULA GARCIA **APELA** da sentença de fls. 167/173, proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Fernando Leonardi Campanella, que a condenou como incursa no artigo 140, § 3º, do Código Penal, à pena de um (01) ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

Inconformada, pugna pela reforma da sentença, alegando, preliminarmente, a ocorrência da prescrição. No mérito, pugna por sua absolvição por atipicidade da conduta ou insuficiência de provas (fls.187/191).

Regularmente processado o recurso, nas contrarrazões apresentadas às fls.193/198, o Ministério Público requer seja negado provimento ao apelo.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às fls. 209/212, opinou pelo desprovimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Preliminarmente.

A preliminar aventada não merece guarida.

Com efeito, a questão acerca da imprescritibilidade do crime de injúria racial restou pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que aos 28/10/2021, no julgamento do HC 154248/DF, decidiu que o crime de injúria racial, espécie do gênero racismo, é imprescritível, nos termos do disposto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

No mérito.

Consta dos autos que a apelante, ao tempo e local narrados na denúncia, injuriou a vítima Juliana de Lara Morais, ofendendo-lhe a dignidade mediante

Acesso ao Sumário

elementos referentes à raça.

A materialidade ficou demonstrada, conforme boletim de ocorrência (fls.03/04), bem como, pela prova oral colhida.

A autoria, igualmente, restou inequívoca.

Em solo policial, a apelante esclareceu que já havia se desentendido com a vítima, sua cunhada, e que na data dos fatos, durante uma discussão com Juliana, esta lhe chamou de "biscate" e "vagabunda". Revidou dizendo que a vítima era "negra de cabelo Bombril" (sic), porém, disse que não se considera racista.

Em Juízo, devidamente intimada, deixou de comparecer à data designada para seu interrogatório, razão pela qual foi decretada a sua revelia.

A despeito da versão exculpante apresentada em solo policial, tem-se o relato da ofendida, a qual, ouvida sob o pálio do contraditório, narrou como ocorreram os fatos, confirmando os termos da denúncia. Declarou que na data dos fatos a ré ingeriu bebida alcoólica e passou a lhe telefonar dizendo *"eu quero falar com você sua negra cabelo de Bombril, sua não sei o quê, só anda de roupa rasgada, sua adotada, seu irmão tem vergonha de você, sua negra, macaca. Vem aqui falar comigo"*. Esclareceu que Domenica, que estava ao seu lado, também foi alvo de xingamentos por parte da apelante, sendo que em determinado momento Domenica apanhou o telefone e disse para a ré que não tinha nada a ver com a apelante e a vítima. Ato contínuo, a apelante respondeu *"eu não quero falar com você, eu quero falar com essa biscate dessa negra cabelo de Bombril, essa macaca, quero pegar ela e arrebentar a cada dela" (sic).*

A corroborar a versão da vítima, foi o depoimento da testemunha de acusação Domenica Aparecida Luz de Paula, que em solo policial confirmou ter presenciado a apelante ofender a vítima.

O conjunto probatório reunido nos autos não permite dúvidas sobre a materialidade e a autoria do delito.

Como já se tem decidido, "o crime de injúria por preconceito consiste em ultraje a outrem, por qualquer meio, em especial de palavras racistas e pejorativas, deixando-se patenteada a pretensão de, em razão da cor da pele, por exemplo, se sobrepor à pessoa de raça diferente" (JTJ 248/435, RT 752/504).[1]

No caso dos autos, inconteste o *animus* da apelante de ultrajar a vítima em razão da cor de sua pele, onde o teria chamado de *"macaca, cabelo de Bombril"*, o que torna impossível acolher o pleito de absolvição.

De igual forma, não há que se falar em atipicidade da conduta. A tipicidade se dá pela convergência dos elementos objetivos (ofender dignidade de outrem mediante elementos que façam referência à raça, cor ou etnia) e do elemento subjetivo (vontade livre e consciente de realizar aquela ação). O crime se

Acesso ao Sumário

1 Mirabete, Julio de Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Especial. V. II. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169.

perfaz com a proclamação de ofensas de cunho racial ou étnico.

Neste sentido, confira-se o julgado;

PENAL. APELAÇÃO. INJÚRIA. CONDENAÇÃO LEGÍTIMA. PERFEITA TIPICIDADE DO FATO. 1) Prova Absolvição Inviabilidade Autoria e materialidade delitiva amplamente demonstradas pelo depoimento da vítima e de várias testemunhas presenciais, tanto em solo policial, como na fase judicial Fatos incontroversos em seu contexto geral, tendo o acusado afirmado não se recordar de ter proferido acintes injuriosos Não demonstração pela Defesa da improcedência da tese acusatória Condenação mantida. 2) Atipicidade Não reconhecimento A julgar pelos impropérios proferidos, em contexto de ânimos exaltados do réu, presenciado por mais de uma testemunha, restou patente o intuito de aludir à raça como fator discriminatório e preconceituoso Animus injuriandi reconhecido Precedentes judiciais Artigo 143, §3º, do Código Penal. Artigo 1º, III, c.c. artigo 3º, I, ambos da CR/88 Artigo 3º da Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Eliminação da Discriminação Racial. (TJSP, Apelação Criminal nº 0000056-03.2010.8.26.0416, Rel. Des. Alcides Malossi Junior, 8ª Câmara de Direito Criminal, J: 18/12/2016).

No tocante à aplicação da pena, verifico que não demanda qualquer reparo, eis que devidamente fixada no mínimo legal.

O regime fixado foi o aberto, o que será mantido, assim como a substituição da carcerária por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo e o pagamento de dez (10) dias-multa.

Do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO**, para que subsista a r. sentença proferida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1030445-83.2020.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/querelantes S. V. F. M. DE C. e M. L. M. DE C., é apelada/querelada L. A. L..

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", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.812)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 19 de agosto de 2022.

Acesso ao Sumário

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Decisão de rejeição da queixa-crime por falta de justa causa – Alegações de que a querelada praticou crimes contra a honra dos querelantes, consistentes em adentrar na residência que também funcionaria como escritório do querelante que é advogado e teria proferido injúrias, calúnias e difamou o casal – Fragilidade dos elementos informativos – Ausência de certeza da materialidade e de indícios de autoria – Falta de justa causa.

Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra a r. decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Paulo, Foro Regional I - Santana que, com fundamento no artigo 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal, **rejeitou a queixa-crime**, na qual se imputou à querelada **L. A. L.** a prática, em tese, dos crimes de injúria, calúnia e difamação (fls. 181/186).

Pretendem os querelantes, ora recorrentes, a reforma do decisório objurgado, para que seja recebida a queixa-crime e se dê o regular seguimento da ação penal, sustentando, para tanto, a existência de indícios mínimos para a admissibilidade da pretensão acusatória e o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 44 do Código de Processo Penal (fls. 193/205).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 225/238), a d. Procuradoria de Justiça opinou, preliminarmente, pelo recebimento da presente irresignação na forma de recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal e, no mérito, pelo improvimento do recurso (fls. 246/248).

É o relatório.

No caso vertente, a queixa-crime de fls. 01/25 e emenda de fls. 90/96, imputa à querelada a prática dos delitos definidos nos artigos 138,139 e 140, todos do Código Penal, porque, segundo consta desta inicial acusatória, L. teria iniciado uma conversa ofensiva e ameaçadora, conforme áudios e vídeos apresentados e, no dia 22 de julho, a querelada, inconformada com a decisão Judicial em afastá-la de seu Cargo de Inventariante, parou o seu veículo em frente à residência do querelante, e com buzinaços, gritos e palmas, chamava à atenção dos transeuntes e vizinhos, com ofensas à família. Narra que a querelada se negou a adentrar no escritório, preferindo invadir as dependências da área intima, proferindo gritos na presença de vizinhos e amigos, que neste momento se ajuntaram para ver o que estava acontecendo, enquanto a querelada gritava: *"...*

esse aqui me roubou quarenta mil reais; fala que é advogado; exijo explicações e motivos de minha retirada do processo" (...). entre outros impropérios, consignando que o arquivo de áudio estaria seguindo anexo, bem como gravações das câmeras de segurança e vídeo gravados pela querelante, a qual teria sido exaustivamente ofendida com palavras que poderiam ser ouvidas facilmente em mídia apresentada.

Com efeito, tenho para mim que a r. decisão recorrida deve prosperar por seus próprios fundamentos. Isto porque se afigura que a queixa-crime ajuizada no presente feito se encontra carente de substrato mínimo indiciário capaz de ensejar a admissibilidade da imputação nela articulada, já que se fez acompanhar, tão-somente por singelos *prints* das imagens de câmeras, as quais sequer condizem com as narrativas nelas contidas. Ademais, diferentemente do que consignou o querelante, não se fez juntar as imagens, áudios, cópias das mensagens ameaçadoras, nem tampouco relatos das testemunhas presenciais.

Nesse diapasão, confira-se o magistério de Julio Fabbrini Mirabete, para quem **"É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o *fumus boni juris* que ampare a imputação. Tem se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada do inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a versão dada pelo ofendido."** (Código de Processo Penal Interpretado - Ed. Atlas, 2ª ed. p. 97).

Destarte, a decisão monocrática, ora combatida, não merece reparo.

Por votação unânime, **NEGARAM PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000039-09.2017.8.26.0452, da Comarca de Piraju, em que é apelante MARCELO APARECIDO GONÇALVES, 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: "mantiveram o julgado no tocante à absolvição do acusado MARCELO APARECIDO GONÇALVES, com fulcro no artigo 386, II, do Código de Processo Penal, por V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.766)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER DA SILVA (Presidente) e HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Violação de direito autoral – Recurso da defesa provido, para absolver o acusado – Atipicidade da conduta e ausência de prova da materialidade – **Inexistência de demonstração da efetiva violação do direito autoral – Vítimas não identificadas – Interposição de recurso especial pelo Ministério Público – Entendimento diverso adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça – Retorno dos autos para a realização do juízo de retratação – Artigo 638, do CPP, e artigo 1.030, II, do CPC – Manutenção do v. acórdão recorrido.**

VOTO

Contra o v. acórdão desta Colenda 14ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, por votação unânime, deu provimento ao apelo interposto pelo acusado **MARCELO APARECIDO GONÇALVES**, a fim de absolvê-lo da imputação prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, II, do Código de Processo Penal (fls. 284/290), interpõe o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** o presente **recurso especial**, com fundamento no artigo 105, III, "c", da Constituição Federal, visando a inversão do julgado, de modo a restabelecer a condenação imposta em primeiro grau de jurisdição (fls. 296/334).

Apesar de devidamente intimada para apresentar as contrarrazões, a nobre defesa se quedou inerte (fls. 362/363). Posteriormente, o Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, **Desembargador FRANCISCO BRUNO**, determinou a remessa dos autos a esta Turma Julgadora, em cumprimento ao disposto no artigo 638, do Código de Processo Penal, e no artigo 1030, II, do Código de Processo Civil (fls. 366/367).

É o relatório.

Em julgamento realizado em 09 de dezembro de 2021, esta Turma Julgadora, de fato, deu provimento, à unanimidade, ao apelo defensivo e absolveu o acusado **MARCELO APARECIDO GONÇALVES**, com supedâneo no artigo 386, II, do Código de Processo Penal, posto que não foram apontadas as respectivas vítimas que tiveram seu direito autoral violado.

Acesso ao Sumário

Aliás, esta Turma Julgadora deixou assente, na ocasião, que o exame pericial teve por escopo, tão somente, a constatação da autenticidade das mídias apreendidas e sua condição de reprodução, com descrição superficial dos títulos e intérpretes do material confiscado, nada consignando, como seria de rigor, a respeito da efetiva violação à propriedade intelectual, mediante a identificação dos titulares dos respectivos direitos conspurcados.

Diante disso, se não há sequer alusão acerca das possíveis vítimas a quem pertenceriam o direito autoral, torna-se inviável verificar se estas eram, de fato, as respectivas titulares.

Não se desconhece, é bem verdade, que a Colenda Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recursos especiais representativos de controvérsia, ambos de relatoria do eminente MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ (REsp. nº 1.456.239-MG e REsp. nº 1.485.832-MG), decidiu, por unanimidade, que *"a violação de direito autoral extrapola a individualidade do titular do direito, devendo ser tratada como ofensa ao Estado e a toda a coletividade, visto que acarreta a diminuição na arrecadação de impostos, reduz a oferta de empregos formais, causa prejuízo aos consumidores e aos proprietários legítimos e fortalece o poder paralelo e a prática de atividades criminosas conexas à venda, aparentemente inofensiva, desses bens"*, concluindo, assim, pela *"... prescindibilidade de se identificar individualmente os respectivos titulares dos direitos autorais diretamente prejudicados pela contrafação e distribuição não autorizada da obra."*

Ressalta, ainda, que *"... o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, nos termos do art. 186, II, do mesmo diploma normativo, é perseguido mediante ação penal pública incondicionada, de modo que não é exigida nenhuma manifestação do detentor do direito autoral violado para que se dê início à ação penal"*, não sendo coerente, portanto, exigir a sua individualização, além de não demandar, para a sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, corroborando a desnecessidade de identificação das vítimas.

Entrementes, apesar da seriedade e da fundamentação exemplar lançada nos aludidos arestos, e de se tratar, ainda, de matéria sumulada pela aludida Corte Superior (Súmula nº 574), não estou convencido, ao menos até este instante, da sua correção, uma vez que deve mesmo ficar cabalmente demonstrada a efetiva violação do direito autoral, com a indicação segura das pessoas atingidas e lesionadas pela conduta criminosa em apreço, pelos fundamentos já assinalados, inclusive no v. acórdão.

Acesso ao Sumário

Com isso, remanesce a posição acolhida por esta Turma Julgadora, no sentido de que o artigo 184, § 2º, do Código Penal, exige prova da reprodução de obra intelectual e fonograma ***com violação dos direitos de autor, do artista intérprete ou executante, ou do produtor de fonograma, identificando-se os***

seus legítimos detentores, para a precisa elucidação desta condição e, também, dos fatos.

No caso dos autos, isso não se evidenciou, de maneira que não vislumbro, nada obstante, repita-se, a robustez dos fundamentos lançados pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de modificação do julgado em juízo de retratação, fase esta prevista no artigo 1030, II, do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável à hipótese.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***mantenho o julgado*** no tocante à absolvição do acusado **MARCELO APARECIDO GONÇALVES**, com fulcro no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

Após, devolvam-se os autos ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, **Desembargador FRANCISCO BRUNO**, para os fins do disposto no artigo 1030, V, do Código de Processo Civil.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2126059-33.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente PAULO JOSÉ DA SILVA.

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: "DENEGARAM a ordem de habeas corpus. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 28.557)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 24 de junho de 2022.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Habeas Corpus – Perseguição (stalking), invasão de domicílio circunstanciada e furtos – Crimes cometidos no âmbito da violência doméstica – Circunstâncias do caso concreto que apontam a im-

prescindibilidade e recomendam a manutenção do encarceramento cautelar – Necessidade de proteção da integridade física e psíquica da vítima – Decisão fundamentada na demonstração dos pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva – Condições pessoais desfavoráveis – Revogação – Impossibilidade – Insuficiência das medidas cautelares alternativas – Reconhecimento – Precedentes – Pandemia de Covid-19 que não tem o condão de alterar a imprescindibilidade da medida extrema – Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada – Ordem denegada.

Vistos...

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor do paciente, no qual alega estar sofrendo constrangimento ilegal, supostamente imposto pela digna autoridade apontada como coatora, em razão da conversão de sua prisão em flagrante em preventiva.

Apresenta, para tanto, rol de pertinentes razões, postulando a concessão da ordem para "...reconhecer o direito de aguardar em liberdade o trâmite que envolve a persecução penal em apreço..." (fls. 01/09).

O pedido de liminar foi indeferido (fls.72/75).

Prestadas as informações judiciais (fls. 79/80), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 84/91).

É o relatório.

Inviável a concessão da ordem.

Os autos dão conta de que o paciente foi preso em flagrante e está sendo processado pela suposta infração ao "(1) art. 150, § 1º, c/c art. 61, II, 'f' e 'j', CP; (2) art. 147-A, c/c art. 61, II, 'f' e 'j', CP e; (3) art. 155 c/c art. 61, II, 'f' e 'j', CP", todos em concurso material, pelos fatos assim textualmente narrados na denúncia:

> ***"Consta dos autos de numeração epigrafada que PAULO JOSÉ DA SILVA, qualificado a fls. 07, no dia 04 de junho de 2022, por volta de 23h55, à Rua Frederico Villena, 33, Eldorado, São Paulo/SP, com violência doméstica e familiar contra a mulher:***
>
> ***1) entrou e permaneceu, durante a noite, contra a vontade expressa e tácita, na casa de sua ex-esposa Rosimeire Queiroz Barbosa da Silva, com quem foi casado desde 2019 e de quem já estava separado havia***

Acesso ao Sumário

01 ano;

2) desde aproximadamente um ano antes perseguiu, reiteradamente, sua ex-esposa Rosimeire Queiroz Barbosa da Silva, perturbando sua esfera de privacidade e liberdade, tudo conforme depoimentos prestados;

3) em diversas datas e horários variados também no último ano subtraiu, para si, diversas coisas móveis de sua ex- esposa Rosimeire Queiroz Barbosa da Silva.

Segundo restou apurado, desde o término do relacionamento, um ano antes, PAULO JOSÉ DA SILVA passou a subtrair, para si, diversas coisas móveis, como fogão, geladeira, talheres, eletrodomésticos, armários, caixa d'água, que guarneciam a residência da ex-esposa por conta do vício em crack e, além disso, passou a perseguir, reiteradamente, sua ex-esposa, tendo ido, por diversas vezes, em sua residência e de sua ex-sogra, em variados dias e horários.

Conforme noticiado por Rosimeire Queiroz Barbosa da Silva, PAULO JOSÉ DA SILVA: 'sempre vai de noite ou de madrugada na minha casa, fica me chamando, pedindo para entrar, querendo comer, tomar banho e dormir por lá, quando eu nego, ele diz que vai quebrar tudo, que vai aprontar, que eu vou ver o que ele é capaz de fazer. As vezes, quando ele não me acha em casa, ele vai até a casa da minha mãe (20 minutos de caminhada da minha casa) e fica me esperando, dizendo que quer falar comigo, querendo reatar o relacionamento. Na semana passada, ele foi na minha casa de madrugada e me questionou se eu estava com outra pessoa, me disse que se eu estivesse com alguém me mataria, que não aceita a separação e que se eu não ficar com ele eu não ficarei com mais ninguém, que o juiz pode até dar a separação, mas ele não me dá'".

Anota-se, desde logo, que qualquer discussão acerca do mérito da ação é incabível por meio desta via estreita e limitada, que se afigura inapropriada para a análise de elementos subjetivos e probantes constantes dos autos, para a valoração de testemunhos ou, ainda, para eventual exercício antecipado de possível dosimetria punitiva, e só a partir daí tornar aplicável ou não o princípio da proporcionalidade, estando tal exame exclusivamente reservado para sede do processo, com garantia do contraditório e da ampla defesa, em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, de prejulgamento do mérito e intolerável supressão de instância.

Acesso ao Sumário

Nesta fase de cognição sumária o que importa é o delineamento de conduta típica e que a prova da materialidade delitiva e os indícios de autoria, colhidos durante as investigações policiais, sejam suficientes para a propositura da ação

penal e, por conseguinte, para o embasamento da custódia cautelar.

Pois bem.

O paciente responde por crimes de diferenciada perniciosidade, cometidos no âmbito da violência doméstica, e que atormentam e atemorizam a população, sobretudo a vítima e sua família, abalando a tranquilidade social e pondo em risco à ordem pública, perturbada pelos fatos aqui discutidos.

Não é preciso lembrar, nesse passo, que o restabelecimento da ordem pública e a pacificação social são finalidades precípuas do processo penal, que devem, pois, ser prestigiadas na busca da consecução do bem comum.

De acordo com os autos, as circunstâncias concretas do fato delituoso indicam o grau de periculosidade e de insensibilidade moral da parte suplicante e justificam a prisão cautelar, para o resguardo da ordem pública, aí incluída o anteparo da vítima, e para garantir a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, nos termos autorizados pelo artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal.

A respeitável decisão aqui impugnada se encontra suficientemente fundamentada, ainda que de forma concisa, dela se podendo extrair as razões de convencimento que levaram à conclusão adotada, em face da aparente presença dos requisitos e pressupostos da prisão preventiva, com evidenciação da prova da existência de crimes e indícios suficientes de autoria, ressaltada a gravidade das condutas, o modo e as circunstâncias com que foram perpetradas (fls. 66/69).

Confira-se, por destaque: *"...No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria dos crimes de AMEAÇA (artigo 147 do Código Penal) encontram-se evidenciados pelos elementos de prova já constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante: o conduzido ameaçou a vítima de mal injusto e grave. Segundo relatos da vítima, o averiguado reiteradamente a persegue e ameaça e não foi possível a sua citação em ação de afastamento cível. O fato é mais grave do que o comum..."*.

Ora, inexiste demonstração concreta de que, no momento, a prisão não se faz necessária; ao contrário, há indícios de que a decisão, tomada em primeiro grau, não é ilegal ou arbitrária, estando em consonância com o inciso III, do artigo 313, do Código de Processo Penal, e, especialmente, com os artigos 12-C, § 2º, e 20, *caput*, ambos da Lei nº 11.340/06.

Nesse contexto, em que a prisão do paciente pode ter evitado ou evitar mal maior, não se pode afastar o arremate de que sua liberdade, nesse momento, representa iminente risco para a vítima e sua família, aspecto que, em princípio, reforça a denotação de nível de periculosidade incompatível com a confiança que deve ser depositada na pessoa dos detidos que pretendem a mitigação do *periculum libertatis*, sobretudo se se atentar que há registro de que o suplicante ostenta outros envolvimentos criminais (vide fls. 54/56 e 57/64).

Acesso ao Sumário

Com tal quadro, em que é indicado efetivamente o suporte fático, de caráter extratípico e de singularizado modus operandi, demonstrador da preexistência do perigo de dano, justificada está, de forma objetiva e concreta, a necessidade da segregação cautelar.

Urge repisar, pela contemporaneidade e relevância, que não são poucas as notícias da repetição criminosa em situações desta natureza, nas quais envolve violência doméstica e familiar contra mulher, com resultados mais gravosos e até funestos, que bem poderiam ter sido evitados, acaso não desprezados os primeiros sinais de alerta.

Hipóteses como a dos autos impõem maior acuidade e recomendam o reforço das medidas de prevenção e proteção.

Esta Relatoria, analisando casos análogos, assim já se pronunciou:

"Habeas Corpus – Lesão corporal dolosa – Crime cometido no âmbito da violência doméstica – Circunstâncias do caso concreto que evidenciam a imprescindibilidade e recomendam a manutenção do encarceramento cautelar – Paciente que, após agredir a amásia com socos e pontapés, arrastá-la pelos cabelos em plena via pública, e esta conseguir se desvencilhar, persegue a vítima, na posse de três facas, sendo detido pela polícia militar – Decisão fundamentada na demonstração dos pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva – Revogação – Impossibilidade – Insuficiência das medidas cautelares alternativas – Reconhecimento – Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada – Ordem denegada." (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2059550-62.2018.8.26.0000, DJ 26.04.2018, v.u.)

O entendimento, ora perfilhado, encontra respaldo em precedentes ajustáveis à espécie:

"Habeas Corpus. Ameaça (com violência doméstica e familiar contra a mulher) e contravenção penal do artigo 19, da Lei das Contravenções Penais. Pedido de revogação da custodia cautelar ou aplicação de medida cautelar alternativa à prisão. Hipótese em que existem indícios de que o paciente - ao menos em tese e nos limites em que o fato pode ser examinado até o momento - está envolvido no crime e na contravenção. Requisitos da prisão preventiva presentes. Perigo concreto à vítima. Decisão fundamentada. Ordem denegada" (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2215759-93.2017.8.26.0000, Rel. Des. Pinheiro Franco, DJ 30.11.2017)

"Ameaça e lesão corporal. Violência doméstica (artigos 147 e 129, § 9º, Código Penal). Prisão preventiva. Revogação. Inadmissibilidade. Decisão suficientemente fundamentada. Hipótese em que existem indícios de que o paciente, ao menos em tese e nos limites em que o fato pode ser

Acesso ao Sumário

examinado nesta via, está envolvido nos crimes que lhe foram imputados e de que descumpriu as medidas protetivas impostas. Requisitos da prisão preventiva presentes. Necessidade de manutenção da custódia cautelar, não só para garantia da ordem pública, da instrução criminal, da aplicação da lei penal, mas, também e em especial, para a proteção e segurança da vítima e de sua família. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada" (TJSP, 5ª Câmara de Direito Criminal, HC nº 2009020-25.2016.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, DJ 03.03.2016)

Aliás, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em respeito ao vetor hermenêutico indicado na ADC nº 19 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 28.04.2014), entendeu que se deve emprestar o maior alcance possível à legislação tendente a coibir a violência doméstica e familiar, como forma de evitar retrocessos sociais e institucionais na proteção das vítimas, avanço conquistado de modo árduo, na luta pela superação do sofrimento da mulher, muitas vezes experimentado em silêncio no recôndito do lar, do seio familiar e da alma, agredida exatamente por aquele com quem divide o "teto" e dedica o afeto (1ª Turma, HC nº 137.888/MS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 20.02.2018).

Restou decidido no referido julgamento que o sistema protetivo da Lei nº 11.340/2006 de – nítida índole constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais – evidencia o consciente recrudescimento no trato da questão, de modo a emprestar-lhe concretude efetiva e a retirar da violência de gênero a rubrica – social e institucional – que lhe é totalmente inadequada, mas infelizmente arraigada na cultura brasileira.

A segregação era, como se viu, a única medida eficaz para conjurar o risco representando pela liberdade do acusado, revestindo-se de caráter nitidamente cautelar, sem qualquer vinculação com eventual condenação futura.

Logo, assentada a imperatividade da custódia cautelar, que no caso não se presta à antecipação de eventual cumprimento de pena, prescindível se mostra qualquer digressão a respeito do descabimento de medidas restritivas alternativas à prisão, que se revelaram inadequadas e insuficientes.

Cumpre ressaltar, a propósito, que nem mesmo a alegação possuir residência fixa, ocupação lícita ou, ainda, militar em seu favor o princípio da presunção de inocência, tem o condão de conferir, por si só, ao paciente direito de responder ao processo em liberdade.

Enfim, persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), como aqui verificado, despicienda a existência de condições pessoais favoráveis à suplicante.

Anote-se, à derradeira, que não há afronta ao princípio da não culpabilidade inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois a presunção constitucional não desautoriza as diversas espécies de prisões processuais, que

Acesso ao Sumário

visam a garantir o cumprimento da lei processual, a efetividade da ação penal ou a salvaguarda e segurança da vítima e sua família.

Em outras palavras, qualquer outro posicionamento ou interpretação de prevalência da presunção de inocência seria uma contradição, vez que a própria Constituição Federal estabelece expressamente a prisão em flagrante e a por ordem judicial fundamentada.

Por outro lado, insta redarguir que a eclosão da pandemia de Covid-19, ensejadora da Recomendação CNJ nº 62/2020 desprovida de vertente ordenatória ou vinculativa, frise-se, inaplicável à presente hipótese (artigo 5-A, incluído no referido ato pela Recomendação CNJ nº 78/2020) e que não teve sua vigência prorrogada não tem o condão de alterar o referido quadro fático-processual.

Por conseguinte, e ausentes manifesta nulidade, flagrante ilegalidade, evidente abuso de poder ou, ainda, qualquer defeito teratológico, inarredável reconhecer a inexistência do acenado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2129489-90.2022.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que são impetrantes THIAGO HENRIQUE BRAZ MENDES e PAMELA EDUARDA MARTINELI DIAS e Paciente RUBENS CARLOS RINALDINI, é impetrado JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, observando-se o cumprimento das condições acima impostas. Expeça-se alvará de soltura em favor do Paciente que deverá comparecer em juízo no prazo de até 5 (cinco) dias contados do efetivo cumprimento do alvará de soltura para ser lavrado o termo de compromisso, devendo o juízo providenciar para que a vítima seja cientificada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.767)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE SAMPAIO (Presidente) E FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 8 de julho de 2022.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Violência Doméstica – Prisão Preventiva decretada – Liberdade provisória

Acesso ao Sumário

– Cabimento Ordem concedida.

VOTO

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado por Thiago Henrique Braz Mendes, em favor de **Rubens Carlos Rinaldini**, alegando estar sofrendo ilegal constrangimento por parte do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba.

Em breve síntese, o impetrante sustenta que não estão presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, decretada sem fundamentação idônea.

Alega, ainda, que o Paciente é pastor evangélico, primário, possuidor de residência fixa e também atua comercialmente na compra e venda de veículos.

Requereu a concessão da liminar para revogar a prisão preventiva do Paciente, confirmando-se a decisão no julgamento do mérito.

A liminar foi indeferida (fls. 79/82), as informações foram prestadas (fls. 85/86) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 116/120).

É o relatório.

Consta dos autos que entre os dias 02 e 06 de novembro de 2021, o Paciente teria perseguido reiteradamente sua ex-companheira, ameaçando-a em sua integridade psicológica e perturbando sua esfera de privacidade, dizendo que "não deixaria nada" com ela, que "queimaria a casa, o carro e tudo que temos".

Em razão disso, a vítima procurou a autoridade policial noticiando o fato e requereu medida protetiva de urgência em seu favor, sendo as mesmas deferidas.

Pois bem.

A decisão que decretou a prisão preventiva do Paciente está adequadamente fundamentada, conforme já salientado na decisão de fls. 79/82).

Contudo, tem-se aqui que o mandado de prisão foi cumprido no dia 17/05/2022 (fls. 89/90 dos autos de origem) e a audiência está designada para ocorrer em 1º/08/2022.

Ainda que não se trate de réu primário, deve ser levado em consideração que no presente caso, em eventual condenação do Paciente, a pena a ele aplicada, se ultrapasse, não seria em muito o mínimo legal em razão das circunstâncias do fato, de modo que se mostra desproporcional mantê-lo custodiado à espera da audiência de instrução já designada.

Ademais, o tempo em que permaneceu preso certamente serviu para ele refletir sobre seus atos, de modo que nova reiteração de conduta ilícita o fará retornar às amarguras do cárcere.

Acesso ao Sumário

Assim, concedo a liberdade provisória, mediante compromisso de participar de todos os atos processuais sejam eles presenciais ou por videoconferência, recolher-se em casa durante o período noturno e finais de semana, não frequentar bares e estabelecimentos da mesma natureza, além das medidas protetivas que porventura estiverem vigentes, sob pena de revogação do benefício.

Ante o exposto, concede-se a ordem, observando-se o cumprimento das condições acima impostas.

Expeça-se alvará de soltura em favor do Paciente que deverá comparecer em juízo no prazo de até 5 (cinco) dias contados do efetivo cumprimento do alvará de soltura para ser lavrado o termo de compromisso, devendo o juízo providenciar para que a vítima seja cientificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2151029-97.2022.8.26.0000, da Comarca de Várzea Paulista, em que é paciente WILDE NERY PEREIRA DOS SANTOS, Impetrantes VLADIMIR POLÍZIO JUNIOR e EDESÔNIA CRISTINA TEIXEIRA POLIZIO.

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 27.849)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 11 de agosto de 2022.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*. Corrupção passiva. Alegação de falta de justa causa para a persecução penal, por ausência de indícios de autoria e provas de materialidade delitiva. Pleito objetivando a suspensão liminar do feito originário até o julgamento final do presente "writ" e, no mérito, seja reconhecida a falta de justa causa para prosseguimento da ação penal. Inviabilidade. Embora o paciente tenha apresentado perícia particular que afirma não se tratar de sua voz nas interceptações realizadas, há outros elementos de provas que justificam o prosseguimento da ação pe-

nal. Presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Ressalta-se, ainda, que o juízo "a quo" ainda irá avaliar as alegações suscitadas pela defesa no decorrer da instrução processual, com lastro nas provas que serão produzidas, o que torna inviável, neste momento processual, qualquer análise por este E. Tribunal, sobretudo pela presente via, que não admite dilação probatória. Ademais, o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, somente cabível quando o ajuizamento do feito se mostrar manifestamente indevido, o que não se verifica no caso concreto. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WILDE NERY PEREIRA DOS SANTOS, contra ato da MM. Juíza de Direito, Dra. Érica Midori Sanada, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Várzea Paulista, sob a alegação de o paciente sofrer constrangimento ilegal, consistente no prosseguimento da ação penal sem justa causa.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a ilegalidade da decisão coatora, pois, inexiste justa causa para prosseguimento da ação penal, uma vez que restou comprovado através de perícia particular de voz que WILDE não seria o interlocutor dos diálogos interceptados pelo *parquet*.

Postulam, destarte, o deferimento de medida liminar para que seja suspenso o processo n° 0000271-18.2022.8.26.0655, até o julgamento do presente *writ*, e no mérito, seja reconhecida a falta de justa causa para prosseguimento da ação penal.

A liminar foi indeferida (fls. 3996/3999).

A autoridade impetrada prestou as informações (fls. 4001/4125) e, em seu parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 4129/4137).

É o relatório.

Devidamente processado o presente *writ*, a ordem deve ser denegada.

Exsurge dos autos do processo nº 1004877-09.2021.8.26.0655 (fls. 02/207) que o Ministério Público de Campinas (GAECO), por meio das investigações realizadas nos autos do no PIC nº 94.0538.0000101/2021-0, apurou que agentes de segurança pública estariam envolvidos nos crimes de organização criminosa e tráfico de drogas na região do município de Várzea Paulista.

Por meio das Operações Macuco (agosto de 2020) e Rebote (abril de 2021), foi apurada a atuação do Primeiro Comando da Capital na região de

Acesso ao Sumário

Campinas, o que resultou em dezenas de prisões dos integrantes da organização criminosa.

Entretanto, durante a Operação Rebote, verificou-se intensa movimentação do crime organizado no município de Várzea Paulista, domicílio de alguns integrantes do PCC que foram presos, razão pela qual foi instaurado o referido PIC para dar continuação na apuração do crime organizado na região.

Assim, determinou-se a interceptação de terminais telefônicos utilizados por criminosos no município de Várzea Paulista, sendo possível extrair do conteúdo das conversas interceptadas o envolvimento WILDE NERY PEREIRA DOS SANTOS, agente de segurança pública, o qual receberia vantagens indevidas para permitir suposta atuação de traficantes na mencionada região.

A defesa do paciente apresentou perícia particular (fls. 3618/3630 dos autos do processo n° 0000271-18.2022.8.26.0655) demonstrando não se tratar da voz de WILDE, aquela captada na interceptação telefônica apresentada pelo *parquet*.

Por intermédio de decisão proferida em 10.06.2022 (fls. 3964/3967 dos autos do processo n° 0000271-18.2022.8.26.0655), a autoridade coatora indeferiu o pedido da defesa, o qual pleiteou a extinção do feito em relação ao paciente, salientando que a mencionada perícia não é requisito para a validação das interceptações telefônicas. Ademais, a autoridade coatora deferiu o pedido do Ministério Público para que a defesa de WILDE entregasse todo o arquivo da perícia de voz a fim de permitir o contraditório.

Diante do panorama evidenciado nos autos, não visualizo circunstâncias aptas a justificar o trancamento do processo n° 0000271-18.2022.8.26.0655, uma vez que as imputações contra WILDE não são apenas baseadas nas interceptações telefônicas, mas, igualmente, em outros elementos de prova, tais como fotografias, cruzamento de informações com escalas de trabalho e análise da área de cobertura de ERB´s. Ademais, o Ministério Público juntou parecer apresentando contradições no laudo de voz juntado pela defesa.

Vale ressaltar que o juízo *a quo* ainda irá avaliar tais alegações no decorrer da instrução processual, com lastro nas provas que serão produzidas, o que torna inviável, neste momento processual, qualquer análise por este E. Tribunal, sobretudo pela via do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

Intangível, portanto, diante dos elementos fáticos e jurídicos coligidos no presente *writ*, o trancamento da ação penal de origem.

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.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem do presente *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2146793-05.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente R. B. P. e Impetrante A. C. DE P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.942)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 15 de agosto de 2022.

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Ementa: *Habeas corpus*. Estelionato. Organização criminosa. Prisão preventiva. Tratando-se de investigação de estrutura criminosa que se noticia especialmente lesiva ao patrimônio de um número mais vasto de vítimas, desde fatos de natureza mais preocupante e sofisticada, impõe-se a manutenção da prisão preventiva bem decretada na origem, malgrado também frisada, quanto ao futuro julgamento do mérito dessas notícias, a devida assistência da cláusula constitucional de presunção de inocência.

VOTO

Vistos.

Trata-se de impetração de *habeas corpus*, com reclamo de liminar, em favor do paciente R. B. P., ao argumento de que estaria sofrendo coação ilegal do MM. Juízo da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital que, nos autos do processo criminal em epígrafe, estaria mantendo o paciente cautelarmente preso sem a devida fundamentação.

Narra o impetrante que o paciente teve decretada contra si a prisão preventiva sem a devida representação por parte do órgão ministerial, que não teria indicado os nomes das pessoas a serem presas e que a MM juíza de primeiro

Acesso ao Sumário

grau teria decretado a prisão preventiva de ofício, suprindo ilegalmente a lacuna. Alega que o paciente foi denunciado pelo delito de estelionato, não havendo razão para o prolongamento de sua prisão preventiva, eis que ausentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Diante disso, os impetrantes reclamam a concessão da liminar para que seja determinada a expedição de alvará de soltura em seu favor, confirmando-se, no mérito, o deferimento da liberdade provisória.

Indeferida a liminar (fls. 13-14), foram prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 17-19), tendo a Procuradoria Geral de Justiça opinado pela denegação da ordem (fls. 23-31).

É o relatório.

Denega-se a ordem, malgrado o respeito que se reserva às preocupações do impetrante.

Inicialmente, não prospera a alegação de que a prisão preventiva do paciente teria sido decretada de ofício pela magistrada de primeiro grau. Constas dos autos de nº 1508862-61.2022.8.26.0050 (fls. 439-443) exposição detalhada dos motivos pelos quais entende o órgão ministerial pela "prisão preventiva dos investigados listados na representação para garantia da ordem pública". Ora, a mera circunstância de não estarem listados os nomes dos investigados na referida peça não constituir qualquer irregularidade ou omissão, vez que feita a devida remissão à representação policial na qual constam todos os envolvidos nessa investigação de crimes diversos, em especial furtos e estelionatos.

No mais, o paciente teve a prisão preventiva decretada e posteriormente foi denunciado pela prática de crime previsto no artigo 2º da Lei 12.850/2013 porque, segundo a acusação, entre novembro de 2021 e janeiro de 2022, na cidade de São Paulo, teria ele, com outros nove acusados supostamente constituído e integrado organização criminosa especializada no denominado *"Golpe da troca do Cartão"*, em tese praticando furtos qualificados mediante fraude e estelionatos, consistente na abordagem de clientes em caixas eletrônicos e troca de cartões para realização de transações em máquinas de cartão de crédito/débito. Consta da peça acusatória (fls. 344-357 dos autos nº 1503469-58.2022.8.26.0050) que o paciente R. foi apontado no relatório COAF da corré *S. S. A.*, titular da conta corrente nº (...), agência (...), no período de 02.10.2021 a 19.12.2021, com movimentação de R$ 155.891,00. Consta também que R. teria sido um dos beneficiários dos recursos subtraídos das vítimas e também tem histórico de estelionatos. Ainda de acordo com a denúncia, R. titulariza a conta corrente (...), agência (...), do Banco Itaú, pela qual teriam transitado grandes somas de dinheiro, da ordem de milhões de reais, sempre em depósitos fracionados, em períodos relativamente curtos, em total incompatibilidade com sua renda declarada. Por fim, consta que "durante o cumprimento do Mandado

Acesso ao Sumário

de Busca e Apreensão, em seu domicílio teria sido localizada uma pistola de calibre 9mm, produto de roubo, ensejando a lavratura de prisão em flagrante (1517773-62.2022.8.26.0050).

Ora, em tempos como esses em que vivemos, em que o comércio e os meios bancários de pagamento por via eletrônica agigantam-se até por conta das restrições sanitárias que o planeta atravessa, evidentemente as fraudes como aquelas aqui investigadas passam a ser muito mais lesivas e contagiosas à coletividade em geral, prejudicando um universo muito mais amplo de pessoas. Todos nós, pois, passamos a sofrer diuturnamente as agruras desses verdadeiros predadores cibernéticos do patrimônio alheio, a cada dia mais inventivos em causar prejuízos e danos a economias pessoais de vítimas às vezes muito simples, muitas vezes sem que elas próprias o possam perceber senão dias ou tempos depois. Daí, portanto, a estrita necessidade de cautelas específicas em casos dessa ordem que, segundo consta, teriam ocasionado sérias lesões patrimoniais a serem ainda devidamente investigadas.

No caso, observa-se que a magistrada de primeiro grau fundamentou, acertadamente, a decretação da prisão preventiva do paciente e dos demais investigados, fazendo-o estritamente para garantia da ordem pública, assim como dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, salientando-se que novamente, após o recebimento da denúncia, houve reapreciação do pedido de revogação das prisões preventivas que restaram mantidas. Até porque a materialidade dos crimes é, no momento, ainda crível à luz das informações até aqui apresentadas e, obviamente sem prejuízo da presunção constitucional de inocência quanto ao julgamento do mérito dessas notícias, o que evidentemente se preserva por completo, a suposta autoria por ora também aponta para o paciente e corréus.

Neste contexto, a tese de manutenção das prisões provisórias, sem prejuízo da presunção constitucional de inocência que se preserva absolutamente incólume, é a alternativa mais viável à garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

Ora, trata-se, portanto, de imputações em princípio robustas, baseadas em elementos de prova também em princípio válidos e substanciais, indicando-se que o paciente estaria, em tese, supostamente dedicado à prática de crimes de estelionatos de realização complexa e sofisticada, desde uma estrutura criminosa mais ampla e preocupante, contra vítimas idosas e movimentação de valores verdadeiramente impressionantes de dinheiro. Com fulcro nesses elementos de convicção, pese sinteticamente, tem-se que o Juízo de origem afinal bem fundou a manutenção da custódia cautelar do paciente. Necessário guardar-se o julgador, nesse instante, para, no momento processual mais adequado, formular reflexões mais aprofundadas sobre o mérito mais íntimo dessas provas que sequer se produziram em ambiente processual. Daí, inclusive, a singeleza de suas assertivas que, de todo modo, não se mostram de modo algum impróprias ou

Acesso ao Sumário

infundadas aos fatos daquela investigação.

Realmente, o exame atento dos termos da denúncia aponta que o paciente, sempre em tese, estaria associado com outros indivíduos que teriam praticado sucessivos golpes contra idosos, praticando furtos em suas contas bancárias mediante fraudes envolvendo cartões magnéticos e movimentando grandes somas de dinheiro. Claro que se cuida de informações a serem ainda confirmadas, ou eventualmente negadas, mas certamente em investigação processual penal, sob o crivo do contraditório, mas, de todo modo, certamente tais notícias são, no momento, ainda bastante preocupantes e justificam, certamente, os cuidados do Juízo de origem que, com base nelas, decretou a prisão preventiva ora em foco.

Aliás, com bem salientado por JULIO F. MIRABETE que: *"(...) evidentemente, não é necessário que o despacho seja longo, como se o juiz fundamentasse uma decisão condenatória, sendo suficiente que aponte os fatos em que funda a decisão, expondo a conveniência da custódia (...)" (Código de Processo Penal Interpretado*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 704).

Com efeito, eventuais circunstâncias favoráveis do paciente poderão eventualmente até influenciar a dosimetria da pena, mas não têm preponderância neste momento, já que, havendo preenchimento dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não deverão obstar a manutenção da prisão preventiva.

Aliás, registre-se não ser possível, nessa etapa ainda vestibular da investigação, e notadamente por uma ação de *habeas corpus*, antecipar desde logo qual seria, na hipótese de vir a ser afinal batida a presunção de inocência, a pena mais adequada à prevenção e à repreensão de fatos cuja magnitude mais precisa não tem como ser desde logo afirmada. Não se há de esquecer que a vida antecedente é apenas um dos fatores de apuração da pena, ao lado também da danosidade da conduta que, concretamente, ainda há de ser explorada sob a devida instrução processual.

Ante o exposto, **denega-se a ordem.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2181943-47.2022.8.26.0000, da Comarca de Itaí, em que são impetrantes FÁBIO ABDO PERONI e ANA CLAUDIA RODRIGUES DA SILVA e Paciente MATHEUS WILLIAN RODRIGUES.

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 de *habeas corpus*. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.803)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente) e MARCELO GORDO.

São Paulo, 22 de agosto de 2022.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Roubo simples, com simulação de emprego de arma – Insurgência contra a manutenção da custódia cautelar – Alegações de ausência dos requisitos da prisão preventiva e presença de condições pessoais favoráveis à liberdade provisória – Inadmissibilidade – Decretação da prisão preventiva, máxime para garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade in concreto do crime, reveladora da periculosidade do agente – Irrelevantes primariedade e bons antecedentes - Descabimento, por inadequação, de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, mormente em face da norma inscrita no artigo 282, inciso II, do mesmo Código. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos Advogados Fábio Abdo Peroni e Ana Cláudia Rodrigues da Silva, com pedido de liminar, em prol de **Matheus Willian Rodrigues**, preso em caráter preventivo por conversão pelo suposto cometimento do crime previsto no artigo 157, caput, do Código Penal, contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itaí, sob a alegação de constrangimento ilegal, mercê da falta de justa causa para manutenção da custódia cautelar, seja porque estão ausentes os requisitos da prisão preventiva, seja porque o paciente ostenta atributos pessoais favoráveis à liberdade provisória.

Por isso, requerem a concessão da ordem para outorgar liberdade provisória ao paciente.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária apontada como coatora, a i. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem.

Não há oposição a julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, conquanto cognoscível, é de ser denegada.

O conhecimento da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer coação ilegal em face da mantença da custódia cautelar, a despeito da ausência de justa causa, a afetar, em tese, sua liberdade de ir e vir, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648 do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que, no dia 16 de julho de 2022, por volta das 06:12 horas, na Via Capitão Cesário, nº 134, "Padaria Parischi", Centro da cidade de Itaí, o paciente, mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma de fogo e perpetrada contra a vítima Camila Nunes Cardoso Vieira, subtraiu, para si, a quantia em dinheiro de cerca de R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Consta, ainda, que a vítima se encontrava no caixa do referido estabelecimento comercial quando surgiu um rapaz com camisa vermelha amarrada no rosto e anunciou o roubo, levando uma quantia em dinheiro e tomando rumo ignorado.

Posteriormente, em 19 de julho de 2022, na sede da Delegacia de Polícia de Itaí, em local onde se encontravam diversas pessoas, a vítima reconheceu o paciente como a pessoa que praticou o assalto ao estabelecimento comercial (fls. 10/13).

Pode-se afirmar que o *fumus commissi delicti* afigura-se presente, pois emergem dos autos prova da materialidade e indícios suficientes da autoria atribuída ao paciente da prática do gravíssimo crime contra o patrimônio.

De outro vértice, também o *periculum in mora* ou *periculum libertatis* se mostra presente.

Com efeito, o douto Magistrado *a quo* houve por bem decretar a prisão preventiva do paciente, máxime para a garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade *in concreto* do delito, que, aliás, está evidenciada pela conduta do agente consistente em praticar o crime no interior de estabelecimento comercial situado no centro da cidade, onde geralmente circulam muitas pessoas, sem que isso tenha servido para intimidá-lo, denotando a sua periculosidade, de modo que a r. decisão objurgada apresenta motivação adequada, em perfeita consonância com os ditames do artigo 312 do Código de Processo Penal e a norma-princípio insculpida no artigo 93, inciso IX, da Carta Constitucional de 1988, não havendo lugar na espécie, portanto, por inadequação, para nenhuma das medidas cautelares pessoais elencadas no artigo 319 do Código antedito, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 12.403/2011.

Convém anotar que a demonstração da necessidade do decreto de prisão preventiva, como ocorreu no caso em apreço, torna, obviamente, prejudicada a

Acesso ao Sumário

análise sobre a aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Importa considerar, ainda, que a conservação do paciente no cárcere, até mesmo para acautelar o meio social, não constitui qualquer afronta à ordem constitucional, máxime em se considerando que com o postulado constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) coexistem perfeitamente a prisão em flagrante e a prisão ordenada pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF), que são igualmente contempladas pela mesma Carta Constitucional de 1988.

É bom enfatizar, nesse passo, que a *"admissão e aceitação constitucional da prisão cautelar tem por fundamento a imprescindibilidade que tal providência representa. Essa reconhecida necessidade social é que acaba por explicar a convivência harmoniosa entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência"*, consoante o pertinente escólio do Prof. Fábio Ramazzini Bechara.[1]

Assim, malgrado a gravidade em abstrato do crime, por si só, não seja suficiente para embasar a manutenção da prisão, é certo que a gravidade concreta do delito patrimonial, na espécie, evidenciada pelas circunstâncias em que foi perpetrado, basta para justificar a segregação cautelar para o resguardo da ordem pública, tornando-se irrelevantes até mesmo primariedade e bons antecedentes do agente, atributos que devem ser esperados de todo e qualquer cidadão.[2]

Oportuno ressaltar, por fim, que se mostra impertinente o exercício de futurologia em torno da aplicação da pena privativa de liberdade, em caso de eventual condenação, pois somente no ato sentencial, onde haverá de ser empreendida a necessária análise, diante de todos os elementos colhidos no curso da instrução criminal, é que o juiz determinará a quantidade e qualidade das reprimendas.

Destarte, não se detectando o constrangimento ilegal com que acenam os ilustres impetrantes, exsurge inarredável a denegação do remédio heroico.

3. Pelo exposto, denega-se a ordem de *habeas corpus*.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2105213-92.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é

1 Fábio Ramazzini Bechara, Prisão Cautelar, Malheiros, 2005, p. 161.

2 TJSP – 3ª C. – j. 25.5.92 – v.u., Rel. Des. Carlos Bueno – "in" RT 689/338. No mesmo sentido: TJSP – 5ª C. – j. 17.6.92 – Rel. Des. Celso Limongi, "in" RT 687/278.

Acesso ao Sumário

impetrante U. DO B. T. LTDA, é impetrado J. DO D. DE I. P. DO F. C. DA C. DE S. P..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ratificada a liminar, concederam a segurança para permitir o acesso da impetrante aos autos da CPI e aos elementos de prova já documentados e não relacionados a diligências em andamento, incluindo o teor integral dos requerimentos de quebra dos sigilos bancário e fiscal (números 196 e 197) e das respectivas motivações, bem como, por consequência, sustar os efeitos da aprovação dos referidos requerimentos, até a decisão final em primeira instância, com a expedição dos ofícios demandados à fl. 25 (item 4.1). Acaso já efetivada a quebra dos sigilos, determina-se o acautelamento dos dados obtidos, nos termos do mesmo item 4.1 (fl. 25). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.672)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e PAULO ROSSI.

São Paulo, 5 de julho de 2022.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Mandado de segurança – CPI dos Aplicativos – Câmara Municipal de São Paulo – determinação de quebra de sigilos fiscal e bancário de empresa de transporte por aplicativo no curso da apuração - acesso aos autos da investigação parlamentar negado pelo Presidente da CPI – indeferida liminar em mandado de segurança impetrado em primeira instância – violação a direito líquido e certo da empresa averiguada de avaliar a fundamentação da decisão da CPI – acesso do defensor a elementos de prova já documentados não pode ser limitado – Súmula Vinculante 14 – efetivação das medidas ordenadas pela CPI sem prévia conferência de sua legalidade – presença de fumaça do bom direito e de perigo da demora – precedentes do STF - liminar já deferida na presente impetração ratificada para permitir o acesso da firma aos elementos já documentados nos autos da CPI e não relacionados a diligências em andamento – decisão final em primeira instância poderá confirmar ou revogar os efeitos da segurança.

Acesso ao Sumário

VOTO

Os advogados Pierpaolo Cruz Bottini, Igor Sant'Anna Tamasauskas, Luísa Weichert e Otávio Ribeiro Lima Mazieiro impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, em favor de U. DO B. T. LTDA., apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito do DIPO 4, Seção 4.1.1., que, por decisão de 11 de maio de 2022, negou à empresa, investigada na chamada "CPI dos Aplicativos", instaurada na Câmara Municipal de São Paulo, acesso aos autos do procedimento.

Alegam, em essência, que violado direito líquido e certo da empresa de avaliar a fundamentação de determinação de quebra dos sigilos fiscal e bancário da firma, autorizada no curso da investigação.

A liminar foi deferida para permitir o acesso da impetrante aos autos da CPI e aos elementos de prova já documentados e não relacionados a diligências em andamento, incluindo o teor integral dos requerimentos de quebra dos sigilos bancário e fiscal (números 196 e 197) e das respectivas motivações, bem como, por consequência, sustar os efeitos da aprovação dos referidos requerimentos, com a expedição dos ofícios demandados à fl. 25 (item 4.1) (fl. 279).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 286/288).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pela concessão da segurança.

É o relatório.

Pelos motivos elencados na decisão que deferiu a liminar pleiteada neste "writ", e também nos termos do parecer da Procuradoria, a segurança deve ser concedida.

Consta dos autos que a empresa impetrante figura como uma das investigadas na chamada "CPI dos Aplicativos", instaurada na Câmara Municipal de São Paulo, sob a presidência do vereador Adilson Amadeu. O propósito da apuração seria verificar a eventual prática dos delitos dos arts. 1º da Lei nº 8.137/90, 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, e 1º da Lei nº 4.729/65 pelas denominadas Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas (OTTC).

No curso do procedimento, foi autorizada a quebra dos sigilos fiscal e bancário da firma.

Solicitado por três vezes acesso dos procuradores da U. aos autos da CPI para analisar "a pertinência e legalidade das medidas aprovadas" (fl. 03), os pleitos foram negados, sob pretexto de que se tratava de peças sigilosas.

Diante disso, com o intuito de sustar os efeitos dos aprovados requerimentos de quebra dos sigilos bancário e fiscal da empresa (números 196 e 197) e de possibilitar o acesso da firma aos autos da CPI, impetrado mandado de segurança contra o presidente da comissão de investigação.

Por decisão de 11 de maio de 2022, a Juíza do DIPO 4, Seção 4.1.1, inde-

Acesso ao Sumário

feriu a liminar (fls. 85/88).

Daí o presente writ.

Como referido no relatório, em essência, o que a impetrante almeja é o acesso aos autos da CPI para que seja possível avaliar a fundamentação que levou à aprovação dos requerimentos que determinaram a quebra dos sigilos bancários e fiscal da empresa. Como não permitido tal acesso, busca a suspensão dos efeitos das medidas aprovadas.

Verifica-se do ato impetrado que a Magistrada, basicamente, afastou a pretensão porque a CPI teria competência para ordenar as quebras - o que não é contestado - e porque a negativa de acesso estaria amparada no art. 7º, § 11, da Lei 8.096/94 (Estatuto da OAB).

Dispõe o citado dispositivo que "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".

No entanto, a vedação não se amolda à pretensão da impetrante. Ela não busca acesso a elementos de prova relacionados a diligências ainda em andamento e não documentadas, mas justamente o contrário, isto é, busca acesso ao que já está nos autos da CPI, em especial o teor da decisão que permitiu a quebra do sigilo de dados da firma.

E tal pleito não lhe pode ser negado, como estatui, com todas as letras, a Súmula Vinculante 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Por conseguinte, cabe à autoridade coatora indicar o que ainda não está disponível para conferência, por corresponder a elementos de prova com diligência em curso e não documentada, mas caracterizou violação a direito líquido e certo a negativa de acesso integral aos autos da CPI.

Acesso ao Sumário

É fato que cabe à comissão de investigação decretar a quebra do sigilo de dados, entretanto tal deve ser feito e maneira fundamentada, do mesmo modo que se exigiria de decisão judicial análoga, nos termos da compreensão do STF trazida à colação na inicial:

> "Esta Corte, em julgamentos relativos a mandados de segurança contra a quebra de sigilo bancário e fiscal determinada por comissão de inquérito parlamentar (assim, entre outros, nos MMSS, 23.454, 23.851, 23.868 e 23.964), já firmou o entendimento de que tais comissões têm competência para isso desde que essa quebra tenha fundamentação adequada, que não só há de ser contemporânea ao ato que a ordena, mas também que se baseie em fatos idôneos, para que não seja ela utilizada como instrumento de devassa indiscriminada sem que situações

concretas contra alguém das quais possa resultar suspeitas fundadas de suposto envolvimento em atos irregulares praticados na gestão da entidade em causa." (MS 23.843, rel. min. Moreira Alves, julgamento em 10-10-2001, DJ de 1º-8-2003).

E ainda:

"COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL - NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. - A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa - quando ausente a hipótese configuradora de causa provável - revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado - não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos. A FUNDAMENTAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO HÁ DE SER CONTEMPORÂNEA À PRÓPRIA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA QUE A DECRETA. - A exigência de motivação - que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que ordena a quebra de sigilo - qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental. precedentes" (MS 23851, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2001, DJ 21-06-2002 PP-00098 EMENT VOL-02074-02 PP-00308).

Nesse quadro, teratológica a decisão da Juíza, ao pontuar que "considerando a ausência de acesso da impetrante ao respectivo feito, não há que se considerar como descumpridos os requisitos necessários à autorização das medidas excepcionais" (fl. 88). Ora, justamente por ter sido negado o acesso da

Acesso ao Sumário

impetrante aos autos da CPI, impossível ponderar se adequadamente motivada a determinação de quebra do sigilo de dados, absolutamente desconhecido o teor da decisão. Em outras palavras, se aceito o entendimento da Magistrada, jamais seria possível a avaliação judicial da adequação da medida, pois ignorado seu conteúdo, inviabilizando seu questionamento. O desconhecimento dos termos de um ato porque não permitido o acesso a ele não lhe confere validade. A licitude da decisão não pode ser deduzida.

Em suma, a pretensão da impetrante de concessão de liminar em primeira instância se encontra sustentada em bom direito, como revelam a Súmula Vinculante 14 e os precedentes do STF reproduzidos acima, decorrendo o perigo da demora da própria efetivação das quebras deferidas, sem conferência prévia de sua legalidade.

Logo, de rigor que seja permitido o acesso da impetrante aos autos da CPI e aos documentos de prova já documentados e não relacionados a diligências em andamento, incluindo, em especial, o teor integral dos requerimentos de quebra dos sigilos bancário e fiscal (números 196 e 197) e das respectivas motivações. Nos termos dos precedentes do STF citados no parecer da Procuradoria (STF, AI 439613 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento de 24/06/2003 e Publicação de 17/10/2003; STF, AI 832877 AgR, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, Julgamento de 13/09/2011 e Publicação de 28/09/2011), os efeitos da concessão da segurança serão mantidos até a decisão final do Juízo de origem nos autos do writ impetrado naquela instância, quando deverá ocorrer a sua confirmação ou revogação.

Frente ao exposto, ratificada a liminar, concede-se a segurança para permitir o acesso da impetrante aos autos da CPI e aos elementos de prova já documentados e não relacionados a diligências em andamento, incluindo o teor integral dos requerimentos de quebra dos sigilos bancário e fiscal (números 196 e 197) e das respectivas motivações, bem como, por consequência, sustar os efeitos da aprovação dos referidos requerimentos, até a decisão final em primeira instância, com a expedição dos ofícios demandados à fl. 25 (item 4.1). Acaso já efetivada a quebra dos sigilos, determina-se o acautelamento dos dados obtidos, nos termos do mesmo item 4.1 (fl. 25).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2137079-21.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante FLAVIO DE JESUS, é impetrado MMº JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE CRIMES TRIBUTÁRIOS, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LA-

VAGEM DE BENS E VALORES DA CAPITAL - SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.699)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES e MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Restituição de veículo apreendido. Indeferimento pelo Juízo a quo. Defesa pretende a restituição do bem. Impossibilidade. Decisão de primeiro grau já transitou em julgado. Não é o caso de conceder a segurança, conforme previsto no art. 5º, III, da Lei 12.016/09. Ademais, a decisão de primeiro grau não se encontra eivada de ilegalidade e tampouco viola direito líquido e certo do impetrante. Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela Douta Defesa FLÁVIO DE JESUS, em face da r. decisão, publicada em 18/04/2022, na qual o MM. Juízo da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital manteve a determinação de que o *veículo I/Chevrolet Camaro 2SS*, chassi nº 2G1F91EJXB9168754, placa EQF7D71, ano 2011/2011, cor amarela, permanecesse apreendido com as restrições legais determinadas nos autos da ação cautelar nº 1510033-87.2021.8.26.0050 (fls. 80 e 97).

Relata a inicial, em apertada síntese, que FLÁVIO é proprietário do automóvel já especificado, o qual restou apreendido nos autos do processo nº 1501711-78.2021.8.26.0050. O impetrante afirma que apresentou, em primeiro grau, cópia da primeira proposta da apólice do seguro, em nome de seu amigo, justificando os motivos pelos quais o fazia. Posteriormente, apresentou apólice de seguro em seu nome e colacionou cópia do comprovante de pagamento das primeiras parcelas. No entanto, mesmo assim, o MM. Magistrado *a quo* manteve a apreensão do bem.

O impetrante sustenta não haver qualquer razão ou justa causa para a manutenção do veículo apreendido, pois *"mantém todos os impostos em relação ao*

Acesso ao Sumário

veículo em dia, todos os tributos recolhidos, não há multas, infrações ou débitos em relação ao veículo".

Assim, pretende, inclusive em sede liminar, a restituição do automóvel já especificado, autorizando-se a *"retirada imediata do bem, devendo o impetrante ficar sob posse de seu veículo como fiel depositário, sendo que este manterá em dia as parcelas da apólice de seguro, bem como ficará impedido de alienar o bem até a sentença do processo principal"*. (fls. 01/13).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 121/124) e o MM. Juízo *a quo* prestou informações (fls. 127/129).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, e, se conhecida, pela denegação da segurança postulada (fls. 135/140), vindo os autos conclusos em 20/07/2022.

É o relatório, passo a decidir.

Inicialmente, observo que o Mandado de Segurança tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXIX, e presta-se à proteção de *"direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"*.

No caso em apreço, verifica-se que o impetrante se insurge contra decisão judicial já transitada em julgado (fls. 97 e 117), motivo pelo qual não merece prosperar o pleito defensivo, em face da expressa vedação contida no artigo 5º, inciso III, da Lei 12.016/09:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...) III - de decisão judicial transitada em julgado.

Todavia, mesmo que assim não o fosse, seria o caso de denegar a segurança.

Conforme os documentos colacionados ao presente Mandado de Segurança, verifica-se que o impetrante pleiteou, em primeiro grau, a restituição do veículo, apresentando documentos comprobatórios de que era o legítimo proprietário do bem.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, em 11/01/2022, o MM. Juízo *a quo* deferiu parcialmente o pedido, para determinar a entrega do veículo a FLÁVIO DE JESUS mediante: (a) comprovação, com apresentação de apólice, de que o bem apreendido se encontra acobertado por seguro regular e atual para o caso de eventual sinistro; (b) lavratura de termo de depósito e apresentação, ficando o depositário impedido de alienar o bem (fls. 31/32).

Entretanto, mesmo após determinação judicial, o ora peticionário não ofereceu as informações requisitadas pelo Juízo, para que explicasse *"a razão pela qual apresentou duas propostas de seguro distintas, com vigência para o*

mesmo período, explicando ainda, por meio de documentos, qual a relação de ambos os segurados com o requerente" (fls. 61 e 80).

Assim, diante da inércia de FLÁVIO, o MM. Magistrado de primeiro grau revogou a sua decisão anterior, determinando que o automóvel permanecesse apreendido com as restrições legais determinadas nos autos da ação cautelar nº 1510033-87.2021.8.26.0050 (fl. 80).

Após, a Defesa pleiteou a reconsideração do *decisum* (fls. 84/86).

No entanto, o pedido foi indeferido pelo ilustre Juízo *a quo* que acolheu a manifestação ministerial e a adotou como razão de decidir (fl. 97).

Consta, na mencionada manifestação do Ministério Público, que as informações prestadas por FLÁVIO *"são desconexas e geram dúvida quanto à boa-fé do requerente, uma vez que a conduta de solicitar a outrem que contrate um seguro de veículo, como se proprietário fosse, é ato subsumível, em tese, ao crime de falsidade ideológica"* (fl. 94).

A decisão judicial foi publicada em 18/04/2022 (fl. 99).

Em 09/05/2022, o MM. Magistrado de primeiro grau determinou que se certificasse a preclusão temporal da decisão de fls. 76 (juntada ao presente Mandado de Segurança em fl. 97) ante o decurso do prazo sem a interposição de recurso de apelação. Ainda, determinou o arquivamento do incidente de restituição de coisas apreendidas, com ciência ao Ministério Público (fl. 117).

Em consulta aos autos de origem, verifica-se que as determinações judiciais foram cumpridas (fls. 97/102) e, conforme informações prestadas pela autoridade coatora, o processo foi arquivado.

Diante deste cenário, não se pode afirmar que a decisão de primeiro grau se encontra eivada de ilegalidade ou viola direito líquido e certo do impetrante.

Ao contrário, o MM. Magistrado *a quo* fundamentou o *decisum*, concedeu prazo para que a Defesa apresentasse as informações e documentos requeridos pelo Juízo e, ante a inércia defensiva, determinou o arquivamento do processo.

Portanto, não se vislumbra qualquer ilegalidade passível de correção pela via eleita.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a segurança**, mantendo-se, *in totum*, a r. decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito

Acesso ao Sumário

nº 1500564-70.2019.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é recorrente GILMAR LEONEL PACHECO, é recorrido 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 em sentido estrito interposto por GILMAR LEONEL PACHECO. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.876)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE E LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 7 de julho de 2022.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: JÚRI. Homicídio qualificado Despronúncia e afastamento da qualificadora Impossibilidade Provas bastantes para a prolação da sentença de pronúncia. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por **GILMAR LEONEL PACHECO**, em face da r. decisão de fls. 237/243, que o pronunciou por infração ao artigo 121, § 2º, inciso II, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

A Defesa, em suas razões de recurso (fls. 254/260), busca sua despronúncia, apontando para ausência de animus necandi. Subsidiariamente, pede o afastamento da qualificadora do motivo fútil.

O Ministério Público ofereceu suas contrarrazões. Mantida a decisão recorrida (fls. 275), manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 292/296).

É o relato do necessário.

Consta da inicial acusatória que, no dia 17 de novembro de 2018, GILMAR LEONEL PACHECO tentou matar, por motivo fútil, a vítima Marcio Bosco Leite, somente não consumando o crime por circunstâncias alheias a sua vontade.

Presentes os pressupostos para a pronúncia, deve prevalecer a r. sentença combatida, para que o recorrente seja julgado perante o Egrégio Tribunal do Júri.

Acesso ao Sumário

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 04/05), pelos laudos periciais (fls. 17/18 e 34/35), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 55/56); pelo laudo pericial de objeto (fls. 71/74), pela fotografia (fl. 76), bem como pelas demais provas produzidas em juízo.

A vítima, Marcio Bosco Leite, narrou que, na ocasião dos fatos, estava vindo do bar e sentou-se do outro lado da rua em frente à sua casa, trazendo nas mãos garrafas de pinga. Nesse momento, o réu se aproximou e sentou-se ao lado de sua mulher, momento em que, brincando, chamou-o de "talarico". Em seguida, o acusado não gostou e 'atiçou' o cachorro que conduzia contra ele, que estava com a perna machucada, e em seguida começou a chutá- lo. Disse que na sequência GILMAR pegou um facão, motivo pelo qual pegou um bambu para se defender, porém foi atacado com o facão e não conseguiu se defender. Foi atingido no braço, cortando o tendão, o que o impossibilitou de trabalhar. Ressaltou que, mesmo após ter sido atingido no braço, o acusado intentava desferir outros golpes na região de sua cabeça e de seu pescoço, só não conseguindo atingi-lo porque se defendeu com o bambu e porque Nelson e "Barrinha" o seguraram e tomaram o facão de GILMAR. Asseverou ainda que os golpes desferidos pelo acusado atingiram por cerca de três vezes o bambu que utilizava para se defender, e ainda uma vez seu braço. Nesse instante, tirou a camiseta que vestia, enrolou no braço e foi levado para o hospital. Disse que se não fosse o bambu, certamente teria sido morto. Não tinha nenhuma inimizade com o acusado, contudo, ele sempre "puxava o facão" para todo mundo, além de tratar-se de pessoa que faz uso de drogas e bebidas alcoólicas.

A testemunha Nelson Romualdo Junior relatou que que estava em sua casa, quando o réu começou a brigar com a vítima Márcio, momento em que interveio, dizendo para que não fizesse aquilo. Provavelmente a briga começou em razão de GILMAR ter "dado em cima" da companheira de Márcio e, quando este foi falar, GILMAR não gostou e foi tirar satisfações com a vítima. Viu o momento em que GILMAR desferiu os golpes de facão em Márcio, acertando inicialmente seu braço, e cortando-o profundamente. Disse que, junto com ele, estava também Alisson, que tentou tirar o facão de GILMAR. Ouviu o réu dizendo que iria matar a vítima Márcio, enquanto desferia vários golpes. Ressaltou que tanto ele quanto outros que estavam no local tiveram que segurar o acusado e mandá-lo parar, tendo ele ao final saído correndo com o facão. Sabe que o acusado, quando bebe, fica muito agressivo, assim como ele já ameaçou muita gente com o facão.

A testemunha Alisson Jonas Da Silva relatou que estava em sua casa com sua mulher e filhos, quando presenciou a briga entre o réu e a vítima, GILMAR com um facão e Marcio com um pedaço de pau. Disse que quando se aproximou do local da briga a vítima já estava com o braço cortado, oportunidade em que tentou separá-los e, em seguida acionou o socorro, pois Márcio já estava com

Acesso ao Sumário

bastante sangramento. Em certo momento, o réu armou para desferir um golpe de facão contra o pescoço da vítima, tendo o empurrado e evitado que acertasse o ofendido. Afirma que o acusado se evadiu com o facão ao final da briga.

A testemunha Fabiana Gomes disse que, na data dos fatos, estava sentada em frente à sua residência, quando GILMAR, já alterado em razão da ingestão de bebida alcoólica, foi conversar com ela. Márcio também estava no local, do outro lado da via. Em dado momento, GILMAR começou a fazer piadinhas para Márcio e, em seguida, foi até ele, segurando-o pelo braço, momento em que a vítima pediu para que parasse. GILMAR ainda desferiu um chute na perna de Márcio e, em seguida, foi para casa. Márcio entrou na sua residência e pegou uma vara, e se dirigiu até a esquina, onde morava GILMAR. Nesse instante, iniciou-se uma discussão, momento em que GILMAR desferiu um golpe com o facão contra Márcio, atingindo a vara que trazia consigo, bem como o seu braço. Disse ainda que GILMAR atiçava o cachorro para morder Márcio.

Cláudio Eduardo Marques Sanches, policial militar, relatou que foi acionado para comparecer ao local dos fatos, onde a vítima já estava com um corte no antebraço direito. Em conversa com Márcio, este esclareceu que estava em frente à sua residência, quando GILMAR o golpeou com um facão e se evadiu do local, na posse do instrumento. A ambulância foi acionada, e a vítima conduzida ao hospital e, posteriormente, para a cidade de Marília.

Interrogado em Juízo, GILMAR relatou que conversava com Fabiana, que já havia sido namorada de Márcio, quando este chegou ao local e começou a chamá-lo de Talarico. Iniciou-se uma discussão. Deixou o local sob diversos xingamentos proferidos por Márcio. Em tom de brincadeira com seu cachorro, falava para ele "Pega Tiquin", contudo, o cachorro não chegou a morder Márcio, apenas chegou perto, quando então Márcio deu um "safanão" no cachorro, tendo o derrubado. Chamou a atenção da vítima e entrou em sua residência. Márcio se apoderou de um bambu e desferiu um golpe em seu cachorro, que entrou chorando para dentro de casa. Assim, tomou um facão que estava no pé da árvore e disse à vítima para sair do local com o bambu, pois senão acertaria o objeto e acabaria o machucando. Márcio ainda insistia que ele queria "pegar sua mulher" e, em seguida, avançou sobre ele com o bambu. Desferiu um golpe no bambu, mas não tinha a intenção de feri-lo ou matá-lo. Esclareceu ainda que eram amigos de infância e que, inclusive, bebiam juntos. Disse ainda que Márcio nutria bastante ciúmes de Fabiana, e por coisas simples, comportava-se de maneira

Com efeito, cumpre ponderar que a etapa procedimental do *judicium accusationis* não comporta aprofundada valoração de elementos colidentes de prova, de modo que não há como retirar dos jurados tal missão.

Outrossim, não se demonstrou, estreme de dúvida, que o recorrente não

Acesso ao Sumário

agiu com *"animus necandi",* de modo que não há que se falar, neste ensejo, em despronúncia.

No mais, a qualificadora também devem ser mantida, porquanto a exclusão somente pode ser feita em casos excepcionalíssimos, quando, de forma incontroversa, mostrar-se absolutamente improcedente, sem qualquer apoio nos autos, o que, efetivamente, não ocorreu no caso concreto.

Não se nota, inicialmente, qualquer incompatibilidade com o

reconhecimento da qualificadora decorrente do motivo do crime fútil havendo notícia de que os fatos ocorreram em razão de entrevero causado pelo fato de a vítima tê-lo chamado de "*Talarico*".

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. ELEMENTOS EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 155 E 414 DO CPP. NÃO VERIFICADA. QUALIFICADORA. MEIO CRUEL. NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO. ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "As jurisprudências pacíficas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não admitem a tese de que o juízo de pronúncia deve ser subsidiado por um juízo razoavelmente próximo da certeza. Desde que a tese acusatória se ampare em indícios suficientes de autoria e materialidade, eventuais contradições e incertezas nas provas angariadas devem ser dirimidas no Plenário do Tribunal do Júri, pelo seu Conselho de Sentença, único juízo constitucionalmente competente para sopesar se deve prevalecer a narrativa da Acusação ou a narrativa da Defesa" (AgRg no AREsp 1.675.836/PR, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/11/2020, DJe 19/11/2020).

2. No presente caso, a pronúncia está fundamentada em elementos extrajudicial (confissão dos réus) e judicial (depoimento policial que colheu a declaração dos recorrentes na delegacia). Assim, não se vislumbra violação aos arts. 155 e 414 do CPP.

3. Nos termos da orientação desta Casa, as qualificadoras do crime de homicídio apenas podem ser excluídas quando totalmente destituídas de fundamento nos autos, o que não se verifica na espécie, tendo em vista que as instâncias de origem destacaram que "a vítima foi atingida por 31 lesões compatíveis com ação de arma branca".

4. Ademais, a alteração do entendimento das instâncias de origem, a fim de concluir que a qualificadora seria manifestamente improcedente, demandaria análise fático- probatória, providência vedada pela Súmula

Acesso ao Sumário

n. 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.630.765/DF, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

Em assim sendo, nada se altera na r. sentença de pronúncia.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso em sentido estrito interposto por **GILMAR LEONEL PACHECO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1506785-71.2020.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é recorrente M. P. DO E. DE S. P., é recorrido J. A. DE A..

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 59.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BUENO DE CAMARGO (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 17 de agosto de 2022.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ABANDONO MATERIAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público contra a r. decisão de fls. 146/153, que rejeitou a denúncia em relação ao crime previsto no art. 244, *caput*, do Código Penal, sob o fundamento da inexistência do crime, por atipicidade, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Entendeu o magistrado que não restou comprovado que a subsistência da vítima foi efetivamente comprometida pela ausência de amparo material do denunciado e tampouco resultou evidenciado o motivo que ensejou a falta de assistência, entendendo que os fatos constituem mero ilícito civil, sendo, por-

tanto, atípico.

Inconformado, o representante do Ministério Público requer a retratação da decisão impugnada e o recebimento da denúncia, argumentando que o bem jurídico tutelado pela norma em questão (art. 244, do CP) visa manter a obrigação de prestação de assistência entre familiares, cuja proteção é garantida pelo Estado, conforme determina o art. 226, caput, da Constituição Federal (fls. 157/169).

Apresentadas as contrarrazões pela Defensoria Pública (fls. 209/215) e mantida a decisão recorrida (fl. 180), a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 186/193 e 219/228).

É o Relatório.

Trata-se de julgamento virtual.

Consta da denúncia que no ano de 2009, A. P. P., genitora da vítima, ajuizou ação de investigação de paternidade na qual J. A. de A. foi judicialmente reconhecido como pai de J. I. P. A.. No bojo dessa ação, resultou fixado o pagamento de um salário mínimo a título de pensão alimentícia.

Ocorre que, desde o reconhecimento da paternidade e a fixação judicial dos alimentos, o recorrido não adimpliu o acordado.

Diante do inadimplemento, no mês de julho de 2014, a vítima, representada por sua genitora, moveu uma Ação de Execução de Alimentos contra o recorrido, cobrando as parcelas do débito alimentar, referente ao período dos meses de maio/junho/julho de 2014 e diante do não pagamento até o presente momento, o Ministério Público ofereceu denúncia, dando-o como incurso no artigo 244, *caput*, do Código Penal.

Com efeito, o douto magistrado *a quo* rejeitou a ação penal com base na inexistência do crime, sustentando que os fatos constituíram mero ilícito civil, ficando reconhecida a atipicidade.

De fato, com todo respeito aos argumentos expendidos pelo Ministério Público, a solução dada pelo juízo *a quo* foi acertada e deve assim prevalecer.

O crime de abandono material apenas se pune na forma dolosa, devendo o agente do delito atuar com a finalidade de abandonar o sujeito passivo. Em verdade, o inadimplemento da pensão alimentícia não tipifica o delito do art. 244 do Código Penal, o qual exige a demonstração dos elementos objetivos e do ânimo deliberado de abandono, o que não se vislumbrou na inicial acusatória.

Com efeito, o Direito Penal, por ser regido pelo princípio da fragmentariedade, tutela apenas uma parte das condutas ocorridas no mundo fático. Somente as condutas humanas que sejam mais reprováveis e as que geram maior repulsa social devem ser criminalizadas. Há muitas situações que outros ramos do Direito podem ser utilizados para sancionar as condutas menos lesivas aos bens juridicamente tutelados.

Acesso ao Sumário

Sendo assim, o Direito Penal é a *ultima ratio* e, por conseguinte, algumas condutas não podem ser tuteladas com repreensões de maior gravidade. Há punições em outros ramos do Direito que podem sancionar as condutas contrárias aos anseios sociais, não necessitando de uma intervenção penal.

Em relação ao caso em testilha, embora o acusado deva até o momento do oferecimento da ação penal o valor de R$ 65.915,80 (fls. 98/99), tal saldo devedor já está sendo apurado na esfera cível, mais especificamente na Vara de Família e Sucessões de Taubaté nos autos nº 1007464-41.2014.8.26.0625, onde os meios necessários já foram tomados, tendo sido determinada, inclusive, a penhora dos veículos GM/Meriva Joy e Fiat/Uno Mille do recorrido (fl. 100).

Destarte, foi correta a rejeição da denúncia oferecida pelo ora recorrente, uma vez que não se vislumbra justa causa para a instauração da ação penal, em razão da atipicidade da conduta do recorrente.

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

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2064103-16.2022.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é peticionário WILSON DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.741)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente), GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, POÇAS LEITÃO, WILLIAN CAMPOS, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, GUILHERME DE SOUZA NUCCI e CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 1º de agosto de 2022.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. Calúnia e difamação. Pleito de absolvição por insuficiência probatória. Não cabimento. Requerente que imputou falsamente ao ofendido fato definido como crime, bem como fato ofensivo à reputação por meio de matéria jornalística veiculada pela internet. Decisão contrária à evidência

Acesso ao Sumário

dos autos. Inocorrência. Condenação em plena consonância com o conjunto probatório. Pena e regime prisional bem fixados. Ação revisional julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de pedido de revisão criminal formulado por WILSON DE OLIVEIRA, condenado no processo n. 1000778-98.2018.8.26.0073, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Avaré, por sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Christiene Avelar Barros Cobra Lopes, à pena de 01 ano e 05 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 32 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, devido a prática dos delitos previstos no artigo 138, artigo 139, c.c. artigo 141, inciso III, na forma do artigo 70, *caput*, primeira parte, todos do Código Penal (fls. 590/597 autos originais).

Interposta apelação pela Defesa, a Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal negou provimento ao recurso defensivo, subsistindo, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau (fls. 699/707 autos originais).

Rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 853/858 autos originais), foi interposto Recurso Especial, o qual não foi admitido (fls. 898/900 autos originais).

Transitada em julgado a decisão condenatória para o requerente em 04.03.2022 (fls. 71/76), ingressa ele agora com pedido de revisão criminal, pugnando pela sua absolvição, sob o fundamento de atipicidade da conduta e insuficiência probatória (fls. 01/29).

A douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer da lavra do Dr. Paulo do Amaral Souza, opinando pelo não conhecimento e, de forma subsidiária, pelo indeferimento da revisão criminal (fls. 107/114).

É o relatório.

No ordenamento jurídico brasileiro, com base no imperativo da segurança jurídica, a desconstituição da coisa julgada representa exceção. Deste modo, a revisão de sentença criminal somente é admitida nas hipóteses expressamente estabelecidas em lei, porquanto, do contrário, seriam eternos os debates acerca das condenações judiciais.

Assim estabelece o Código de Processo Penal:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição

Acesso ao Sumário

especial da pena.

A previsão de rol taxativo visa impedir a utilização do pedido revisional como meio de discussão de teses não levantadas oportunamente, supletivo de apelação não interposta, ou reapreciação do caso em terceiro grau.

Sobre o assunto, este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 621, I, DO CPP. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. DÚVIDA QUE NÃO PERMITE O JUÍZO RESCISÓRIO. NECESSIDADE DE QUE A CONTRARIEDADE ENTRE A CONDENAÇÃO E AS PROVAS DOS AUTOS SEJA PATENTE. DESPROVIMENTO. **1. Na esteira da jurisprudência do STJ, a revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois nada mais é que a desconstituição da coisa julgada em face da prevalência, na seara penal, do princípio da verdade real sobre a verdade formal. 2. O acolhimento da pretensão revisional deve ser excepcional, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, estreme de dúvidas, dispensando, pois, a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas.** 3. O Tribunal a quo, reexaminando o conjunto fático-probatório, acolheu o pedido revisional com fulcro na suposta insuficiência da prova da autoria, o que fere o sistema processual penal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1295387 MS 2011/0289371-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 11/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/11/2014)

Com efeito, a presente revisão criminal vem assentada, de forma exclusiva, no reexame dos fatos, cujos argumentos já foram apreciados por este Egrégio Tribunal, inexistindo, ademais, acréscimo de prova nova. Entretanto, em homenagem à regra constitucional da ampla defesa, o pedido revisional será conhecido.

A pretensão absolutória não comporta acolhida, haja vista que a autoria e a materialidade restaram amplamente demonstradas por meio do conjunto probatório.

O requerente foi condenado porque, em 23 de fevereiro de 2018, na cidade de Avaré, por meio do jornal eletrônico "Ogunhê", imputou falsamente a Joselyr Benedito Costa Silvestre fato definido como crime, bem como, no mesmo contexto, imputou-lhe fato ofensivo à reputação.

A materialidade delitiva ficou comprovada pela cópia da matéria jornalística publicada (fls. 13/14 autos originais), pela certidão de distribuições criminais (fls. 15/16 autos originais), bem como pela prova oral produzida.

A autoria, da mesma forma, é inconteste.

A despeito da argumentação defensiva, a confissão parcial do requerente

Acesso ao Sumário

(mídia digital autos originais), associada às palavras da testemunha Rafael e aos documentos acostados aos autos, torna certa sua responsabilidade pelo delito apurado nestes autos.

Restou demonstrado que o requerente, na qualidade de editor do jornal eletrônico "Ogunhê", publicou matéria *"Jô Silvestre pode estar próximo de perder os direitos políticos"*. Na publicação, indicou o acusado que *"Ação Penal como essa não é novidade na vida política de Jô Silvestre que já foi condenado por falsidade ideológica e má fé num passado recente e teve o benefício de substituir a pena por multa. A possível condenação, com reincidência específica pelo 'Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais' tem pena prevista de reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa. Caso Jô Silvestre venha ser condenado, novamente, supostamente poderá dividir cela com o próprio pai (atualmente cumprindo pena em prisão domiciliar) e por um fim desastroso à carreira política da família Silvestre"*.

Contudo, as afirmações feitas pelo acusado são inverídicas, porquanto, apesar de ter sido processado pelo crime de falsidade ideológica, o ofendido não foi condenado por referido delito. Ademais, ao afirmar que *"ação penal como essa não é novidade na vida política de Jô Silvestre"*, o réu imputou fato ofensivo à reputação da vítima.

Evidente, portanto, que a ofensa à honra da vítima foi realizada pelo requerente, por meio da internet, alcançando inúmeras pessoas, imputando falsamente ao ofendido fato definido como crime, bem como fato ofensivo à sua reputação.

Cumpre consignar que a alegação defensiva de que o acusado é jornalista - e não advogado - não afasta a caracterização dos delitos, porquanto o desconhecimento da lei é inescusável, a teor do que dispõe o artigo 21, *caput*, primeira parte, do Código Penal.

Ademais, é certo que a conduta do réu ultrapassou os limites da liberdade de expressão, imputando falsamente ao ofendido fato definido como crime, bem como fato ofensivo à reputação, evidenciando o dolo de sua ação.

Constata-se, portanto, que as provas amealhadas aos autos não deixam dúvidas sobre a responsabilidade do requerente pela prática dos crimes de calúnia e difamação.

Ademais, a despeito da alegação de atipicidade da conduta, não foi observada a presença de qualquer circunstância apta a afastar a tipicidade dos delitos.

Em suma, impossível acolher o pedido revisional, pois não se vislumbra nos autos qualquer hipótese autorizadora, conforme acima explanado.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo improcedente a revisão criminal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2057053-36.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.701)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, RUY COPPOLA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 14.128/2022, do Município de São José do Rio Preto. Apontada violação aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Legislação impugnada que dispõe sobre a instalação de painéis solares para produção de energia fotovoltaica em prédio destinado a repartições e serviços públicos municipais. Vício formal de iniciativa. Lei de iniciativa parlamentar que usurpou atribuição do Chefe do Poder Executivo, violando o princípio de separação e harmonia entre os poderes. Criação de despesas sem indicação de recursos. Inconstitucionalidade da lei impugnada. Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO em face do PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, impugnando a Lei Municipal nº 14.128, de 25 de fevereiro de 2022, de iniciativa parlamentar, que *"dispõe sobre a instalação de painéis solares para produção de energia fotovoltaica em prédios públicos destinados a repartições e serviços públicos municipais e dá outras providências"* (textual – fl. 13).

Nas razões (fls. 01/10), assevera em resumo que o diploma, de iniciativa do Poder Legislativo, afronta os artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Isto porque: a) cria obrigações para a Administração, invadindo a esfera de gestão administrativa privativa do Poder Executivo, tanto que envolve o planejamento técnico e orçamentário-financeiro da Administração, bem como a execução de atos de governo; b) vulnera o princípio da separação de poderes e a reserva de iniciativa do Poder Executivo, ao qual toca a iniciativa legiferante da matéria em questão; c) a referida lei *"impõe indevido aumento de custos ao Município, considerando que a proposta abrigaria, de imediato, a revisão de projetos já prontos, bem como a readequação de novos projetos, além da adequação das edificações de imóveis próprios e alugados pelo Município"* (textual – fl. 05); d) cria despesa não prevista e sem estimativa do impacto orçamentário e financeiro, ladeando o art. 113 do ADCT.

A liminar foi deferida pela r. decisão de fls. 34/35.

O Sr. Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Preto prestou informações (fls. 45/54), defendendo a observância do devido processo legislativo e a constitucionalidade da norma, argumentando inexistir ofensa à sistemática orçamentária, à separação dos poderes ou à reserva de administração. Assevera, nesse sentido, que é descabida a alegação de mácula à sistemática orçamentária decorrente dos artigos 47, XVI e 174, I, II e III da Constituição do Estado de São Paulo, considerando, sobretudo, que os referidos dispositivos tratam da "tríade orçamentária" – Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual –, cuja iniciativa é, neste caso, reservada ao alcaide. Destaca, ainda, *"a necessidade de afastar as alegações de contrariedade aos artigos da Lei Orgânica e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Tais normas são, sabidamente, parâmetro de controle de legalidade e, nessa qualidade, não comportam discussão na seara do controle objetivo de constitucionalidade estadual, que tem como único parâmetro válido as normas da Constituição do Estado de São Paulo"* (textual – fl. 48). Requer, assim, seja julgada improcedente a ação, com revogação da cautelar.

A D. Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 81).

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 88/97, defendeu

Acesso ao Sumário

a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º e dos artigos 2º, 3º e 4º, todos da Lei nº 14.128, de 25 de fevereiro de 2022, do Município de São José do Rio Preto. Opinou, assim, pela procedência parcial da ação. Este, em síntese, o relatório.

II. Entende-se procedente – por inteiro – a presente direta de inconstitucionalidade.

A presente ação pretende discutir a constitucionalidade da Lei Municipal nº 14.128, de 25 de fevereiro de 2022, do Município de São José do Rio Preto e de iniciativa parlamentar, que *"dispõe sobre a instalação de painéis solares para produção de energia fotovoltaica em prédios públicos destinados a repartições e serviços públicos municipais e dá outras providências"* (textual – fl. 13).

Reproduz-se o teor integral da lei impugnada:

"Art. 1º A construção de imóveis públicos destinados a repartições e serviços públicos municipais deverá contemplar a instalação de painéis solares para produção de energia fotovoltaica, visando garantir autossuficiência energética.

Parágrafo único. A norma se aplica aos procedimentos licitatórios para reformas de imóveis públicos destinados a repartições e serviços municipais, desde que os valores das obras sejam superiores aos limites de dispensa de licitação.

Art. 2º Nas edificações públicas em que a demanda de energia for superior à possibilidade de geração do sistema de energia solar, será admitido o dimensionamento máximo possível considerando as superfícies disponíveis no imóvel.

§ 1º Os sistemas de energia solar deverão ser dimensionados para atender no mínimo 50% (cinquenta por cento) do consumo de energia anual projetado, a depender do perfil de consumo e das características técnicas da edificação.

§ 2º Comprovada a inviabilidade técnica para a ***implementação do sistema solar em seu percentual mínimo, conforme dispõe o § 1º, será permitida a adesão da edificação ao sistema de compensação de energia elétrica de maneira remota, conforme regulamentação da ANEEL.***

§ 3º O enquadramento nas situações previstas nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser comprovado mediante estudo técnico/laudo comprobatório elaborado por profissional habilitado, que demonstre o atendimento às exigências legais.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no que entender cabível.

Art. 4º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Acesso ao Sumário

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, não estendendo aos projetos já aprovados pelos órgãos competentes." (fls. 13/14)

Segundo a inicial, o diploma afronta os artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Aludidos dispositivos são do seguinte teor:

"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 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; (...)"

"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."

Aduz o requerente que o diploma impugnado cria obrigações para a Administração, invadindo a esfera de gestão administrativa privativa do Poder Executivo, sobretudo ao impor indevido aumento de custos ao Município, criando despesa não prevista e sem estimativa do impacto orçamentário e financeiro. Aponta, ainda, que a Lei Municipal nº 14.128/2022 vulnera o princípio da separação de poderes e a reserva de iniciativa do Poder Executivo, ao qual toca a iniciativa legiferante sobre a matéria em questão.

Assiste-lhe razão, conclusão que se adota com inteira abstração dos objetivos (em princípio justificáveis) colimados pelo legislador na espécie. Ao determinar a instalação de sistemas de energia solar em prédios públicos, a norma atacada configura interferência na gestão administrativa, em manifesto vício de iniciativa. Em ofensa ao princípio da separação dos poderes, trata-se de invasão às atribuições exclusivas do Chefe do Poder Executivo de dispor sobre o manejo de bens públicos.

Não bastasse, o diploma em questão cria despesas públicas sem indicar os recursos para a sua execução. A consecução das medidas previstas pela lei em questão demandará a alocação de servidores municipais, além da aquisição de materiais e equipamentos para a instalação e manutenção dos painéis de energia solar, o que certamente implicará no aumento de despesas. Nesse cenário, era

Acesso ao Sumário

de rigor a indicação da fonte de custeio das medidas impostas pela indigitada legislação (cfr, a respeito, STF, ADIs. 6.102; 5.816).

E a D. Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 88/97, aponta que os dispositivos da lei impugnada configuram *"indevida afronta ao princípio da separação dos poderes, pois, consentem ao Poder Executivo as hipóteses em que serão admitidas ou não a instalação dos painéis solares para a produção de energia fotovoltaica, bem como a quantidade mínima a ser atendida com o sistema de energia solar e a maneira de comprová-la, o que significa estabelecer, em última análise, o modo pelo qual a Administração Pública cumprirá a determinação legal, tolhendo sua competência exclusiva para a prática de atos ordinários de administração ou gestão. Conquanto seja consentido ao Poder Legislação o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, como acima sustentado, não lhe é autorizado indicar o 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."* (textual – fls. 94/95).

Houve concreta intromissão na esfera de atuação do Chefe do Poder Executivo por parte da Câmara Municipal de São José do Rio Preto, sobretudo pelo fato de a medida imposta ensejar planejamento, direção, organização e execução, configurando típico ato de governo. Projetos de lei que tratam a respeito de programas de governo consistem em matéria inserida na denominada reserva de administração, manifestação própria do princípio da separação e harmonia de poderes. Em referência ao tema, leciona HELY LOPES MEIRELLES: ***"A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no prefeito. Eis aí a distinção marcante entre a missão normativa da Câmara e a função executiva do prefeito; o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato; o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração. (...) A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória à separação institucional de suas***

Acesso ao Sumário

funções (CF, art. 2º). Por idêntica razão constitucional, a Câmara não pode delegar funções ao prefeito, nem receber delegações do Executivo. Suas atribuições são incomunicáveis, estanques, intransferíveis (CF, art. 2º). Assim como não cabe à Edilidade praticar atos do Executivo, não cabe a este substituí-la nas atividades que lhe são próprias. 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. (...) 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" (Hely Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, 12ª. ed., São Paulo: Malheiros, p. 576).

Da jurisprudência deste Órgão Especial, colhe-se, a propósito de casos assemelhados:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.430, de 11 de agosto de 2020, do Município de Ilhabela, de iniciativa parlamentar, determinando a instalação de painéis solares para produção de energia fotovoltaica em todos os prédios públicos do Município, no prazo de cinco anos – Este Egrégio Tribunal de Justiça, pelo c. Órgão Especial, julgando a ADIN 2092921-85.2016.8.26.0000, ajuizada pelo Município de Ilhabela em face do Presidente da Câmara Municipal de Ilhabela, em acórdão em que foi Relator o eminente Desembargador Moacir Peres, por votação unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da Lei nº 1.102/15, do Município de Ilhabela, que dispõe sobre a instalação de sistemas de energia solar para iluminação nos prédios públicos – A lei ora impugnada, que trata de energia fotovoltaica (espécie de energia solar), semelhante àquela decidida por este Órgão Especial, padece de vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da separação dos poderes Vulneração à reserva da Administração – Desrespeito à competência normativa, consoante disposto nos artigos 5º; 24, parágrafo 2º, item 2, 47, incisos II, XIV e XIX, 'a', e 144 da Constituição Estadual – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da mencionada norma." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2254094-79.2020.8.26.0000; Rel. o Des. Ademir Benedito; Órgão Especial; j. 02.02.2022)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.102/15 do Município de Ilhabela – Legislação que dispõe sobre a instalação de sistemas de energia solar para iluminação nos prédios públicos – Desrespeito aos artigos 5º, 25 e 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da sepa-

Acesso ao Sumário

ração dos poderes – Ademais, a lei criou despesas públicas, sem indicar os recursos para a sua execução – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2092921-85.2016.8.26.0000; Rel. o Des. Moacir Peres; Órgão Especial; j. 05.10.2016)

Deste último julgado, destaca-se o seguinte trecho: ***"... a lei vergastada, em evidente vício de iniciativa, interferiu na gestão administrativa ao determinar a instalação de sistemas de energia solar nos prédios públicos para geração de iluminação quando da construção, ampliação ou reforma dos imóveis. Dispondo sobre o manejo de bens públicos, invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Ademais, a lei em comento criou despesas públicas sem indicar os recursos para a sua execução. É certo que a execução das atividades impostas pela lei impugnada exigirá a alocação de servidores municipais, bem como de materiais e equipamentos para a instalação dos painéis de energia solar, o que, obviamente, implica aumento de gastos. Portanto, era imperativa a indicação da fonte de custeio"***.

Bem por isso – isto é, por envolver tema que diz respeito à administração e ao manejo de prédios públicos, que integram os instrumentos dos quais se vale a Administração para consecução de sua finalidade – é que nem mesmo – com a vênia devida ao Ilustre preopinante – pode subsistir o "caput" do artigo 1º da lei questionada.

Assim, verificada a incompatibilidade com os artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo, **acolhe-se o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 14.128, de 25 de fevereiro de 2022, de São José do Rio Preto, por vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos poderes, além de não se fazer acompanhar de estimativa de impacto orçamentário e financeiro.**

III. Pelo exposto, julga-se procedente a presente ação, nos termos explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2290088-37.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PENÁPOLIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PENÁPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC' E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.497)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, RUY COPPOLA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 484, de 03 de julho de 1995, do Município de Penápolis – Lei que "fixa a remuneração das chefias constantes da tabela 2 do anexo I da Lei nº 111/91, alterada pela Lei nº 462/95, quando não forem ocupados por servidores do quadro" – Bases de remuneração diversas aos cargos comissionados de livre provimento a depender de ser portador de diploma universitário ou ser servidor público aposentado – Vencimentos diferenciados fixados de forma desproporcional e dissociados da exigência do serviço e do interesse público, sem qualquer causa jurídica que a autorize – Violação dos princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Artigos 111, 128 e 144 da Constituição do Estado – Inconstitucionalidade que se declara da Lei nº 484, de 03 de julho de 1995, do Município de Penápolis – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, aplicando-se os efeitos "ex tunc", observada a irrepetibilidade de valores porventura auferidos.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **Sr. Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo** em face da Lei nº 484, de 03 de julho de 1995, do Município de Penápolis , que fixa remunerações distintas aos cargos comissionados de livre provimento a depender de ser o beneficiário portador de diploma universitário ou ser servidor público aposentado.

Acesso ao Sumário

Sustenta ser a norma incompatível com as disposições fixadas pelos artigos 111, 128 e 144, da Constituição do Estado, por não haver aderência entre o nível de formação e as atribuições do cargo e por ser mais benéfica aos servidores públicos aposentados, com cômputo da remuneração antiga do seu emprego público, acrescido da gratificação de chefia, violando os princípios do interesse público, da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e finalidade (fls. 1/09, com documentos de fls. 10/76).

O pedido de liminar resultou indeferido (fls. 78/79).

O **Sr. Prefeito do Município de Penápolis** defendeu a constitucionalidade da norma (fls. 92/94).

Citada, a **Procuradoria Geral do Estado** deixou de se manifestar (certidão de fls. 98).

A **Câmara Municipal de Penápolis, por seu Presidente**, também deixou de se manifestar no feito (certidão de fls. 101).

Regularmente processada a presente ação, manifestou-se a douta **Procuradoria Geral de Justiça**, em parecer constante de fls. 105/111, pela procedência do pedido e consequente declaração de inconstitucionalidade da lei questionada.

É o relatório.

Essa a legislação questionada (fls. 13):

> LEI Nº 484, de 03 de julho de 1995.
>
> Fixa a remuneração das chefias constantes da tabela 2 do anexo I da Lei nº 111/91, alterada pela Lei nº 462/95, quando não forem ocupados por servidores do quadro.
>
> Art. 1º – A remuneração das chefias constantes da tabela 2 do anexo I da Lei nº 111, de 10 de dezembro de 1991, alterada pela Lei nº 462, de 26 de abril de 1995, será paga na seguinte forma:
>
> I – Para os que não detenham título universitário, a remuneração será a relativa à ref. 07-grau 14;
>
> II – Para os que detenham título universitário, a remuneração será aquela relativa à referência da grade salarial da Prefeitura Municipal acrescida da respectiva gratificação da chefia;
>
> III – O servidor municipal aposentado que vier a ocupar função de chefia nos moldes desta Lei, a sua remuneração será aquela do emprego público, que ocupava na ativa, acrescido da gratificação da chefia, excetuando-se as vantagens pessoais.
>
> Art. 2º – As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de dotação própria, consignada no orçamento, suplementadas se necessário.
>
> Art. 3º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de junho de 1995, revogadas as disposições em contrário.

A Lei nº 484, de 03 de julho de 1995, do Município de Penápolis, se apresenta incompatível com a Constituição do Estado de São Paulo diante previsão junto aos artigos 111, 128 e 144:

Acesso ao Sumário

Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Art. 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

Art. 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.

Pelo comando constitucional, a remuneração diferenciada e superior para os cargos comissionados de chefia, mediante a distinção entre aqueles que possuem diploma universitário e aqueles que são servidores públicos aposentados, viola os princípios elencados, condição que o artigo 111 da Constituição Paulista reproduz da Constituição da República em seu artigo 37, *"caput"*, pois estabelece remunerações superiores àqueles beneficiários enquadrados na lei sem qualquer causa jurídica, simplesmente por conveniência dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária.

Os cargos comissionados, além de não exigirem comprovação de qualquer qualificação, por serem de livre provimento e por não cuidarem de atividades técnicas, profissionais e ordinárias, não possuem qualquer aderência com o nível de formação, não se justificando, portanto, remuneração diferenciada para os portadores de diploma de nível universitário.

Além disso, referida lei concede vantagem pecuniária quando os cargos são providos por servidores públicos aposentados, ao concederem a remuneração antiga de quando era ativo, acrescido de gratificação de chefia, quando, na verdade, o vínculo já fora extinto, desautorizando qualquer referência à remuneração anterior do servidor aposentado.

Pelo artigo 128 da Carta bandeirante, a vantagem só se justifica se efetivamente atender ao interesse público e às exigências do serviço, o que não restou configurado no caso, pois previsto de forma desproporcional.

Também pelo princípio da moralidade, os agentes públicos têm que se pautar em conformidade com princípios éticos, o que, segundo ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, compreendidos nos princípios da lealdade e boa-fé, *"a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos"*.[1]

Quanto ao princípio da finalidade, ela impõe que *"o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual, isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade es-*

Acesso ao Sumário

1 Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 34ª ed., 2019, pág. 123.

pecífica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que 'o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato'" (Op. Cit., pág. 110), o que também foi violado pela norma impugnada.

É bem de ver que o texto normativo impugnado não se coaduna com a permissão constitucional ao conceder remuneração mais vantajosa para os beneficiários elencados na lei sem causa jurídica que a autorize.

Ao enfrentar casos análogos, decidiu o Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

> *"Adicional. Nível universitário. Município de Urania. Artigo 151 da Lei Complementar n. 01, de 22/5/1992. Benefício instituído em favor dos servidores titulares de diploma de nível superior, independentemente de aderência do nível de formação às funções do cargo. Ofensa ao quanto posto nos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual. Vantagem pecuniária que foi instituída de forma genérica, sem apontar eventual necessidade da medida com base no interesse público ou no atendimento de exigências do bem comum. Precedentes. Ação procedente, ressalvado o quanto já recebido de boa fé. Sem modulação."* (ADI nº 2007335-07.2021.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 01.06.2022, v.u.);
>
> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição em face da expressão 'inativos e pensionistas' constantes do art. 1º da Lei nº 1.706, de 13 de dezembro de 2011 e em face da concessão de vantagem remuneratória decorrente da conclusão de nível universitário constante do artigo 21 da Lei nº 1.901, de 28 de março de 2.019, da Lei nº 1.224, de 30 de agosto de 1.993 dos artigos 29 e 30 da Lei nº Lei nº 1.098, de 04 de julho de 1.989. Cabimento. Auxílio-alimentação a inativos e pensionistas. Natureza indenizatória de despesas com refeição realizadas por servidor no exercício de função. Impossibilidade de extensão para inativos e pensionistas. Súmula Vinculante 55 e Súmula 680, ambas do STF. Violação aos princípios da razoabilidade e do interesse público. Ofensa aos art. 111 e 128 da CE. Precedentes do Órgão Especial. Reconhecimento do caráter irrepetível dos valores percebidos até o julgamento. Vantagem remuneratória decorrente da conclusão de nível universitário. A concessão de gratificação de nível universitário genérica, indistinta e universal, a todos servidores públicos, viola os princípios moralidade, imparcialidade, igualdade, razoabilidade, finalidade e interesse público. Afronta ao disposto nos art. 111 e 128 da CE. A vantagem remuneratória meramente decorrente da conclusão de nível universitário não observa o interesse público ou às exigências do serviço, mas apenas o interesse*

Acesso ao Sumário

privado dos próprios servidores. Precedentes do Órgão Especial. Ação procedente." (ADI nº 2277330-94.2019.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 10.06.2020, v.u.);

"Ação direta de inconstitucionalidade. Tietê. Artigos 34 a 36 e 38 da Resolução n. 06, de 07 de dezembro de 2009, da Câmara Municipal de Tietê. Remuneração dos servidores vinculados ao Poder Legislativo. Iniciativa legiferante reservada da Câmara Municipal. Concessão de gratificação de nível universitário e de auxílio-alimentação a inativos e pensionistas. Ofensa aos artigos 111, 128 e 144, da Constituição Estadual. Jurisprudência pacífica do STF e deste Órgão Especial sobre a inconstitucionalidade de ato normativo que concede benefício de caráter indenizatório a funcionários inativos e pensionistas. Vantagem com caráter reparatório e natureza pro labore faciendo. Inteligência da Súmula 680 e da Súmula Vinculante n. 55, ambas do STF. Concessão genérica de adicional de qualificação a servidores públicos que possuam diploma universitário, sem critérios objetivos determinados. Violação dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público. Vantagem pecuniária que deve ser orientada única e exclusivamente à valorização do profissional cujo grau universitário tenha correlação lógica e direta com as atribuições elementares ao cargo. Fixação do quantum do adicional em percentual subjetivamente escolhido em ato administrativo individual. Descabimento. Possibilidade de escolha aleatória, subjetiva, pessoal e diferenciada dos percentuais de gratificação. Ofensa à legalidade, à moralidade, à impessoalidade e ao interesse público. Violação dos arts. 5º, caput, 19, caput, 20, III, 111, 128 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Procedência do pedido, sem modulação de efeitos." (ADI nº 2205976-09.2019.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Celso Aguilar Cortez, j. 29.01.2020, v.u.);

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 15, 28 DE DEZEMBRO DE 2009, DO MUNICÍPIO DE IEPÊ – INSTITUIÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO A SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EFETIVO QUE NÃO TENHA COMO REQUISITO A GRADUAÇÃO EM NÍVEL TÉCNICO OU SUPERIOR – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – VANTAGEM QUE SÓ PODERÁ SER INSTITUÍDA QUANDO ATENDA EFETIVAMENTE AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA, PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE." (ADI nº 2077071-25.2015.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. 07.10.2015, v.u.).

Acesso ao Sumário

Considerando tudo o que foi apresentado, evidente a inconstitucionali-

dade da Lei nº 484, de 03 de julho de 1995, do Município de Penápolis, aplicando-se à espécie o efeito ***"ex-tunc"***, observada a irrepetibilidade de valores eventualmente auferidos, face o caráter alimentar da verba.

Pelo exposto, **JULGO PROCEDENTE** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2029531-34.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARRETOS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BARRETOS.

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 33.342)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, RUY COPPOLA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 4º, da Lei n. 4.635, de 16 de dezembro de 2011, do Município de Barretos, que dispõe sobre a distribuição e utilização da verba honorária fixada em decorrência das ações de execução fiscal ajuizadas pelo Município e dá outras providências. Edição superveniente da Lei Municipal n. 6.217, de 31 de janeiro de 2022, que revogou de forma integral a Lei em análise. Perda superveniente do interesse de agir.

Processo extinto sem julgamento do mérito. Artigos 485, inciso VI c/c 493, do Código de Processo Civil.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo contra o artigo 4º, da Lei n. 4.635, de 16 de dezembro de 2011, do Município de Barretos, que dispõe sobre a distribuição e utilização da verba honorária fixada em decorrência das ações de execução fiscal ajuizadas pelo Município e dá outras providências.

Alega o autor, em síntese, que a norma impugnada fere o artigo 144 da Constituição Paulista, que alberga o princípio federativo, manifestado na repartição constitucional de competências. Aduz, ainda, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual (artigo 22, inciso I, da Constituição da República), afastando, dessa forma, qualquer interferência do Município nesse sentido.

Processada a ação (fl. 83), sobrevieram informações do Presidente da Câmara Municipal de Barretos (fls. 86/87) e da Prefeita do Município de Barretos (fls. 99/100), pugnando pela extinção do processo sem julgamento do mérito, em virtude da perda superveniente do objeto, ante a revogação total da Lei em debate.

Ausência de manifestação do d. Procurador Geral do Estado (fl. 95).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela extinção do processo sem julgamento do mérito (fls. 105/110).

É o relatório.

O processo é de ser declarado extinto, em virtude da carência superveniente por falta de interesse de agir.

Com efeito, noticiaram o Presidente da Câmara Municipal de Barretos e a Prefeita daquela localidade a edição da Lei Municipal n. 6.217, de 31 de janeiro de 2022, que revogou de forma integral a Lei em análise, atingindo inteiramente, portanto, o objeto inicial da ação e levando à perda superveniente do interesse processual, consoante apontado pela douta Procuradoria Geral de Justiça no r. parecer de fls. 105/110.

É o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ação direta de inconstitucionalidade. Reajuste do piso salarial dos comerciários. Lei estadual nº 14.460, de 16/1/2014. Revogação expressa pela Lei estadual nº 14.653, de 19/12/2014, do Estado do Rio Grande do Sul. Ação direta prejudicada. 1. A jurisprudência da Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação da norma questionada. 2. A

Acesso ao Sumário

remanescência de efeitos concretos pretéritos à revogação do ato normativo não autoriza, por si só, a continuidade de processamento da ação direta de inconstitucionalidade. A solução de situações jurídicas concretas ou individuais não se coaduna com a natureza do processo objetivo de controle de constitucionalidade. 3. Agravo regimental não provido.

(ARE 862236 AgR, Relator: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

Não é outro o entendimento desta E. Corte:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Alegação de inconstitucionalidade da Resolução 139, de 30 de junho de 2021, da Câmara Municipal de Itapecerica da Serra, que dispõe sobre a "gratificação por função" para os servidores do Poder Legislativo local – Edição da Resolução 142, de 15 de dezembro de 2021, antes do ajuizamento da ação direta, que expressamente revogou o ato normativo impugnado – Perda do objeto e consequente ausência do interesse de agir – Precedentes do STF e deste C. Órgão Especial – Processo extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2021625-90.2022.8.26.0000; Relatora: LUCIANA BRESCIANI; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 06/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Pretensão em face do art. 9º e expressões "salões de beleza", "esmaltarias", "barbearias", "cabeleireiros", "tatuadores" e "similares", bem como de "academias de qualquer esporte" constantes do Anexo I do Decreto nº 13.235, de 09 de abril de 2021, do Município de Votuporanga. Atividades consideradas essenciais em discrepância ao Plano São Paulo de combate à pandemia de COVID-19. Superveniente edição do Decreto Municipal nº 13.248, de 16 de abril de 2021, que revogou expressamente o decreto anterior, aqui impugnado. Perda de objeto da ação. Carência por exaurimento do interesse processual. Precedentes deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. Ação extinta sem resolução do mérito.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2082239-95.2021.8.26.0000; Relator: JAMES SIANO; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 01/12/2021; Data de Registro: 02/12/2021)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 11.709, de 07 de maio de 2018, do Município de Sorocaba, que "dá nova redação ao § 1º e acrescenta o § 3º ao art. 2º da Lei nº 11.593, de 29 de setembro de 2017, que dispõe sobre a Planta Genérica de Valores de metro quadrado de terrenos, edificações e estradas no Município e dá outras providências" – Promulgação da Lei nº 11.794, de 21 de setembro de 2018, do Município de Sorocaba, que "dispõe sobre a revogação da Lei nº 11.593,

Acesso ao Sumário

de 29 de setembro de 2017, que dispõe sobre a Planta Genérica de Valores de metro quadrado de terrenos, edificações e estradas no Município, revogação da Lei nº 11.709, de 7 de maio de 2018, que a alterou, repristinação da Lei nº 8.066, de 26 de dezembro de 2006 e dá outras providências" – Perda superveniente do objeto da ação e, por consequência, do interesse de agir – Eventuais efeitos concretos do ato normativo revogado deverão ser examinados na 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.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2097479-32.2018.8.26.0000; Relator: RICARDO ANAFE; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 04/02/2019)

Diante do exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO por falta de interesse de agir, com amparo nos artigos 485, inciso VI e 493, ambos do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010724-63.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE VALINHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.774)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, RUY COPPOLA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

MATHEUS FONTES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 6.192/2021, QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE SOCORRO AOS ANIMAIS ATROPELADOS NO ÂMBITO MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – INVASÃO, TODAVIA, DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E DIREITO CIVIL – ARTIGO 22, INCISO I E XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C.C. ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Valinhos em face da Lei Municipal nº 6.192/2021, que dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de socorro aos animais atropelados no âmbito municipal e dá outras providências.

De iniciativa parlamentar, recebeu integral veto do Executivo Municipal por padecer de vício de inconstitucionalidade formal e material.

Defende-se o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo como parâmetros principais os artigos 5º; 24, § 2º, item "2"; 25; 47, incisos II, XI, XIV e XIX, alínea "a"; e 144, todos da Constituição Estadual, bem como legitimidade para propositura.

Diz-se que ao tipificar conduta relacionada à prestação de socorro aos atropelamentos na via pública municipal com previsão de sanção, a lei invadiu competência privativa da União de legislar em matéria relacionada a trânsito e transporte, violando o art. 22, inciso XI, da Constituição Federal, bem como o art. 144 da Constituição Estadual.

Acrescenta-se que adentra atos de gestão em função típica do executivo de planejar, gerenciar, executar e organizar, criando atribuições e obrigações ao chefe do executivo municipal e aos Órgãos e Secretarias responsáveis pelo setor, ofendendo a separação dos poderes e autonomia municipal – artigos 5º e 144, ambos da Constituição Estadual.

Padece, portanto, de vício de iniciativa por representar ingerência indevida na competência exclusiva do Poder Executivo e violar a regra contida nos artigos 24, § 2º, e 47, incisos II, XI, XIV e XIX, da Constituição Estadual, dispositivos aplicados aos municípios com base no princípio da simetria.

Postula liminar com efeito ex tunc para suspensão da eficácia da Lei nº

Acesso ao Sumário

6.192/2021 do Município de Valinhos e, no mérito, procedência da ação para que seja declarada sua inconstitucionalidade.

A liminar foi concedida pelo relator e depois mantida pelo Órgão Especial no julgamento de agravo interno (fls. 29/31 e 182/185).

O Procurador-Geral do Estado, embora tenha sido citado, não se manifestou (fls. 40).

A Câmara Municipal de Marília apresentou informações (fls. 42/72).

A Procuradoria de Justiça opinou pela procedência (fls. 194/208).

É o Relatório.

A Lei Municipal nº 6.192/2021, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de socorro aos animais atropelados no âmbito municipal e dá outras providencias", tem o seguinte teor:

"Art. 1º. Todo cidadão que atropelar qualquer animal nas vias públicas do município fica obrigado a prestar socorro.

Parágrafo único. Esta norma se aplica aos:

I – motoristas;

II – motociclistas;

III – ciclistas.

Art. 2º. O não cumprimento desta lei acarretará multa de 5 (cinco) Unidades Fiscais do Município, aplicada em dobro em caso de reincidência, garantida a ampla defesa dos acusados da infração.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a nova autuação realizada no mesmo exercício.

Art. 3º. O Poder Executivo regulamentará a presente lei, objetivando sua melhor aplicação.

Art. 4º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

De iniciativa parlamentar, a lei em questão não ofende a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, nem a reserva da Administração ao fixar o dever de socorro a animais atropelados em vias terrestres, pois tal matéria não se insere naquelas a que alude o art. 24, § 2º, nem nas atribuições do art. 47, incisos II, XI, XIV e XIX da Constituição Estadual, presente, ainda, o Tema nº 917 do STF, de repercussão geral.

Todavia, ao obrigar condutores (motoristas, motociclistas e ciclistas) a prestar socorro caso atropelem algum animal nas vias públicas do município, sob sanção pecuniária, a lei usurpa competência privativa da União para legislar sobre trânsito – isto é, no que entende com a fixação de regras de utilização, inclusive de conduta, a serem observadas nas vias terrestres (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, pág. 177, Saraiva, 1990; Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, vol.

Acesso ao Sumário

2/53, Saraiva, 1990), como trânsito havendo de se considerar o deslocamento de pessoas ou coisas (veículos ou animais) por vias de circulação (Hely Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, pág. 312, Malheiros, 8ª. Ed.) –, e também ainda sobre direito civil, no que diz com a responsabilidade civil, a teor do art. 22, incisos I e XI da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Estadual.

Ressalta o Min. Alexandre de Moraes em seu Direito Constitucional, pág. 321, Ed. Atlas, 2011, que a Constituição Federal de 1988, no que previu competência privativa da União para legislar sobre as regras de trânsito e transporte, em alteração da disciplina anterior, "fez com que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre o preceito inscrito no art. 22, XI, da Constituição Federal, declarasse competir privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, proibindo-se, via de consequência aos Estados-membros, a possibilidade de editar normas peculiares a essa mesma matéria, por não se encontrar tal hipótese contemplada no rol exaustivo das competências comuns (CF, art. 23) e concorrentes (CF, art. 24) atribuídas".

A delegação do poder privativo de legislar na matéria dependeria de lei complementar sobre questão específica a ela relacionada e no limite dessa delegação, nos termos do art. 22, parágrafo único, da CF.

Ressalte-se que, muito embora se invoque a competência do município para legislar sobre meio ambiente, o foco central da legislação impugnada é norma de trânsito, por isso que circunscrita a animais envolvidos em acidente de trânsito, o que transcende o interesse local.

Como bem salientou o Subprocurador Geral de Justiça em seu parecer, cujos fundamentos adoto e incorporo como razão de decidir:

"O Código de Trânsito Brasileiro, que estabelece o conjunto de normas de trânsito de qualquer natureza, assim o define em seu art. 1º:

Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

§ 1º Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

§ 3º Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do

Acesso ao Sumário

direito do trânsito seguro.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Os órgãos e entidades de trânsito pertencentes ao Sistema Nacional de Trânsito darão prioridade em suas ações à defesa da vida, nela incluída a preservação da saúde e do meio-ambiente.

Da definição fixada pelo Código de Trânsito Brasileiro, percebe-se a preocupação do legislador federal em relação à presença de animais em vias terrestres abertas à circulação, o mesmo ocorrendo em diversos outros dispositivos do mesmo diploma, tais como os arts. 21, II, 24, I, 26, I, 53, 220, XI, 235, 252, II, e 269, X e § 4º.

Assim, apesar de a legislação municipal ter por finalidade a preservação da saúde e da vida dos animais, é certo que **estabeleceu somente aos animais vítimas de acidente de trânsito referida proteção, e mais, a obrigação de socorro apenas aos ciclistas, motociclistas e motoristas, sob pena de multa.**

Ou seja, a norma municipal tem por foco matérias – trânsito e direito civil – cuja competência é privativa da União.

O art. 144 da Constituição Estadual, que determina a observância na esfera municipal, além das regras da Constituição Estadual, dos princípios da Constituição Federal, é denominado "norma estadual de caráter remissivo, na medida em que, para a disciplina dos limites da autonomia municipal, remete para as disposições constantes da Constituição Federal", como averbou o Supremo Tribunal Federal ao credenciar o controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal por esse ângulo (STF, Rcl 10.406-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31-08-2010, DJe 06-09-2010; STF, Rcl 10.500-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 18-10-2010, DJe 26-10-2010).

Neste contexto, insta mencionar o **Tema 484**, que, em sede de repercussão geral, consignou a "legitimidade de Tribunal de Justiça para atuar em controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal contestada em face da Constituição Federal".

Disso decorre a possibilidade de contraste da lei local com o art. 144 da Constituição Estadual à vista do princípio federativo por ela acolhido e que alberga a técnica de repartição de competências entre os entes federados.

As matérias relacionadas a trânsito e direito civil estão situadas na competência legislativa privativa da União (art. 22, IX e XI, CF).

Preciosa lição de Hely Lopes Meirelles define trânsito e tráfego como o deslocamento de pessoas ou coisas (veículos, animais) pelas vias de circulação, mas, ao tráfego se adita a missão de transporte, e assim distingue as normas de trânsito das de tráfego:

"(...) aquelas dizem respeito às condições de circulação; estas cuidam das

Acesso ao Sumário

condições de transporte nas vias de circulação.

(...)

O trânsito e o tráfego são daquelas matérias que admitem a tríplice regulamentação – federal, estadual e municipal – conforme a natureza e âmbito do assunto a prover (...) **Os meios de circulação e transporte interessam a todo o País, e, por isso mesmo a Constituição da República reservou para a União a atribuição privativa de legislar sobre trânsito e transporte.**

(...)

De um modo geral pode-se dizer que cabe à União legislar sobre os assuntos nacionais de trânsito e transporte, ao Estado-membro compete regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal em seu território, e ao Município cabe a ordenação do trânsito urbano, que é de seu interesse local (CF, art. 30, I e V).

Realmente, a circulação urbana e o tráfego local, abrangendo o transporte coletivo em todo o território municipal, são atividades da estrita competência do Município, para atendimento das necessidades específicas da população.

O tráfego sujeita-se aos mesmos princípios enunciados para o trânsito, no que concerne à competência para sua regulamentação: cabe à União legislar sobre o tráfego interestadual; cabe ao Estado-membro prover o tráfego regional; e compete ao Município dispor sobre o tráfego local, especialmente o urbano" (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1993, 6ª ed., pp. 318-319). (grifos acrescentados)

O Supremo Tribunal Federal impõe **caráter restritivo à produção normativa para além da esfera federal em matéria de trânsito**, como, ad esempia, a obrigação contida em lei estadual de uso de cinto de segurança em veículos do transporte coletivo (ADI 874-BA) ou do trânsito de veículos com faróis acesos nas rodovias estaduais (ADI 3.055-PR), a disciplina do serviço de transporte individual em ciclomotores e motocicletas (ADI 3.135-PA) ou do transporte de trabalhadores (ADI 403-SP).

Acesso ao Sumário

E são **inconfundíveis os círculos da competência normativa federal sobre trânsito e da competência normativa municipal para organização e fiscalização do trânsito no seu território e ordenação do trânsito urbano**, no que pertine ao interesse local (art. 30, I e V, CF).

A **Lei nº 6.192, de 1º de dezembro de 2021, do Município de Valinhos**, trata especialmente de hipótese de socorro aos animais atropelados, o que, por certo, **transcende o interesse meramente comunal.**

A esse respeito, a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal assim se consolida:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTA-

DUAL FLUMINENSE (LEI Nº 6.897/2014, ARTS. 4º E 5º) QUE DISPÕE SOBRE NORMAS PERTINENTES À DISCIPLINA LEGAL DAS PENALIDADES DECORRENTES DE INFRAÇÕES DE TRÂNSITO – **TRANSGRESSÃO À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE ATRIBUI, EM CARÁTER PRIVATIVO, À UNIÃO FEDERAL COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO (CF, ART. 22, XI)** – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 4º E 5º DO DIPLOMA LEGISLATIVO IMPUGNADO – **AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE**" (STF, ADI 5222, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 05-10-2020) (destaques em negrito)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGISLAÇÃO DISTRITAL QUE DISPENSA O ÓRGÃO EXECUTIVO DE TRÂNSITO LOCAL DE AUTUAR AS INFRAÇÕES DE TRÂNSITO PRATICADAS POR DETERMINADOS AGENTES PÚBLICOS DISTRITAIS – **MATÉRIA ATINENTE À DISCIPLINA NORMATIVA DO TRÂNSITO (CF, ART. 22, XI) – TRANSGRESSÃO À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE ATRIBUI, EM CARÁTER PRIVATIVO, À UNIÃO FEDERAL COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA** – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO DIPLOMA LEGISLATIVO IMPUGNADO – **AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE**". (STF, ADI 2817, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 24-08-2020) (destaques em negrito)

E ainda, há precedentes desse egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que guardam similitude com o caso, conforme acórdãos assim ementados:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 8.282, de 19 de agosto de 2014, do Município de Jundiaí, que 'prevê, em vias públicas, sinalização indicativa de medidores de velocidade'. Usurpação, pelo Município, da competência privativa da União para legislar sobre o trânsito – a qual fora exercida quando da edição da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), complementada pelas normas do CONTRAN nº 396/2011. Ao que ainda importa à espécie, tanto o Código de Trânsito Brasileiro (arts. 12, I, e 21) quanto a Resolução CONTRAN nº 396/2011 (arts. 4º, 6º, 7º, 8º e 9º), definem que será atribuição do Executivo Local (e não ao Legislativo) eventual disciplina complementar relacionada à localização, à sinalização, à instalação e à operação dos medidores de velocidade. Lei impugnada que, destarte, afronta os artigos 5º; 37; 47, incisos II, XI e XIV; 111 e 144; todos da CE/SP; e, ainda, ao artigo 22, XI, da

Acesso ao Sumário

CR/88. AÇÃO PROCEDENTE" (ADI 2151501-74.2017.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, 29-11-2017).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Leis municipais estabelecendo a forma de intimação dos infratores das normas de trânsito. Matéria já disciplinada no CTB. Violação do art. 144 da CE, c.c. art. 22, XI, da CF. Violação, ademais, dos arts. 24, § 2º, nº 2, e art. 47, XIX, 'a', da Constituição do Estado, infringindo o princípio do art. 5º do mesmo diploma. Ação julgada procedente." (ADI 0057852-36.2010.8.26.0000, Rel. Des. Boris Kauffmann, 16-03-2011)

Além disso, a legislação estabelece sobre **responsabilidade civil** do ciclista, do motociclista e do motorista que atropelar qualquer animal em via pública no Município de Ribeirão Preto, invadindo novamente competência exclusiva da União (art. 22, I, CF).

Ou seja, ao responsabilizar imediatamente o condutor do veículo pelo socorro do animal, mesmo em situações nas quais o socorro não se mostra plausível, seja pelas circunstâncias do acidente, seja pelo porte do animal, a legislação em foco enunciou disciplina de direito civil, ultrapassando a competência normativa municipal.

Nesse sentido, em casos semelhantes, há precedentes desse egrégio Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 5.855, DE 23 DE MAIO DE 2019, QUE 'DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DA LOCAÇÃO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, CONTRATO DE MÚTUO E COMODATO, E CESSÃO DE CÃES PARA FINS DE GUARDA NO MUNICÍPIO DE VALINHOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – **USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL (ARTIGO 22, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)** – RECONHECIMENTO – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE INTERESSE LOCAL OU COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO PARA DISPOR SOBRE FAUNA E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE (ARTIGO 24, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL), IMPEDINDO O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE QUE NÃO CONFIGURA, POR SI SÓ, PRÁTICA DE CRUELDADE ANIMAL – VIOLAÇÃO, ADEMAIS, AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – DESRESPEITO AOS ARTIGOS 1º E 111 DA CARTA PAULISTA – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – PRELIMINARES REJEITADAS – AÇÃO PROCEDENTE". "Ainda que o constituinte federal tenha conferido aos Municípios a possibilidade de '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 atividade normativa municipal em matéria privativa da União". "**Con-**

Acesso ao Sumário

quanto seja legítimo ao Município legislar sobre o meio ambiente (artigo 24, inciso VI, c/c artigo 30, incisos I e II, da Lei Maior), não pode a norma local tratar de conteúdo inserido no âmbito do direito civil, independentemente de sua justificativa apontar para a proteção dos direitos dos animais". "A competência suplementar dos Municípios e a possibilidade de legislar sobre assuntos de interesse local, ainda que com a intenção de tutelar a fauna e o meio ambiente, não permite atuação legislativa local para proibição do uso de cães guarda nas atividades de vigilância e proteção patrimonial". (TJSP; ADI nº 2280939-85.2019.8.26.0000; Des. Rel. Renato Sartorelli; d.j. 19/08/2020; DJE 21/08/2020) (destaques em negrito)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 14.299, de 08 de março de 2019, do Município de Ribeirão Preto, que 'dispõe sobre o prazo e garantia de serviços de asfaltamento e consertos de buracos na cidade de Ribeirão Preto'. Vício de iniciativa – Matéria tipicamente administrativa, de competência legislativa exclusiva do Alcaide – Ofensa à Separação dos Poderes, prevista nos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a', e 144 da Constituição Bandeirante – Inconstitucionalidade. **Texto que, ademais, traz normas gerais de licitação e contratação, bem como de Direito Civil, ao dispor, respectivamente, acerca de prazos de garantia a serem seguidos pelo contratante, bem como sobre o alcance de sua responsabilidade – Usurpação de competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil (artigo 22, inciso I, da Constituição da República)** e normas gerais de licitação e contratação (artigo 22, inciso XXVII, da CF) e afronta ao artigo 144 da Carta Paulista – Precedentes. AÇÃO PROCEDENTE. (TJSP; ADI nº 2101531-37.2019.8.26.0000; Des. Rel. Xavier de Aquino; d.j. 11/09/2019; DJE 13/09/2019) (destaque em negrito)

"Ação direta de inconstitucionalidade. Anhembi. Lei Municipal n. 2.139, de 23 de abril de 2020, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a implantação do dispositivo denominado 'Boca de Lobo Inteligente' nos logradouros municipais de Anhembi. Caracterização de ofensa ao princípio da reserva da Administração. Lei que regulou a prática de ato típico de gestão do Município. Violação ao princípio da separação de poderes. Vício de iniciativa também caracterizado. Lei Municipal n. 2.140, de 23 de abril de 2020, que 'Proíbe a inauguração de obras públicas municipais inacabadas ou que não possam ser usufruídas de imediato pela população'. Hipótese de iniciativa concorrente. Norma impugnada que materializa os princípios da moralidade e razoabilidade. Inconstitucionalidade pontual, no entanto, do art. 4º, que prevê hipótese de ato de improbidade administrativa. Violação ao pacto federativo. **Competência exclusiva da União para legislar sobre Direito Civil e responsabilidade civil (art. 22, I, da CF, e Tema n. 484 do STF)**. Lei Municipal n. 2.142, de 23 de abril de 2020, que 'Dispõe sobre a divulgação da listagem de medicamentos

Acesso ao Sumário

disponíveis e em falta na rede municipal de saúde e dá outras providências'. Iniciativa parlamentar. Matéria relacionada à publicidade que deve orientar a atividade Administrativa. Hipótese de iniciativa concorrente. Norma que visa a proteger, por via reflexa, o direito à saúde, nos limites do interesse local. Inconstitucionalidade afastada. Precedentes. Ação procedente em parte. (TJSP; ADI nº 2087225-29.2020.8.26.0000; Des. Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez; d.j. 02/12/2020; DJE 09/12/2020) (destaque em negrito)

Destarte, violando regras de distribuição de competência previstas na Constituição Federal, a lei local incompatibiliza-se com o art. 144 da Constituição Estadual, norma constitucional estadual remissiva aos preceitos estabelecidos da Constituição Federal como os que contêm a clave da organização federativa da república brasileira e a partilha de competências normativas entre os entes federados.

Por fim, nem se alegue, neste caso, incidência do Tema 145 de repercussão geral, que dispõe que "o município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal)", tendo em vista que, nos termos já expostos, o interesse transcende o estritamente local e a norma impugnada apresenta traços de direito civil e matéria atinente ao trânsito".

Assim, a ação é procedente.

Ante o exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6.192, de 1º de dezembro de 2021, do Município de Valinhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2290162-91.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TANABI e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TANABI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.904)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALEN-

Acesso ao Sumário

TE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Decreto nº 4.003, de 22/07/2019 do Município de Tanabi, que "institui o Sistema de Controle Interno no Município de Tanabi, define competências e responsabilidades, regulamenta procedimentos e dá outras providências" – Omissão quanto à edição de lei específica para instituição de controle do Município e violação aos arts. 24, § 2º, 1 e 2, 35, 111, 115, incisos II e V e 144, todos da CE, ao criar órgão da Administração Pública e função de confiança sem discriminar suas atribuições – Instituição de atribuições de função pública por Decreto – Violação do princípio da reserva legal – inteligência do artigo 113 da constituição estadual – norma de observância obrigatória pelo município – Violação à Orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal (Tema 1.010) – Ação direta julgada procedente – Concessão de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para edição de ato normativo regulamentando a matéria, sob pena de aplicação da Lei Complementar nº 1.340, de 07 de maio de 2019, do Estado de São Paulo, em caso de persistência da omissão.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo D. Procurador Geral de Justiça, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade por omissão do Decreto nº 4.003, de 22 de julho de 2019, do Município de Tanabi, que "institui o Sistema de Controle Interno no Município de Tanabi, define competências e responsabilidades, regulamenta procedimentos e dá outras providências".

Em síntese, sustenta a ocorrência de mora legislativa quanto à edição de

Acesso ao Sumário

lei específica para instituição de controle do Município e violação aos arts. 24, § 2º, 1 e 2, 35, 111, 115, incisos II e V e 144, todos da Constituição Estadual, ao criar órgão da Administração Pública e função de confiança sem discriminar suas atribuições, bem como violação à tese desenvolvida no Tema de Repercussão Geral nº 1.010.

Inexiste pedido de liminar.

O Prefeito Municipal de Tanabi prestou as informações pertinentes (fls. 100/109) e o Presidente da Câmara Municipal deixou o prazo para manifestação transcorrer *in albis* (fls. 114).

O D. Procurador Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 113).

A D. Procuradoria de Justiça, opinou pela procedência da presente ação de inconstitucionalidade (fls. 119/147).

É o relatório.

Procede a ação.

O Decreto nº 4.003, de 22 de julho de 2019, do Município de Tanabi, que "institui o Sistema de Controle Interno no Município de Tanabi, define competências e responsabilidades, regulamenta procedimentos e dá outras providências", está assim redigido (fls. 45):

"Art. 1º. Fica instituído, no âmbito do Município de Tanabi, o Sistema de Controle Interno, nos termos do que dispõe o artigo 31, da Constituição Federal de 1988, e demais normas legais e regulamentares pertinentes.

Art. 2º. O Sistema de Controle Interno compreende o conjunto de atividades, métodos e procedimentos interligados, visando ao acompanhamento e avaliação das ações da Administração Pública Municipal direta e indireta, com atuação prévia, concomitante e posterior.

Art. 3º. Ao Sistema de Controle Interno compete à averiguação da obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e razoabilidade.

Art. 4º. Compete ainda ao Sistema de Controle Interno:

I- a avaliação do cumprimento dos resultados previstos nos planos orçamentários, com averiguação da execução dos programas de governo dos orçamentos;

II- a comprovação da legalidade e a avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial;

III- a averiguação e o acompanhamento quanto ao cumprimento dos limites de despesas, assim como do cumprimento dos percentuais mínimos de aplicação determinados pela Constituição Federal de 1988, pela Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000;

IV- assinar, por seu responsável e em conjunto com o Prefeito Municipal, os Relatórios de Gestão Fiscal – RGF, de que trata a Lei Comple-

Acesso ao Sumário

mentar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000;

V- elaborar, quadrimestralmente, relatório circunstanciado dos trabalhos desenvolvidos;

VI- apoiar o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no exercício de sua missão institucional.

Art. 5º. Para o exercício de suas competências e atribuições, o Sistema de Controle Interno será operacionalizado por meio de auditoria interna, que deverá avaliar e controlar o cumprimento das normas legais e regulamentares pertinentes à Administração Pública, inclusive podendo propor recomendações e estudos para aperfeiçoamento das normas ou rotinas de trabalho dos órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, direta e indireta, quando estas, ao serem avaliadas, demonstrarem fragilidades.

Parágrafo único. A auditoria interna poderá ser auxiliada por sistemas informatizados de controle eventualmente existentes no mercado.

Art. 6º. Nenhum processo, documento ou informação será sonegado ao Sistema de Controle Interno no desempenho de suas competências e atribuições, devendo, no entanto, ser guardado sigilo sobre dados e informações a que tiver acesso, utilizando-os, exclusivamente, para elaboração de relatórios destinados às autoridades competentes, sob pena de responsabilidade administrativa civil e penal.

Parágrafo único. O agente público que, por ação ou omissão, causar constrangimento ou obstáculo à atuação do Sistema de Controle Interno, quando no estrito cumprimento de suas competências e atribuições, estará sujeito à apuração de responsabilidade administrativa, civil e penal.

Art.7º. O Sistema de Controle Interno dará ciência aos Chefes de Poder ou aos dirigentes de órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, de imediato, sobre a apuração de atos e fatos com suspeita de ilegalidade ou de irregularidade praticados pelos servidores municipais.

§ 1º. Ciente dos atos e fatos de que trata este artigo, poderão as autoridades mencionadas no caput, proporcionar aos interessados oportunidade para prestarem esclarecimentos, no prazo de 02 (dois) dias úteis.

§ 2º. Havendo ou não a prestação de esclarecimentos, ***deverão essas autoridades decidir, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, determinando as medidas corretivas, se for o caso.***

§ 3º. Quando os atos e fatos se relacionarem aos Chefes de Poder, ou a membros do Poder Legislativo, a comunicação de que trata este artigo será realizada, conforme o caso:

I- ao Presidente da Câmara Municipal, quando relacionados ao Prefeito e ao Vice-Prefeito Municipal, ou a Vereadores;

II- à Mesa da Câmara, quando relacionados ao Presidente da Câmara Municipal.

§ 4º. Caso não haja decisão, a situação será levada ao conhecimento do

Acesso ao Sumário

Tribunal de Contas do Estado, ***sob pena de responsabilidade solidária do responsável pelo controle interno.***

Art. 8º. Para operacionalização do Sistema de Controle Interno, será designado pelo Prefeito Municipal, por Portaria, um servidor ocupante de cargo ou função efetiva para exercer as atividades de Controlador Interno do Município.

§ 1º. A atividade de Controlador Interno será desempenhada sem prejuízo das funções inerentes ao cargo ou função ocupado pelo servidor designado.

§ 2º. No caso de eventuais afastamentos ou impedimentos do titular da função de Controlador Interno, será designado o seu substituto que, igualmente, deverá ser ocupante de cargo ou função efetiva.

Art. 9º. Ainda para operacionalização do Sistema de Controle Interno, poderão valer-se o Controlador Interno, ou seu substituto, de serviços de profissionais especialistas, visando à orientação e o assessoramento de seus trabalhos, a serem contratados pela Prefeitura Municipal, atendidos aos preceitos legais.

Art. 10. As despesas decorrentes da aplicação das normas estabelecidas por este Decreto serão arcadas por dotações constantes dos orçamentos vigentes da Prefeitura Municipal.

Art. 11. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação."

No caso, imperiosa a edição de lei formal em sentido estrito que estabeleça o Sistema de Controle Interno, prazos para a prática de atos administrativos e recursos adequados para sua revisão, efeitos e forma de processamento, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo do Município de Tanabi, como decorrência da exigência contida no artigo 113 da Constituição do Estado de São Paulo, que tem o seguinte teor:

"Artigo 113 – A lei deverá fixar prazos para a prática dos atos administrativos e estabelecer recursos adequados a sua revisão, indicando seus efeitos e forma de processamento"

A razão da inconstitucionalidade em tal hipótese decorre da violação à reserva legal para criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, conforme art. 48, X da Constituição Federal e art. 19, III da Constituição Paulista. Neste sentido foram proferidos os precedentes que orientaram o julgamento do Tema 1.010, por exemplo na ADI 4125, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10-06-2010: "a delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre 'as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado', é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei".

Em que pese a autonomia dos Municípios para se auto-organizar e autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Consti-

Acesso ao Sumário

tuição Estadual, em razão do princípio da simetria e das normas contidas nos artigos 29 da Carta da República e 144 da Constituição Paulista:

"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".

"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".

Outrossim, a contratação de pessoal no serviço público está vinculada aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37, *"caput"*, da CF/88) e depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, a depender da natureza e complexidade do cargo ou emprego, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, inciso II, da CF/88).

E, em relação aos cargos em comissão e funções de confiança, o inciso V, do citado art. 37 da Carta Magna, assim dispõe:

"V- as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;"

Daí se verifica a distinção entre cargos comissionados e função de confiança, destacando-se que ambos os casos se destinam ao exercício de função de direção, chefia e assessoramento.

Em razão dessa natureza excepcional do cargo em comissão e da função de confiança, a descrição das atribuições é essencial para possibilitar o controle dos preceitos constitucionais e deve ser realizada no momento da criação do cargo ou da função, como também serve para inibir que a legislação municipal se utilize de nomenclaturas de cargos e expressões como "assessorar", "controlar", para travestir funções que na prática não se coadunam com a excepcionalidade e especialidade do cargo, em total desacordo com os princípios da moralidade e da razoabilidade, conforme ditado pela Constituição Federal.

Da análise dos dispositivos acima citados verifica-se foi criada função que não exige especial relação de confiança, e sequer conta com a descrição das respectivas atividades e atribuições em lei, cuja disciplina jamais poderia se dar por Decreto, por afronta ao princípio da reserva legal (art. 24, § 2º, 1 da CE), já que, *in casu*, não se trata de norma de organização administrativa.

O E. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 1.041.210/SP, sob

Acesso ao Sumário

rito da repercussão geral, fixou a tese de nº 1.010, a partir de raciocínio que se tem por igualmente aplicável às funções de confiança, nos seguintes termos:

"Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. 1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria. 3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 4. Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) <u>as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir</u>" (grifo nosso). (Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.09.2018).

Este C. Órgão Especial igualmente já assentou entendimento sobre o tema:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Declaração de Inconstitucionalidade do Quadro II, do art. 6º, da Resolução n. 01, de 14 de julho de 2016, na redação dada pela Lei Complementar n. 01, de 19 de junho de 2019, e, por arrastamento, das expressões: Assessor Jurídico e Legislativo, Assistente de Informática, Diretor da Câmara e Diretor Financeiro, contidas na redação original do Quadro II do art. 6º da Resolução n. 01, de 14 de julho de 2016, da Câmara Municipal de Cajobi – Cargo de confiança e de comissão que possuem aspectos conceituais diversos – Afronta aos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, da Constituição Estadual – Ação procedente." (ADIn n. 2061757-63.2020, Rel. Des. ANTONIO CAR-

Acesso ao Sumário

LOS MALHEIROS, j. 02/09/2020)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 1.262, de 20 de abril de 1998; Lei nº 1.789, de 18 de agosto de 2009; expressões 'Assessor de Finanças', 'Auxiliar de Serviços Gerais' e 'Operador de Computador', constantes do art. 1º e Anexo II da Lei nº 1.839, de 18 de maio de 2010; da Lei nº 1.858, de 02 de setembro de 2010; Lei Municipal nº 1.995, de 16 de maio de 2012; e Lei nº 2.229, de 24 de março de 2017, todas do Município de Severínia. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES. A descrição das atribuições é imprescindível para possibilitar o controle dos preceitos constitucionais e deve ser realizada no momento da criação do cargo. Tema n. 1.010 de repercussão geral. Desrespeito aos artigos 111,111, incisos II e V, e 144, da Constituição Estadual. CARGOS DE ASSESSORIA JURÍDICA QUE NÃO PODEM SER PREENCHIDOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. Desrespeito aos artigos 98, 99 e 100, da Constituição Estadual. Ação julgada procedente, com modulação de efeitos." (ADIn n. 2006084-85.2020.8.26.0000, Rel. Des. MOACIR PERES, j. 02.09.2020).

Por fim, embora reconhecida a mora legislativa, é importante consignar que não cabe ao Poder Judiciário a edição de ato normativo no caso concreto, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, apenas sendo o caso de notificar os Poderes competentes para a supressão da lacuna normativa.

Pelo exposto, julga-se procedente a pretensão inicial para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.003, de 22 de julho de 2019, do Município de Tanabi, bem como para reconhecer a mora legislativa, quanto à edição de ato normativo específico para a instituição do Sistema de Controle Interno no Município de Tanabi, notificando-se o Sr. Prefeito Municipal para que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, sane referida omissão legal. Em caso de persistência da omissão, além do prazo estipulado, fica determinada a observância da Lei Complementar nº 1.340, de 07 de maio de 2019, do Estado de São Paulo, no que couber.

Comunique-se oportunamente à Câmara Municipal e ao Prefeito, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2290072-83.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ILHABELA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ILHABELA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO E RESSALVA. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.639)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressões que designam funções de confiança de "Diretor de Unidade Escolar" e "Coordenador Pedagógico", bem como suas atribuições, em dispositivos normativos constantes na Lei nº 1.327/2018, e seu Anexo II, no Município de Ilhabela – Alegação de inconstitucionalidade pela incompatibilidade das atribuições com atividades de assessoramento, chefia e direção, vulnerando preceitos da Constituição Bandeirante – FUNÇÃO DE CONFIANÇA – Distinção constitucional entre função de confiança e cargo comissionado – Exigência, na Constituição Federal, com reprodução obrigatória nos Estados, da criação e provimento de funções de confiança e de cargos comissionados restritos ao assessoramento, chefia ou direção para o exercício de atribuições de alta complexidade ou de efetiva supervisão, e com necessária relação de confiança entre nomeante e nomeado, sob pena de mera dissimulação para afastar a exigência de concurso público de provas e títulos – Situação em que as expressões impugnadas designam, em verdade, 'funções de confiança' (e não cargos em comissão)

Acesso ao Sumário

a serem preenchidas exclusivamente por servidores concursados do magistério da rede municipal de ensino de Ilhabela – Previsão constitucional de que tanto as funções de confiança como os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V) – Descrição das funções que não denotam indispensável relação de fidúcia ou confiança – Afronta aos dispositivos constitucionais constatada – Inconstitucionalidade com efeitos 'ex tunc', com modulação e ressalva quanto à não repetição dos valores recebidos de boa-fé – Ação julgada procedente, com modulação e ressalva.*

VOTO

1 – Trata-se de ação ajuizada pelo douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo a pretender a declaração de inconstitucionalidade das funções de confiança de 'Diretor de Unidade Escolar' e 'Coordenador Pedagógico', criados pela **Lei nº 1.327, de 26 de outubro de 2018**, do Município de Ilhabela.

Diz que a estruturação desses cargos no sistema de ensino municipal não se enquadra no conceito constitucional de 'assessoramento', 'chefia' e 'direção', eis que constituem funções de natureza técnica e profissional.

Impugna, desta forma, as expressões que designam tais funções, por violarem os artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Paulista.

Não houve pedido de tutela em caráter cautelar.

Após regular citação eletrônica (fls. 346), a Procuradoria Geral do Estado não se manifestou (fls. 359).

O Prefeito Municipal, nas suas informações de fls. 287/296, aduz que não há vício na criação das funções impugnadas na inicial, eis que as mesmas preenchem os requisitos constitucionais para a atribuição de 'função de confiança', além de outras condicionantes de caráter pedagógico e de experiência.

O Vice-Presidente da Câmara Municipal, no exercício da presidência daquela casa, por sua vez, nas informações de fls. 348/356, corrobora a manifestação do Prefeito Municipal no sentido de que não há impedimento constitucional para que determinadas 'funções de confiança' possam exercer atribuições de direção, chefia ou assessoramento.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 366/371, opina pela procedência do pedido em razão das funções impugnadas não preencherem os requisitos constitucionais de direção e assessoramento, representando apenas atividades de cunho técnico-burocrático dentro das diretrizes específicas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (9.394/96).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2.1 – DO OBJETO DA AÇÃO

Leitura da inicial revela a intenção de declaração de inconstitucionalidade das expressões 'Diretor de Unidade Escolar' e 'Coordenador Pedagógico', enquadrados na Lei 1.327/2018 (fls. 161/209) como funções de confiança, apesar de inexistirem atribuições próprias de assessoramento, chefia ou direção que os autorize.

Eis os preceitos normativos impugnados (com destaque desse Relator):

Lei Complementar nº 1.327, de 26 de outubro de 2018

Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos do Magistério Público Municipal da Estância Balneária de Ilha Bela e dá outras providências.

[...]

Artigo 5º – O Quadro do Magistério Público da Prefeitura Municipal de Ilhabela é constituído pelas seguintes classes funcionais, constantes do Anexo I desta Lei:

[...]

§ 2º – A Classe de Gestão Educacional é composta pelas seguintes funções de confiança e cargo efetivo:

I – Diretor de Unidade Escolar: função de confiança com atuação na unidade escolar de lotação;

II – Coordenador Pedagógico: função de confiança com atuação na unidade escolar de lotação ou na Secretaria Municipal de Educação;

[...]

ANEXO II

(fls. 212)

Cargo	DESCRIÇÃO PERFIL
Diretor de Unidade Escolar	Administrar a escola de acordo com a organização e normas implementadas pela Secretaria Municipal de Educação, responsabilizando-se pela gestão do planejamento, execução, controle e avaliação dos processos e procedimentos administrativos da gestão pedagógica e da docência para o fortalecimento e efetividade das práticas de atendimento à demanda educacional.

Acesso ao Sumário

COORDENADOR PEDAGÓGICO	Coordenar, assessorar e supervisionar as práticas didático-pedagógicas de ensino e aprendizagem de responsabilidade da escola, com atuação na Unidade Escolar ou na Secretaria Municipal de Educação, visando assegurar a efetividade e qualidade de desenvolvimento e avaliação do processo educacional.

Segundo argumento da inicial, as referidas funções de confiança do quadro acima não preenchem os requisitos constitucionais de alta assessoria ou direção, eis que suas atribuições são eminentemente técnicas e burocráticas, não sendo imprescindível a relação de fidúcia entre nomeante e nomeado para sua fiel execução. No tópico à frente examinar-se-ão tais argumentos.

2.2 – DO ARCABOUÇO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DOS CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES DE CONFIANÇA

A Constituição Federal, no seu artigo 37, inciso V, estabelece distinção entre função de confiança e cargos comissionados, inclusive quanto ao percentual mínimo de ocupação destes últimos por servidores de carreira:

> *"as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento".*

Essa diretriz é reproduzida no artigo 115, inciso V, da Constituição Estadual, e deve ser respeita pelos Municípios por força do seu artigo 144.

Nesse escopo, 'direção' significa poder de comando, uma posição no topo dentro de uma hierarquia, normalmente, um departamento inteiro. Já 'chefia' seria o poder de decisão e autoridade em espectro de atuação menor que o da direção, normalmente, de uma seção do departamento. O chefe é o superior mais imediato dos servidores, ao passo que o diretor é mais mediato que este. E ambos sustentam o caráter de hierarquia dentro de uma instituição pública, e ambos são cargos de comando.

Assessoria, por sua vez, corresponde à prestação de um auxílio à determinada autoridade, ou, em outras palavras, o assessor dá um suporte, seja de índole técnica ou empírica, a um superior.

Portanto, 'função' para a definição do alcance do comando constitucional é entendida como aquela de 'confiança' da autoridade que a preenche ou exonera, livremente, no interesse da coisa pública e para o exercício, específico, de direção, chefia ou assessoramento.

Acesso ao Sumário

Assim, as funções de confiança se assemelham, quanto à natureza das atribuições, aos cargos em comissão. No entanto, decidiu o legislador que aquelas são reservadas aos ocupantes do quadro efetivo, enquanto estes podem ser preenchidos, até certo limite, por pessoas estranhas à carreira.

Portanto, determinadas tarefas diferenciadas e de grande relevo podem gerar a criação de cargos em comissão, mas também podem ser assumidas pelos ocupantes de cargos de provimento efetivo, aos quais se atribui uma gratificação pecuniária.

Desse modo, a função de confiança não consiste numa posição jurídica equivalente a um cargo público, mas na ampliação das atribuições e responsabilidades de um cargo de provimento efetivo, mediante uma gratificação pecuniária que pode ser objeto de incorporação temporal aos vencimentos, ou não. Essa circunstância a faz diferente do cargo em comissão cuja remuneração correspondente abrange todas as responsabilidades e encargos possíveis.

Segundo a doutrina:

"Cargo em comissão é o que só se admite em caráter provisório. São declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 37, II), destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V)" (Meirellles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 41ª Ed., Malheiros, 2015, p. 513).

Prescreve a Constituição Estadual:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

[...]

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

[...]

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção,

Acesso ao Sumário

chefia e assessoramento.

A regra ordinária é: cargos e funções de confiança devem, o quanto possível, ser preenchidos por servidores aprovados em concurso público de provas e títulos, habilitando-se para o exercício do serviço público. Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

> ***"...a exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza..." (RTJ 156/793).***

Noutro aspecto, e não menos relevante, a possibilidade de 'suplementação' pelo Município de legislação federal, na forma do artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, está adstrita à observância da regra geral posta naquela, limitando a atuação legislativa municipal para determinada especificidade 'local', no que 'couber'.

Assim, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), no seu artigo 67, inciso I e § 2º, exige que os sistemas de ensino sejam integrados por profissionais da Educação oriundos de concurso público, inclusive para o exercício de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico, não há espaço algum para a nomeação de pessoas 'estranhas' à carreira para ocupar algum desses cargos em comissão pura.

Dito isso, como as atividades dentro do ambiente escolar exigem profissionais concursados, com capacidade técnica e profissional, não há pertinência para a exigência de relação de confiança com o agente nomeante, o que denoda que as atribuições relativas à direção e assessoramento podem/devem ser preenchidas por servidores efetivos, e obrigatoriamente concursados.

São esses os balizamentos para o exame do caso concreto do Município de Ilhabela, no tópico seguinte.

2.3 – DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA NA ESTRUTURA DE ENSINO PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE ILHABELA

Este Órgão Especial vem decidindo reiteradamente que no ambiente escolar, segundo a diretriz do artigo 67, inciso I e § 2º, da LDB, as atribuições de coordenação, assessoramento e direção devem ser exercidas somente por servidores concursados.

É o que restou consignado no recentíssimo julgamento da ADIN nº 2240644-35.2021.8.26.0000 de minha relatoria, que tratava de cargo em comissão, mostrando-se oportuna a transcrição do seguinte trecho daquele acórdão:

> *"Note-se que a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 tinha como viés programático a mudança de paradigma na administra-*

Acesso ao Sumário

ção pública para alcançar a racionalização no serviço público com impulso para o princípio da eficiência insculpido no caput do artigo 37 da Carta Maior, o que se atinge com um corpo funcional qualificado, concursado e com um plano de carreira definido.

E justamente por isso, o constituinte federal estabeleceu que funções de confiança devam ser preenchidas por funcionários efetivos, enquanto os cargos comissionados também devem ser ocupados pelos de carreira em percentual mínimo estabelecido em lei (artigos 37, inciso V, da CF/88 e 115 , inciso V, da CE). A ideia é atingir o máximo de profissionalização possível com funcionários de carreira, selecionados em concurso de provas e títulos, atingindo-se nível de excelência e eficiência com o cada vez mais apertado orçamento público.

Em razão de todo o exposto, conclui-se que: a–) não é possível a criação de cargos comissionados sem a previsão de suas atribuições com clareza, bem como de escolaridade compatível com a exigência de assessoramento ou direção de alto nível, não reservada para pessoas com formação apenas na Educação Básica (fundamental e médio); b–) para atribuições de baixa complexidade e de menor nível de escolaridade, não cabe designação em comissão ou função de confiança; c–) no ambiente escolar, segundo a diretriz do artigo 67, inciso I e § 2º, da LDB, as atribuições de coordenação, assessoramento e direção devem ser exercidas somente por servidores concursados.

Nesse aspecto, fica declarada a inconstitucionalidade das expressões impugnadas na inicial" (julg. em 08 /06 /2022).

Especificamente no caso presente, analisando atentamente o artigo 5º, § 2º, incisos I e II, da Lei objurgada, reproduzido no tópico 2.1, constata-se que o legislador local **não criou** 'cargo comissionado puro', mas funções de confiança com atribuições de direção superior da unidade Escolar (Diretor) e de supervisão/assessoramento das práticas didático-pedagógicas (Coordenador), mediante gratificação a servidores **previamente concursados**, conforme previsão expressa no artigo 4º, incisos I, VI e XIII da referida Lei 1.327/2018:

Artigo 4º – Para efeitos desta Lei, consideram-se:

I – Atividades do magistério: atribuições dos profissionais do magistério que ministram aulas, planejam, orientam, coordenam, dirigem e supervisionam o processo de ensino e aprendizagem;

[...]

VI – cargo do magistério: unidade laborativa com denominação própria, criada por Lei, com número certo, que implica o desempenho, pelo seu titular, de conjunto de atribuições e responsabilidades, provido mediante concurso público de provas e títulos;

[...]

Acesso ao Sumário

> **XIII –** função de confiança: unidade laborativa com denominação própria, criada por Lei, com número certo, que implica o desempenho, pelo seu titular, de um conjunto de atribuições e responsabilidades, provida mediante designação de profissional do magistério, nos termos do artigo 37, V, da Constituição Federal.

Não há equívoco na remissão expressa ao artigo 37, V, da CF/88, pois há clara distinção entre o termo 'função de confiança' utilizado no inciso XIII do artigo 4º da Lei 1.327/2018 , da de 'cargo em comissão', na segunda parte da redação do preceito constitucional.

Confira-se novamente o texto Constitucional, a despeito de já ter sido transcrito acima:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *...*
>
> *V – **as funções de confiança**, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, **e os cargos em comissão**, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, **destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *..."* (destacamos).

Forçoso concluir que, seja cargo em comissão, seja função de confiança, para eventual nomeação nessas condições o diretor de escola e o coordenador pedagógico devem gozar de confiança em face da autoridade que os nomearem, pois, como transcrito acima, **"as funções de confiança ... e os cargos em comissão ... destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento"** (destacamos).

Porém, a existência dessa necessária fidúcia ou confiança é questionada pela Procuradoria Geral de Justiça, com argumentação no sentido de que:

> *"As normas impugnadas que instituem e regulam as funções de confiança de 'Diretor de Unidade Escolar' e 'Coordenador Pedagógico' não têm compatibilidade com os arts. 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual, porque suas atribuições consistem em atividades técnicas e profissionais, e não verbalizam assessoramento, chefia ou direção em que seja imprescindível relação de especial para transmissão e controle de diretrizes políticas de governo.*
>
> *Sim, a função de diretor de unidade escolar constitui mera função de controle, na qual não existe qualquer liberdade para a impressão de diretriz política do administrador, uma vez que tais diretrizes são defini-*

Acesso ao Sumário

das e aplicadas em nível hierárquico superior.

Por isso, para o exercício de tais atribuições, o ingresso deve ocorrer mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos e o provimento deve se dar por cargos públicos efetivos" (fls. 05 /06).

Mais adiante:

"A função de confiança de que trata o texto constitucional como sendo um encargo de direção, chefia e assessoramento, atribuído a servidor ocupante de cargo efetivo, nada mais é que uma adição de atribuições relacionadas com as atividades de direção, chefia e assessoramento às incumbências do cargo efetivo, com componente político. No caso, as normas impugnadas descrevem atribuições técnicas e profissionais, elementares às carreiras docentes.

Ao 'Diretor de Unidade Escolar' foram conferidas atribuições genéricas e técnicas consistentes em administrar a escola de acordo com a organização e normas implementadas pela Secretaria Municipal de Educação, responsabilizando-se pela gestão do planejamento, execução, controle e avaliação dos processos e procedimentos administrativos da gestão pedagógica e da docência para o fortalecimento e efetividade das práticas de atendimento à demanda educacional (Anexo II da Lei nº 1.327/2018).

Por sua vez, ao 'Coordenador Pedagógico' couberam as atribuições de coordenar, assessorar e supervisionar as práticas didático-pedagógicas de ensino e aprendizagem de responsabilidade da escola, com atuação na Unidade Escolar ou na Secretaria Municipal de Educação, visando assegurar a efetividade e qualidade de desenvolvimento e avaliação do processo educacional (Anexo II da Lei nº 1.327/2018).

Embora na descrição das atribuições das funções de confiança contestadas tenham sido utilizadas as expressões 'assessorar', 'coordenar', 'administrar' etc., em verdade, foram enumeradas atividades destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte subalterno a decisões e execução" (destaques no original – fls. 06/07).

Acesso ao Sumário

E esse é o cerne da questão; fossem consideradas, as posições de diretor de escola e de coordenador pedagógico, dependentes de relação de **fidúcia**, de **confiança** do agente nomeante, e, aí sim, poder-se-ia falar em nomeação de tais figuras como 'função de confiança'.

Mas, não é inconteste a existência dessa condição, parecendo, mesmo, que a descrição das atribuições são muito mais técnicas, e independem de relação direta com os administradores do Município.

Como bem mencionado pelo desembargador Evaristo dos Santos, em sua declaração de voto:

*"Exercem funções eminentemente **técnicas**, devendo relacionar-*

se harmonicamente com quaisquer que sejam o Secretário e o Prefeito Municipal, independentemente do partido a que pertençam ou de suas matrizes ideológicas. Ademais, os ocupantes de tais cargos ***não*** *representam a autoridade nomeante, e* ***tampouco*** *desempenham papel de caráter estratégico no âmbito da Administração Municipal.*

Ou seja: trata-se de cargos ***técnicos*** *que devem observar as diretrizes do Poder Executivo,* ***não havendo****, porém, necessidade de uma* ***relação qualificada de confiança*** *com o Prefeito ou Secretário Municipal"* (destaques no original).

Em situação similar aos presentes autos temos aquela enfrentada no julgamento da ADIn 2177144-92.2021.8.26.0000, onde restou decidido:

"Feita a ressalva sobre a distinção havida entre 'cargos em comissão' e 'função de confiança', tem-se que o ponto fulcral de ambos é que tratam de 'direção, chefia e assessoramento', e para tanto, é necessário analisar, caso a caso, a essência das atribuições a serem exercidas pelos servidores que irão desempenhar as funções denominadas por 'direção', 'chefia' e/ ou 'assessoramento'.

Aliás, basta navegar pela rede mundial de computadores (internet) para encontrar o site (endereço eletrônico constante do texto original) e constatar o grande número de municípios que preenchem as funções de diretor de escola e coordenador pedagógico por concurso específico (relação no site de concursos em andamento e já encerrados).

Assim, é caso de se declarar a inconstitucionalidade das expressões elencadas na peça vestibular.

2.4 – 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.

Bem por isso, modula-se em 120 dias a efetividade da presente decisão.

Ademais, não é razoável a repetição dos valores eventualmente recebidos pelos ocupantes das funções enquanto vigentes os dispositivos da norma impugnada, eis que recebidos de boa-fé e em decorrência da efetiva prestação de serviços, sob pena do indevido enriquecimento da Administração.

Assim, apenas tais valores ficam ressalvados dos efeitos 'ex tunc' da presente declaração de inconstitucionalidade.

3 – ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., pelo meu voto: a–) julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade das expressões 'Diretor de Unidade Escolar' e 'Coordena-

Acesso ao Sumário

dor Pedagógico' constantes da Lei questionada; b–) modulo, por consequência, os efeitos da presente decisão conforme parâmetro do tópico 2.4.

4 – DISPOSITIVO

Destarte, nos termos acima especificados, **julga-se procedente a ação, com modulação e ressalva.**

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 45.771)

1. Relatório já nos autos.

2. Acompanho o Relator para julgar procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto os **incisos I e II do § 2º do art. 5º da Lei nº 1.327, de 26.10.18**, do Município de Ilhabela, sob o fundamento de que as atribuições de cargos especificados previstas nessa norma não revelam função de assessoramento, chefia e direção.

O Exmo. Relator propôs a procedência da ação.

Com razão.

Com o seguinte teor os dispositivos impugnados:

"(...)"

"Artigo 5.º – O Quadro do Magistério Público da Prefeitura Municipal de Ilhabela é constituído pelas seguintes classes funcionais, constantes do Anexo I desta Lei:"

"(...)"

"§ 2º A Classe de Gestão Educacional é composta pelas seguintes funções de confiança e cargo efetivo:"

"I – Diretor de Unidade Escolar: função de confiança com atuação na unidade escolar de lotação;"

"II – Coordenador Pedagógico: função de confiança com atuação na unidade escolar de lotação ou na Secretaria Municipal de Educação;"

"(...)"

"ANEXO II – ATRIBUIÇÕES"

Cargo	Descrição Perfil	Especialidade	Descrição Especialidade
(...)	(...)	(...)	(...)

Acesso ao Sumário

DIRETOR DE UNIDADE ESCOLAR	Administrar a escola de acordo com a organização e normas implementadas pela Secretaria Municipal de Educação, responsabilizando-se pela gestão do planejamento, execução, controle e avaliação dos processos e procedimentos administrativos da gestão pedagógica e da docência para o fortalecimento e efetividade das práticas de atendimento à demanda educacional.		
COORDENADOR PEDAGÓGICO	Coordenar, assessorar e supervisionar as práticas didático-pedagógicas de ensino e aprendizagem de responsabilidade da escola, com atuação na Unidade Escolar ou na Secretaria Municipal de Educação, visando assegurar a efetividade e qualidade de desenvolvimento e avaliação do processo educacional.		

Pois bem.

A regra a ser observada é a da investidura em cargo público mediante **concurso público** – arts. 37, II, da CF e 115, II, da CE.

Admite-se, no entanto, a nomeação de servidores com cargos efetivos

para as questionadas **funções de confiança**, destinadas a atribuições de **direção**, **chefia** e **assessoramento**, nos termos da Constituição – **art. 37, V, da CF** e **art. 115, V, da CE** com o seguinte teor:

> *"**Art. 37** – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"*
>
> *(...)*
>
> *"**II –** a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"*
>
> *(...)*
>
> *"**V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo**, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, **destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento**;"* (destaquei).

E,

> *"**Art. 115 –** Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:"*
>
> *(...)*
>
> *"**II –** a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação ou exoneração;"*
>
> *(...)*
>
> *"**V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo**, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, **destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento**;"*. (destaquei).

A criação de cargos em comissão foi objeto do recente **Tema nº 1.010** da **Repercussão Geral** do **Eg. Supremo Tribunal Federal**:

> *"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 operacio-*

Acesso ao Sumário

nais;"

"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." (Tema nº 1.010 – RE nº 1.041.210-SP – p.m.v. – DJ-e 04.12.18 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**).

A tese reflete jurisprudência consagrada do **Pretório Excelso** no sentido de que:

"É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico." (ADIn nº 3.602/GO – v.u. DJe 07.06.11 – Rel. Min. **JOAQUIM BARBOSA**).

Ressalte-se: o **Pretório Excelso** assentou (RE nº 1.264.676/SC – DJ-e 08.06.20 – Rel. Min. **ALEXANDRE DE MORAES** e ADI nº 3.145 – DJ-e 25.10.19 – Rel. Min. **LUIZ FUX**) e esse **C. Órgão Especial** encampou integralmente (ADIn nº 2.169.136-29.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 16.03.22 – Rel. Des. **FÁBIO GOUVÊA**; ADIn nº 2.195.012-20.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 02.02.22 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**; ADIN nº 2.061.768-92.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 12.05.21 Rel. Des. **CLÁUDIO GODOY**; ADIn nº 2.072.492-58.2020.8.26.0000 v.u. j. de 24.03.21 – Rel. Des. **JAMES SIANO**) entendimento no sentido de que às funções de confiança são aplicadas as mesmas exigências impostas aos cargos em comissão.

Como se vê, a criação de cargos em comissão ou **funções de confiança** se justifica quando os papéis a serem desempenhadas pelo servidor dependam estritamente da **confiança** do agente nomeante. Isto é, em hipóteses nas quais seja **manifesta** a necessária **relação de fidúcia** entre o agente nomeante e o servidor em comissão ou que exerça função gratificada.

O servidor deve guardar absoluta fidelidade às orientações traçadas pelo agente nomeante, demonstrando, além de capacidade técnica, estrita afinidade de princípios e até mesmo ideológica.

Somente nessas **especialíssimas situações** o provimento em comissão ou na função de confiança se mostra justificável.

Inicialmente convém ressaltar que recentemente apresentei voto parcialmente divergente na ADIn nº 2.223.440-12.2020.8.26.0000, de Relatoria do I.

Acesso ao Sumário

Des. **ELCIO TRUJILLO**, para afastar a inconstitucionalidade da função de confiança de 'Gestor Técnico da Educação', todavia, naquele caso, as descrições das atividades do cargo justificaram a solução adotada.

No entanto, tal **não** é o caso dos cargos em análise.

É certo que o **Diretor de Unidade Escolar** e o **Coordenador Pedagógico** devem se submeter às diretrizes apresentadas pela Secretaria Municipal de Educação. E, no exercício de tais atribuições, certamente devem manter **relações institucionais harmoniosas** com integrantes da Administração, observando os ditames legais e as orientações político-pedagógicas do Poder Executivo.

Ou seja: é evidente que, em alguma medida, devem cultivar relação de **afinidade** e **confiança** com seus superiores – como deve ser, aliás, a postura de **todo servidor** ocupante de posto relevante na Administração Pública.

Porém, em ambos os cargos – Diretor e Coordenador –, ***máxime*** considerando as descrições feitas, **não** se mostra presente aquela **especial** relação de confiança justificadora do provimento em comissão ou função de confiança.

Exercem funções eminentemente **técnicas**, devendo relacionar-se harmonicamente com quaisquer que sejam o Secretário e o Prefeito Municipal, independentemente do partido a que pertençam ou de suas matrizes ideológicas. Ademais, os ocupantes de tais cargos **não** representam a autoridade nomeante, e **tampouco** desempenham papel de caráter estratégico no âmbito da Administração Municipal.

Ou seja: trata-se de cargos **técnicos** que devem observar as diretrizes do Poder Executivo, **não havendo**, porém, necessidade de uma **relação qualificada de confiança** com o Prefeito ou Secretário Municipal.

Portanto, **ausente** qualquer elemento a indicar a necessária **relação de fidúcia** entre o servidor e a autoridade superior.

Por pertinente:

> *"Incompatível com o mandamento constitucional a vinculação função de confiança de ofícios tão-somente burocráticos, técnicos ou operacionais, em que se mostra prescindível relação de especial confiança, que pudesse superar o ordinário respeito e lealdade às instituições públicas, dever comum a todos os servidores.*
>
> *Importante destacar a distinção entre cargo em comissão e função de confiança, exceções à obrigatoriedade do concurso público e destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.*
>
> *O cargo em comissão pode ser ocupado por servidores concursados ou não, observado o percentual mínimo constitucionalmente reservado aos servidores de carreira.*
>
> *A função de confiança, por sua vez, é exercida exclusivamente por*

Acesso ao Sumário

servidores ocupantes de cargo efetivo, isto é, concursados, nos termos dados pela Emenda Constitucional 19.

Ambos por serem de confiança são considerados de livre exoneração.

(...)

Feita a ressalva sobre a distinção havida entre 'cargos em comissão' e 'função de confiança', tem-se que o ponto fulcral de ambos é que tratam de 'direção, chefia e assessoramento', e para tanto, é necessário analisar, caso a caso, a essência das atribuições a serem exercidas pelos servidores que irão desempenhar as funções denominadas por 'direção', 'chefia' e/ou 'assessoramento'.

No caso presente, as atribuições a serem desempenhadas pelos cargos impugnados, data venia, não decorrem de atribuições de direção, chefia e assessoramento puras, que necessitam de relação de especial confiança com o agente político responsável pela nomeação." (destaquei e grifei – ADIn nº 2.177.144-92.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 09.02.22 – Rel. Des. **JAMES SIANO**).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade de autoria do Procurador-Geral de Justiça, questionando a função de confiança de 'Secretária da Presidência', prevista no Anexo I da Lei nº 7.414, de 17 de dezembro de 2020, do Município de Bauru. ***Função de confiança atribuída a servidor efetivo que não corresponde a acréscimos de responsabilidade de natureza gerencial ou de supervisão, como seria esperado.*** *Incidência do tema de Repercussão Geral nº 1.010 do STF. Violação dos arts. 111, 115, II e V, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.* ***Inconstitucionalidade*** *declarada. Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos da decisão."* (destaquei e grifei – ADIn nº 2.169.136-29.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 16.03.22 – Rel. Des. **FÁBIO GOUVÊA**).

"EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Marília – ART. 1º DA LEI Nº 8.497, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, *QUE MODIFICOU A LEI Nº 8.155, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2017, e criou cargos em comissão na Empresa Municipal de Mobilidade Urbana de Marília – EMDURB. 1 AMICUS CURIAE – Intervenção pretendida – Descabimento – Não basta que o requerente apresente informações para auxílio da Corte na análise da inconstitucionalidade, sendo necessária também a demonstração de desinteresse quanto ao julgamento da causa – Pedido de intervenção indeferido. 2. Cargos de provimento em comissão e* ***funções de confiança que não tem atribuições típicas de chefia, direção e assessoramento – Impossibilidade – Inconstitucionalidade configurada – Limitações à autonomia municipal em face da necessária igualdade de acesso aos***

Acesso ao Sumário

cargos públicos e aplicação do princípio da obrigatoriedade de concurso público para provimento de cargos públicos *– Violação do princípio da reserva legal – Tema 1.010 de Repercussão Geral, do C. STF – Ação procedente, com modulação de efeitos e ressalva."* (destaquei e grifei – ADIn nº 2236675-46.2020.8.26.0000 – p.m.v. de 16.03.22 – Rel. Des. **VIANNA COTRIM**).

Não é a mera denominação como "diretor", "chefe", "assessor" ou similar que torna o cargo comissionado ou a função de confiança compatível com a ordem constitucional. É pelas **atribuições** que se extrai a presença do requisito de confiança e pessoalidade. E essas, no presente caso, como é possível deduzir da letra da lei na parte acima transcrita, **não** evidenciam funções além das de natureza estritamente técnica.

A propósito, a título de exemplo, este **Eg. Órgão Especial** tem reiteradamente julgado **inconstitucionais** os cargos em comissão de **Diretor**, **Vice-Diretor de Escola**, **Coordenador Pedagógico**, dentre outros.

Nesse sentido: ADIn nº 2.243.127-43.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 14.08.19 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**; ADIn nº 2.110.486-57.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 30.10.19 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; ADIn nº 2.210.614-85.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 29.01.20 – Rel. Des. **ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**; ADIn nº 2.206.722-71.2019.8.26.0000 – v.u. j. de 19.02.20 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**; ADIn nº 2.221.023-86.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 04.05.22 – Rel. Des. **LUCIANA BRESCIANI**, dentre inúmeros outros.

Daí a **invalidação**, acompanhando o voto do I. Relator, dos cargos aqui em exame.

Como bem pontuado pela D. Procuradoria:

"A função de confiança de que trata o texto constitucional como sendo um encargo de direção, chefia e assessoramento, atribuído a servidor ocupante de cargo efetivo, nada mais é que uma adição de atribuições relacionadas com as atividades de direção, chefia e assessoramento às incumbências do cargo efetivo, com componente político. No caso, as normas impugnadas descrevem atribuições técnicas e profissionais, elementares às carreiras docentes."

"Ao 'Diretor de Unidade Escolar' foram conferidas atribuições genéricas e técnicas consistentes em administrar a escola de acordo com a organização e normas implementadas pela Secretaria Municipal de Educação, responsabilizando-se pela gestão do planejamento, execução, controle e avaliação dos processos e procedimentos administrativos da gestão pedagógica e da docência para o fortalecimento e efetividade das práticas de atendimento à demanda educacional (Anexo II da Lei nº

Acesso ao Sumário

1.327/2018).”

“Por sua vez, ao ‘Coordenador Pedagógico’ couberam as atribuições de coordenar, assessorar e supervisionar as práticas didático-pedagógicas de ensino e aprendizagem de responsabilidade da escola, com atuação na Unidade Escolar ou na Secretaria Municipal de Educação, visando assegurar a efetividade e qualidade de desenvolvimento e avaliação do processo educacional (Anexo II da Lei nº 1.327/2018).”

“Embora na descrição das atribuições das funções de confiança contestadas tenham sido utilizadas as expressões ‘assessorar’, ‘coordenar’, ‘administrar’ etc., em verdade, foram enumeradas atividades destinadas a atender necessidades executórias ou a dar suporte subalterno a decisões e execução.”

“A necessidade de uma burocracia permanente na Administração Pública se dá em função do intencional objetivo de afastar o spoil’s system, cuja adoção é, *como exposto, cravada pela excepcionalidade.”* (fls. 369/370).

Por fim, é imprescindível esclarecer que a inconstitucionalidade ora decretada produz efeitos ***ex tunc***, fulminando as normas inconstitucionais **desde** o seu nascedouro.

Ressalva-se, no entanto, a não repetição das parcelas recebidas de boa-fé até a data deste julgamento, caso contrário, haveria indevido enriquecimento sem causa da Administração que teve prestados os serviços e por ele não arcaria com o pagamento.

Daí a **inconstitucionalidade** dos **incisos I e II do § 2º do art. 5º da Lei nº 1.327, de 26.10.18**, do Município de Ilhabela, por afronta aos **artigos 111, 115. II e V e 144 da Constituição Estadual.**

Mais não é preciso acrescentar.

3. Pelo meu voto, acompanho o Relator para julgar procedente a ação, com ressalva.

EVARISTO DOS SANTOS, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2195126-56.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO BRANCO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO BRANCO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.478)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, LUIZ ANTONIO DE GODOY e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 10 de agosto de 2022.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO BRANCO. Omissão legislativa para estabelecimento de prazos e procedimentos para a prática de atos administrativos no âmbito da Administração Municipal, a fim de cumprir o comando do artigo 113 da Constituição Paulista, de observância obrigatória no âmbito municipal (art. 144 da Constituição Estadual). A negativa do Município de exercer tal dever caracteriza verdadeira inércia legislativa e legitima o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, § 2º, da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 90, § 4º, da Constituição Estadual). Fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que seja suprida a omissão, sob pena de aplicação da Lei Estadual nº 10.177/1998 ("Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual") para disciplinar a matéria, no que couber, até o suprimento da mora legislativa. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Ação procedente, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo ajuizou a presente

ação direta de inconstitucionalidade por omissão, objetivando a declaração de mora legislativa, quanto à edição de lei formal em sentido estrito estabelecendo prazos para a prática de atos administrativos e recursos adequados para sua revisão, efeitos e forma de processamento, como determina o art. 113 da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta Paulista.

Argumenta, em resumo, que a omissão configura violação ao princípio da processualidade, inspirado em outros princípios e regras, como o da moralidade, eficiência, impessoalidade, publicidade, transparência, segurança jurídica e do devido processo legal.

Requereu, assim, a procedência do pedido para que seja: a) declarada a existência de mora legislativa quanto à edição de ato normativo específico para fixação de prazos para a prática de atos administrativos e recursos adequados para sua revisão, efeitos e forma de processamento; b) dada ciência ao Prefeito e à Câmara Municipal de Ribeirão Branco, fixando-se prazo para a edição do ato normativo imprescindível à concretização das diretrizes constitucionais já consignadas; c) fixada a observância da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, no que couber, no âmbito do Município de Ribeirão Branco em caso de persistência da omissão normativa além do prazo fixado no item anterior.

Não houve pedido liminar.

Requisitadas informações, o Prefeito Municipal apontou que no Município de Ribeirão Branco está em vigor a Lei Municipal nº 11/2013, que estabelece procedimentos, normas e prazos padronizados para garantir o acesso às informações da administração pública municipal, bem como para adoção de atos. Sustenta que a situação questionada está em consonância com a disposição da Constituição do Estado, e que o pedido desta ação direta deve ser julgado improcedente (fls. 56/59).

Por sua vez, decorreu *in albis* o prazo para que o Presidente da Câmara Municipal e a dd. Procuradoria-Geral do Estado apresentassem sua manifestação, conforme certidões de fl. 50 e 75.

O i. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 80/86, reiterando o pedido inicial de procedência da ação.

É o relatório.

A presente ação por omissão foi proposta pelo Procurador Geral de Justiça em razão da inexistência de lei formal em sentido estrito que estabeleça prazos para a prática de atos administrativos e recursos adequados para sua revisão, efeitos e forma de processamento, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo do Município de Ribeirão Branco.

Nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição Federal[1] (reproduzido pelo

Acesso ao Sumário

1 Constituição Federal – "Art. 103

art. 90, § 4º, da Constituição Paulista[2]), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a *"tornar efetiva norma constitucional", devendo ser "dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias"*.

Na hipótese, a norma constitucional que se pretende tornar efetiva pelo Município é o art. 113 da Constituição Estadual que prevê que: *"A lei deverá fixar prazos para a prática dos atos administrativos e estabelecer recursos adequados a sua revisão, indicando seus efeitos e forma de processamento"*.

A norma do artigo 113 da Constituição Paulista reflete o princípio da processualidade, tendo como objetivo garantir a proteção de direitos dos administrados em face da atuação pública no âmbito municipal, com a concretização do devido processo legal.

Referida norma é de reprodução obrigatória pelo Município por força do artigo 144 da Carta Paulista, o qual, não obstante conferir aos Municípios autonomia organizacional, também o submete aos princípios estabelecidos pela Constituição. Como cediço, a referida autonomia municipal não tem caráter absoluto e soberano. Pelo contrário, encontra limites nas normas constitucionais, as quais devem ser obrigatoriamente observadas pelos Municípios.

Assim nas hipóteses em que a própria Constituição determina a exigência de diploma normativo, a negativa do Município de exercer tal dever, caracteriza verdadeira inércia e legitima o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Sobre o tema, lição do Ministro Luis Roberto Barroso:

> "Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional. Nesta hipótese, sua inércia será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão. Adotando-se a tríplice divisão das normas constitucionais quanto a seu conteúdo, a omissão, como regra, ocorrerá em relação a uma norma de organização ou em relação a uma norma definidora de direito. As normas programáticas, normalmente, não especificam a conduta a ser adotada, ensejando margem mais ampla de discricionariedade aos poderes públicos[3]".

(...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

2 **Constituição Paulista** – "Art. 90

(...)

§ 4º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade".

3 "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", Saraiva, p. 250/251.

Acesso ao Sumário

No âmbito federal foi editada a Lei nº 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Por sua vez, no Estado de São Paulo, foi editada a Lei nº 10.177/88.

O Município de Ribeirão Branco, contudo, não cuidou de editar norma dispondo sobre a matéria tratada no art. 113 da Carta Paulista.

De se registrar que a norma mencionada pelo Prefeito de Ribeirão Branco, em suas informações de fls. 56/59, Lei nº 11, de 03, de junho de 2013[4] (fls. 61/68), não dispõe acerca do processamento de demandas perante o Poder Público e dos prazos e dos recursos adequados para sua revisão (art. 133 da Constituição Estadual), como bem apontou o i. membro do Ministério Público às fls. 81, mas versa especificamente sobre a forma de obtenção de acesso à informação de órgãos públicos municipais, de sorte que não subsiste a alegação de improcedência da presente ação pretendida pelo requerido.

Inexistente, pois, lei específica municipal que trata da matéria prevista no art. 133 da Constituição Estadual, de modo que caraterizada está a omissão constitucional.

Neste sentido, julgados deste C. Órgão Especial pela procedência da ação, com a fixação de prazo para que o Município adote as providências necessárias para sanar a omissão legislativa:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Município de Conchal – Omissão legislativa para estabelecimento de prazos e procedimentos para a prática de atos administrativos no âmbito da Administração municipal de ambos os poderes, segundo o artigo 113 da Constituição Bandeirante, de observância obrigatória – Projetos de lei em tramitação que não foram convolados em norma vigente e eficaz no ordenamento jurídico municipal – Inércia que implica na ineficácia de preceito constitucional – Precedente deste Órgão Especial – Fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que seja suprida a omissão, sob pena de aplicação da Lei Estadual nº 10.177/1998 ("Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual") para disciplinar a matéria até que a purgação da mora – Ação procedente, com determinação."[5].
>
> "**Ementa**: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA QUE ESTABELEÇA PRAZOS PARA A PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS E RECURSOS ADEQUADOS PARA SUA REVISÃO, EFEITOS E FORMA DE PROCESSAMENTO NO MUNICÍPIO DE IACANGA/SP – ARTIGO 113 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – MORA LEGISLATIVA CONFIGURADA – EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROCESSUALIDADE – FIXAÇÃO

Acesso ao Sumário

4 Lei nº 11/2013 – "DISPÕE SOBRE O ACESSO À INFORMAÇÃO NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO BRANCO, PREVISTO NO INCISO XXXIII, DO CAPUT, DO ART. 5.º, NO INCISO II, DO PARÁGRAFO 3.º, DO ART. 37 E NO PARÁGRAFO 2.º DO ART. 216, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL."

5 ADO nº 2089231-72.2021.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. 20.10.2021.

DO PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA DIAS) PARA PROVIDÊNCIAS, A CONTAR DA DATA DO JULGAMENTO – ESTABELECIMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 10.177/1998 PARA O CASO DE PERSISTIR A INÉRCIA – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE."[6]

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUE ESTABELEÇA PRAZOS PARA A PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS E RECURSOS ADEQUADOS PARA SUA REVISÃO, EFEITOS E FORMA DE PROCESSAMENTO, NO ÂMBITO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO DO MUNICÍPIO DE LEME – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 113 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – NORMA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELO MUNICÍPIO, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA E DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 144 DA CARTA BANDEIRANTE – AÇÃO PROCEDENTE – CONCESSÃO DE PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO REGULAMENTANDO A MATÉRIA, SOB PENA DE APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 10.177, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1.998, EM CASO DE PERSISTÊNCIA DA OMISSÃO."[7]

Neste contexto, fixa-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o suprimento da mora legislativa, a contar do presente julgamento. Caso superado o prazo concedido e mantida a inércia, determina-se que o Município observe os termos da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, no que couber, até a purgação da mora.

Pelo exposto, julgo procedente a ação, nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272391-03.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE COSMÓPOLIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE COSMÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.842)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO

Acesso ao Sumário

6 ADO nº 2019085-40.2020.8.26.0000, Rel. Francisco Casconi, j. 24.02.2021.

7 ADO nº 2080724-93.2019.8.26.0000, Rel. Des. Renato Ssartorelli, j. 07.08.2019.

VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 17 de agosto de 2022.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO AUTÔNOMO. ALTERAÇÃO DA DENOMINAÇÃO DA GUARDA CIVIL MUNICIPAL PARA POLÍCIA MUNICIPAL. Normas constitucionais referentes à segurança pública que são de observância obrigatória pelos entes estatais subnacionais. Guarda municipal que não integra o rol das instituições responsáveis pela segurança pública no Brasil (caput do artigo 144 da Constituição Federal). Guardas municipais às quais se conferiu apenas a função de proteger bens, serviços e instalações municipais, obedecidos os preceitos da lei federal (§ 8º do artigo 144 da Constituição Federal e artigo 147 da Constituição Estadual). Inconstitucionalidade configurada.

Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em face do Decreto n. 5.160, de 19 de março de 2018, do Município de Cosmópolis.

Transcreve o ato normativo impugnado, que diz ofender os artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal e 144 e 147 da Constituição do Estado. Argumenta que se trata de decreto autônomo, dotado de abstração, generalidade e indeterminação, razão pela qual é possível o controle concentrado de constitucionalidade, conforme entende o E. STF. Pontua que não se discute crise de legalidade, pois o decreto em análise não se fundamenta em nenhum preceito legal municipal. Aduz que o decreto apresenta densidade normativa. Alega que o ato normativo municipal ofende o dispositivo constitucional estadual que autoriza o Município a constituir guardas municipais. Invoca o Tema 484 de repercussão geral para justificar a utilização de dispositivos constitucionais federais como parâmetro de análise, pois a disciplina constitucional da segurança

Acesso ao Sumário

pública é realizada por normas de observância obrigatória pelos entes federativos subnacionais. Salienta que a Constituição Federal arrola de forma taxativa os órgãos e entidades incumbidos da segurança pública, e que dentre esses não consta a polícia municipal. Ressalta que o E. STF fixou entendimento de que as guardas municipais não integram o conjunto de órgãos de segurança pública, no julgamento do MI 6515, em junho de 2016, e da ADI 5538, em março de 2021. Conclui que a Municipalidade não pode alterar a denominação da guarda municipal, expressão contida no artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, para "polícia municipal". Acrescenta que o Estatuto da Guarda Municipal, em seu artigo 19, proíbe a utilização de denominação idêntica à das forças militares, autorizando expressamente o uso das "denominações consagradas pelo uso, como guarda civil, guarda civil municipal, guarda metropolitana e guarda civil metropolitana" (parágrafo único do artigo 22). Pondera que a guarda municipal pode desempenhar algumas funções correlatas ao poder de polícia municipal, conforme preceitua o Tema 472 de repercussão geral, mas que essa autorização não a equipara às polícias. Salienta que a função das guardas municipais limita-se, conforme determina a Constituição Federal, à proteção de bens, instalações e serviços municipais. Transcreve julgados (fls. 1/14).

Ausente pedido de liminar, processou-se o feito (fls. 66/67).

Os réus apresentaram suas informações (fls. 74/76 e 82/89).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou-se pela procedência da ação (fls. 94/102).

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu a procedência da ação (fls. 107/121).

É o relatório.

Pretende o Procurador Geral de Justiça obter a declaração de "inconstitucionalidade do Decreto n. 5.160, de 19 de março de 2018, do Município de Cosmópolis" (fls. 14).

Observe-se, de início, que **o decreto ora impugnado poderia mesmo ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade**, conforme entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal e expresso no seguinte julgado:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 4.264/1995 DA BAHIA. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Cabe ação direta de inconstitucionalidade contra decreto autônomo. 2. Decreto do Governador da Bahia determinante aos secretários e dirigentes da Administração Pública direta de convocação para grevistas reassumirem seus cargos, instauração de processo administrativo disciplinar, desconto em folha de pagamento dos dias de greve e contratação temporária de servidores não contraria os arts. 9º, 22, inc. I, e 37, incs. VII e IX, da Constituição da*

Acesso ao Sumário

República. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

[...]

Este Supremo Tribunal "firmou o entendimento de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra decreto que regulamenta lei, ou porque, havendo divergência entre aquele e esta, a questão se situa primariamente no terreno da legalidade, ou porque, sendo a norma daquele mera reprodução da desta, a inconstitucionalidade a ser atacada é da norma legal e só por via de consequência se reflete na norma do Decreto que a reproduz" (ADI n. 2.121/SC, Relator o Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 15.12.2000).

Entretanto, este Supremo Tribunal admite cabível a ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto autônomo (no qual não se regulamenta lei), a viabilizar o exame de sua constitucionalidade.

[...]

Na espécie, o Decreto baiano n. 4.264/1995 tem caráter autônomo, não regulamenta lei e inova o ordenamento jurídico, sendo cabível o controle abstrato de constitucionalidade. (ADI 1306, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2018, DJe-227 DIVULG 17-10-2019 PUBLIC 18-10-2019)

No caso dos autos, o decreto impugnado não regulamenta lei e inova juridicamente. É, portanto, decreto autônomo, passível de controle abstrato de constitucionalidade.

A ação é procedente.

O Decreto n. 5.160, de 19 de março de 2018, do Município de Cosmópolis, que "autoriza a Guarda Municipal de Cosmópolis a utilizar a expressão 'Polícia Municipal', e dá outras providências", assim dispõe:

Art. 1º Fica autorizada à Guarda Municipal de Cosmópolis a utilização do termo "Polícia Municipal" nas viaturas, uniforme e brasão da Corporação.

Art. 2º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

O autor da ação alega que a lei impugnada ofende os seguintes dispositivos constitucionais, que, por simetria, aplicam-se aos Municípios[1]:

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*

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.

Acesso ao Sumário

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.*

Art. 144. *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

I – *polícia federal;*

II – *polícia rodoviária federal;*

III – *polícia ferroviária federal;*

IV – *polícias civis;*

V – *polícias militares e corpos de bombeiros militares.*

VI – *polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)*

[...]

§ 8º *Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. (Vide Lei nº 13.022, de 2014)*

Constituição Estadual

Artigo 147 – *Os Municípios poderão, por meio de lei municipal, constituir guarda municipal, destinada à proteção de seus bens, serviços e instalações, obedecidos os preceitos da lei federal.*

Acesso ao Sumário

As normas constitucionais referentes à segurança pública são de obser-

vância obrigatória pelos entes estatais subnacionais, que devem reproduzir em seus âmbitos a estrutura institucional criada em nível nacional.

Trata-se de tema fundamental para a estruturação e o exercício do poder estatal, razão pela qual deve guardar uniformidade em todo o território brasileiro.

Como visto, a Constituição Federal, ao elencar as instituições responsáveis pela segurança pública no Brasil, no *caput* de seu artigo 144, não incluiu em seu rol a guarda municipal. Na realidade, a criação das guardas municipais foi autorizada apenas para a função de proteger bens, serviços e instalações municipais, obedecidos os preceitos da lei federal (§ 8º do artigo 144 da Constituição Federal e artigo 147 da Constituição Estadual).

Ademais, a Lei n. 13.022, de 8 de agosto de 2014, o Estatuto das Guardas Municipais, veda a utilização de denominação idêntica à das forças militares, quanto aos postos e graduações, títulos, uniformes, distintivos e condecorações (artigo 19), assegurando, contudo, o emprego de "outras denominações consagradas pelo uso, como guarda civil, guarda civil municipal, guarda metropolitana e guarda civil metropolitana" (parágrafo único do artigo 22).

Daí se conclui que não poderia o Prefeito do Município ter criado norma possibilitando a utilização pela guarda municipal da denominação "Polícia Municipal", que não se coaduna com o desenho institucional da segurança pública nacional nem com a finalidade constitucional da guarda municipal.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "[é] certo que a guarda municipal pode, de fato, desempenhar atribuições correlatas ao poder de polícia municipal, tal como impor sanções administrativas por violação às normas de trânsito (Tema 472 de Repercussão Geral). **Contudo, isso não se equipara à atividade policial, isto é, ao conjunto de atribuições próprias de determinados órgãos de segurança pública executadas por policiais.** Cumpre, nesta quadra, assinalar que as guardas municipais não são órgãos militarizados encarregados das funções de polícia judiciária nem da polícia militarizada de segurança preventiva. As guardas municipais têm a missão assinalada na Constituição, **dissociada e distinta** das corporações militares de segurança pública. Embora todas elas exerçam, grosso modo, competências de polícia *lato sensu*, a atribuição das guardas municipais tem ligação **restrita** com a **proteção de bens, instalações e serviços municipais**, não podendo ser identificada à denominação que a Constituição não lhe destina e reserva exclusivamente aos organismos arrolados em seu art. 144." (fls. 118/119, destaques no original).

O decreto em análise, portanto, viola os artigos 144 e 147 da Constituição Estadual.

É este o entendimento deste Colendo Órgão Especial, que assim decidiu, ao analisar casos semelhantes ao presente:

Acesso ao Sumário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 3.340, DE 20 DE SETEMBRO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE ARTUR NOGUEIRA/SP, QUE 'DÁ DENOMINAÇÃO DE POLÍCIA MUNICIPAL DE ARTUR NOGUEIRA À INSTITUIÇÃO GUARDA CIVIL MUNICIPAL DE ARTUR NOGUEIRA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – ATO NORMATIVO QUE CONTRARIA O MODELO ESTRUTURAL BÁSICO DOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA, TRAÇADO NO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – GUARDA MUNICIPAL É ÓRGÃO DE CRIAÇÃO FACULTATIVA NO ÂMBITO MUNICIPAL, COM ATRIBUIÇÕES PRIMÁRIAS DESTINADAS À PROTEÇÃO DE SEUS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES – LEI FEDERAL Nº 13.022/2014, ADEMAIS, QUE REFORÇA A DIFERENCIAÇÃO DO ÓRGÃO EM RELAÇÃO ÀS POLÍCIAS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTAS – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA DENOMINAÇÃO 'POLÍCIA' PELAS GUARDAS MUNICIPAIS – DESALINHO AOS ARTIGOS 144 E 147 DA CARTA ESTADUAL – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2127627-55.2020.8.26.0000; Relator: Des. Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20/04/2022; Data de Registro: 26/04/2022)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.511, de 09 de outubro de 2017, do Município de Pitangueiras, que "modifica a denominação Guarda Civil Municipal de Pitangueiras para Polícia Municipal de Pitangueiras" – Afronta ao disposto pelo artigo 147 da Constituição Bandeirante, que reproduz o artigo 144, parágrafo 8º da Constituição Federal, que destaca as atribuições da Guarda Civil das atribuições das Polícias – Inconstitucionalidade declarada – Ação julgada procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2240667-78.2021.8.26.0000; Relator: Des. Vianna Cotrim; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20/04/2022; Data de Registro: 25/04/2022)

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 5.160, de 19 de março de 2018, do Município de Cosmópolis.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2182288-47.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são

autores PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA SALETE, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA SALETE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC' E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.650)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 24 de agosto de 2022.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca de Santa Salete. Art. 126, da Lei Orgânica do Município. Ação proposta pelo Procurador-Geral de Justiça aduzindo: i) inconstitucionalidade formal por afronta a reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo; ii) inconstitucionalidade material por afronta aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público. Violação aos artigos 5º, 24, § 2º, 4, 111, 128, 144, da Constituição Estadual. Tema 223 de Repercussão Geral. Ação procedente, com efeito *ex tunc*.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo E. Procurador-Geral de Justiça em face do artigo 126, da Lei Orgânica do Município de Santa Salete, de 15 de novembro de 1.997, que dispõe: "Aos Servidores Públicos do município, portadores de Título Universitário, fica assegurado um adicional de 10% (dez por cento) sobre o respectivo padrão de vencimentos.

Sustenta que a concessão aos servidores públicos de adicional de nível universitário de forma genérica e indistinta é inconstitucional, apontando infringência aos artigos 5º, 24, § 2º, 4 (reproduzida no art. 61, § 1º, II, "c", da Consti-

tuição Federal, aplicável aos Municípios por força do artigo 144, da Constituição Estadual), 111 e 128, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Aduz que as regras acerca do regime jurídico dos servidores públicos, que compreendem as regras disciplinadoras de direitos e obrigações, inclusive as atinentes à remuneração, são de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, sendo vedado seu tratamento por lei de iniciativa parlamentar, incorrendo em inconstitucionalidade formal.

Cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Tema 223, em sede de repercussão geral, que firmou entendimento de que *"É inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município"*.

Afirma ainda inconstitucionalidade material porque a disposição permite, através de sua textura genérica, indistinta e universal, a concessão do adicional de qualificação para servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo, ainda que não haja aderência entre o nível de formação e o plexo de atribuições de seu cargo e mesmo que a formação seja requisito para a investidura, gerando duplicidade de remuneração, o que viola os princípios da moralidade, igualdade, razoabilidade, finalidade e interesse público.

Postula a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 126 da Lei Orgânica do Município de Santa Salete, por afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 4, 111, 128, 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

O pleito liminar foi deferido para suspender a eficácia do artigo 126, da Lei Orgânica do Município de Santa Salete, até final julgamento da presente ação, requisitadas informações e determinada a citação da Procuradoria-Geral do Estado (fls. 127/129).

A Câmara Municipal manifestou-se a fls. 136/145 pela constitucionalidade do dispositivo legal impugnado, argumentando que a gratificação em questão foi criada como forma de incentivo ao servidor público municipal buscar sempre uma maior qualificação na sua carreira no intuito de sempre melhorar e prestar um serviço mais qualificado, incentivando o servidor e consequentemente deixando a disposição do município servidores cada vez mais qualificados e prontos para atenderem as necessidades do município caso necessite de um serviço qualificado em determinada área. Aduz que a alegação de ilegalidade da gratificação em questão pelo Tribunal de Contas, não impede que o judiciário tenha entendimento contrário e que mantenha o direito adquirido pelos servidores públicos, justamente pela autonomia de poderes entre o mesmo e o judiciário. Invoca a aplicação do princípio da irredutibilidade de vencimentos do servidor público, tendo em vista que a gratificação de Título Universitário constitui verdadeiro aumento de remuneração, e que vem sendo paga há mais de 20 anos, aduzindo que a sua supressão afrontaria o artigo 37, inciso XV da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal. Rechaça a arguição de inconstitucionalidade formal, aduzindo que a gratificação ora questionada foi instituída por iniciativa do Chefe do Poder Executivo e promulgada pela Câmara Municipal por meio de seus representantes da época. Rechaça também a alegação de que as regras de remuneração dos servidores devem estar contidas apenas no estatuto dos servidores públicos e, como, sabemos é plenamente possível a instituição de gratificações e planos de carreiras em leis esparsas.

A Prefeitura Municipal deixou de manifestar-se no prazo legal, conforme certidão de fls. 182.

A Procuradoria-Geral do Estado, devidamente citada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se, conforme certidão de fls. 181.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 187/197 opinou pela procedência do pedido, conforme ementa:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 126 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SANTA SALETE. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DE A LEI ORGÂNICA MUNICIPAL DISCIPLINAR ASPECTOS DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS. SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VANTAGEM PECUNIÁRIA. PREVISÃO GENÉRICA. ADICIONAL DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO. INSTITUIÇÃO DESVINCULADA DO ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, RAZOABILIDADE E FINALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO. INDEFERIMENTO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
>
> 1. Inconstitucionalidade formal. O art. 126 da Lei Orgânica Municipal, que institui vantagem remuneratória a servidores públicos, afronta as regras relativas à reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo no que tange à normatização e remuneração de servidores, como assentado em repercussão geral (Tema 223).
>
> 2. Inconstitucionalidade material. A concessão genérica de adicional aos servidores públicos que possuam diploma universitário, sem critérios objetivos determinados, viola os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público.
>
> 3. A vantagem pecuniária deve ser orientada única e exclusivamente à valorização do profissional cujo grau universitário tenha aderência ou relação lógica e direta com o plexo de funções elementares ao cargo e desde

Acesso ao Sumário

que não caracterize duplicidade de remuneração.

4. Pedido de modulação de efeitos decisórios que não reúne as condições exigidas pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99.

5. Violação aos arts. 5º, 24, § 2º, 4, 111, 128 e 144, da Constituição Estadual.

6. Procedência dos pedidos.

É o relatório.

O dispositivo impugnado assim dispõe:

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SANTA SALETE

(...)

TÍTULO VIII

DAS DISPOSIÇÕES ORGÂNICAS GERAIS

Art. 126 Aos Servidores Públicos do município, portadores de Título Universitário, fica assegurado um adicional de 10% (dez por cento) sobre o respectivo padrão de vencimentos.

De rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade formal por invasão da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Sobre tal ponto, cumpre consignar que o princípio da Separação dos Poderes, expresso no art. 2º da Constituição Federal[1] e no art. 5º da Constituição do Estado[2], consiste na independência e harmonia a medida que cada Poder tem a sua esfera de atuação preponderante, de forma que cabe ao Legislativo exercer, preponderantemente, atividades legislativas; ao Executivo atividades executivas e cabe ao Judiciário exercer a atividade jurisdicional. Contudo, esses três Poderes exercem atividades atípicas que se inserem no âmbito de competência preponderante de outro Poder, de tal forma que o Poder Executivo também pode exercer função judicante e função legislativa.

O que não se admite, é o ingresso de um Poder na área de atuação preponderante de outro Poder, de competência privativa de outro Poder, estando tais competências delimitadas expressamente na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, em regra, a iniciativa legislativa pertence ao Poder Legislativo, sendo a iniciativa legislativa cabível ao Executivo exceção.

Cumpre ressaltar que não há entre o Legislativo e o Executivo subordinação administrativa ou política, mas sim um entrosamento de funções e de

1 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

2 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.

atividades político-administrativas.

É certo que a Câmara Municipal ao exercer sua função precípua deve respeitar as reservas constitucionais da União e as do Estado-membro, podendo legislar a respeito de matérias administrativas, tributárias e financeiras de âmbito local, conforme disposto no art. 30, da Constituição Federal.

MEIRELLES ressalta que:

> A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no prefeito.
>
> (...)
>
> Essa divisão de funções já era reclamada por Cortines Laxes, nos idos do Império, "como uma das mais palpitantes necessidades do sistema municipal". E continua a sê-lo na atualidade, para que os dois Poderes do governo local – independentes e harmônicos entre si – possam atuar desembaraçadamente no campo reservado às suas atribuições específicas. A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória da separação institucional de suas funções (CF, art. 2º).
>
> (...)
>
> Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora *leis*, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê *in genere*, o Executivo *in specie*; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em *ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental.*[3]

Como já mencionado, a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo é excepcional e demanda interpretação restrita. A esse respeito MEIRELLES esclarece:

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 497-498.

> *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 emprego 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. (*op. cit.*, p. 597).

Cumpre consignar, ainda, que a Constituição do Estado em seu art. 24, § 2º, aplicável aos Municípios por força do art. 144, do mesmo diploma e art. 29, da Constituição Federal, estabelece como competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo:

> *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.*

Traçadas tais linha gerais, de rigor anotar que a iniciativa legislativa inerente à Lei Orgânica é incompatível com a regra de iniciativa reservada inserta no art. 24, § 2º, 4, da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Sobre o assunto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, Tema 223, fixou a seguinte tese: *"É inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município."*

Dessa forma, o art. 126 da Lei Orgânica do Município de Santa Salete, ao dispor sobre remuneração dos servidores, estabelecendo adicional de 10% (dez por cento) sobre o respectivo padrão de vencimentos, para os servidores públicos municipais portadores de título universitário invadiu seara de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, afrontando os artigos **5º** *(São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o*

Judiciário), **24, § 2º, 4** *(Art. 24. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre: 4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria)*, **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)* **128** *(As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço)* e **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)* da Constituição Estadual.

Contudo, tendo em vista que o dispositivo impugnado encontra-se em vigor desde 1997, necessária a observância da irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, para a preservação das situações já consolidadas.

Nesse sentido, já se manifestou este C. Órgão Especial:

Ação direta de inconstitucionalidade. Questionamento de validade do artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Altair. Dispositivo que dispõe que o servidor "com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha exercer, a qualquer título, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano até o limite de dez décimos". Alegação de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes. Reconhecimento. Conforme decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 590.829, em sede de repercussão geral (Tema 223), "é inconstitucional, por afrontar a iniciativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município". ***Dispositivo impugnado, entretanto, que está em vigor há mais de 30 anos, período em que boa parte dos servidores (muitos já aposentados) adquiriram direito à incorporação. Fato que justifica a preservação das situações já consolidadas, com base na teoria do fato consumado e nos princípios da segurança jurídica, dignidade da pessoa humana e proteção da confiança legítima. Modulação, sob esse aspecto, que se mostra possível e razoável, considerando: (a) que, antes da Emenda Constitucional 103, de 12/11/2019, a previsão normativa de incorporação de décimos, em si, era válida; e (b) que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, no presente caso, se dá somente pelo reconhecimento de vício de competência, e não porque a incorporação de décimos (que vi-***

Acesso ao Sumário

gorou até a reforma previdenciária) fosse ilegítima ou imoral. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal que têm admitido esse tipo de solução "como forma de realizar justiça no caso concreto, à luz do princípio da segurança jurídica". A orientação é de que "aplica-se a teoria do fato consumado nas hipóteses em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso de tempo". Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Altair (editada em 04/04/1990), pelo reconhecimento de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes (Tema 223), com modulação do julgado, entretanto, para preservar os direitos dos servidores que preencheram os requisitos (temporais e normativos) para a incorporação de décimos antes da data da reforma da previdência, ou seja, 12/11/2019, a partir de quando essa espécie de ato normativo (dispondo sobre incorporação de vantagens temporárias) deixou de ser recepcionada pelo texto constitucional, conforme § 9º do artigo 39, da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2173309-96.2021.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 16/03/2022; Data de Registro: 17/03/2022).

Também prospera a arguição de inconstitucionalidade material, posto que a instituição de vantagens pecuniárias ou pessoais para servidores públicos deve atentar ao interesse público e estar em consonância com as exigências do serviço, nos termos do disposto no já mencionado art. 128 da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Bandeirante:

> ***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.*

Como bem lançado pelo Subprocurador-Geral de Justiça em seu parecer: *"os adicionais são compensatórios dos encargos decorrentes de funções especiais apartadas da atividade administrativa ordinária e as gratificações dos riscos ou ônus de serviços comuns realizados em condições extraordinárias. Com efeito, 'se o adicional de função (ex facto officii) tem em mira a retribuição de uma função especial exercida em condições comuns, a gratificação de serviço (propter laborem) colima a retribuição do serviço comum prestado em condições especiais' (Wallace Paiva Martins Junior. Remuneração dos agentes públicos, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85)."*

O art. 126 da Lei Orgânica do Município de Santa Salete estabelece adicional remuneratório de forma genérica e indistinta para todos os servidores públicos municipais que apresentem título universitário, independentemente da

formação ter qualquer relação com as funções desempenhadas.

Ocorre que tal concessão de forma ampla e genérica não atende ao interesse público, afrontando os princípios insculpidos no artigo 111, da Constituição Estadual, em especial o da moralidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e eficiência.

Assim já se manifestou este C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 20 da Lei nº 1.470, de 19 de março de 1990, do Município de Catiguá – Lei que "dispõe sobre a reestruturação do quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Catiguá, e dá outras providências" – Concessão de adicional por tempo de serviço, de 20% a 70% sobre o vencimento – Aplicação de índices desproporcionais e dissociados da exigência do serviço e do interesse público – ***Verba adicional que traduz vantagem pecuniária sem qualquer causa jurídica que a autorize – Violação dos princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Artigos 111, 128 e 144 da Constituição do Estado*** *– Inconstitucionalidade que se declara do artigo 20 da Lei nº 1.470, de 19 de março de 1990, do Município de Catiguá – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, aplicando-se os efeitos "ex tunc", observada a irrepetibilidade de valores porventura auferidos.* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2272411-91.2021.8.26.0000; Relator: Elcio Trujillo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 06/07/2022; Data de Registro: 07/07/2022).

"Adicional. Nível universitário. Município de Urania. Artigo 151 da Lei Complementar n. 01, de 22/5/1992. Benefício instituído em favor dos servidores titulares de diploma de nível superior, independentemente de aderência do nível de formação às funções do cargo. Ofensa ao quanto posto nos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual. Vantagem pecuniária que foi instituída de forma genérica, sem apontar eventual necessidade da medida com base no interesse público ou no atendimento de exigências do bem comum. Precedentes. Ação procedente, ressalvado o quanto já recebido de boa fé. Sem modulação." (ADI nº 2007335-07.2021.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 01.06.2022, v.u.);

Pelo exposto, é caso de reconhecimento da inconstitucionalidade formal e material do art. 126 da Lei Orgânica do Município de Santa Salete, por afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 4, 111, 128 e 144, da Constituição Estadual.

Necessária a aplicação do efeito "ex-tunc", observada a irrepetibilidade de valores percebidos de boa fé.

Isso posto, **JULGO PROCEDENTE a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 126 da Lei Orgânica do Município de Santa**

Acesso ao Sumário

Salete com efeito "ex tunc", observada a irrepetibilidade de valores recebidos de boa fé.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2297143-39.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT DE TATUÍ/SP, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TATUÍ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TATUÍ.

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 36.893)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 24 de agosto de 2022.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar Municipal de Tatuí n.º 34/21, que institui a taxa de coleta, remoção e destinação do lixo. ADI proposta pelo diretório municipal de partido político. Inadmissibilidade. Legitimidade exclusiva dos diretórios estaduais. Inteligência do art. 90, inc. VI, da Constituição Estadual. Princípio da simetria. Doutrina. Precedentes deste C. Órgão Especial. Extinção. Necessidade. Inteligência do art. 485, inc. VI, do NCPC.

Processo extinto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade (fls. 1/19) proposta pelo DIRETÓRIO MUNICIPAL DO PARTIDO DOS TRABALHADORES contra a Lei Complementar Municipal de Tatuí n.º 34/21, que institui a taxa de coleta, remoção e destinação do lixo.

O Autor sustenta seu pedido no art. 160, inc. II, da Constituição Estadual, que cuida da competência para instituir taxas em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte, ou postos a sua disposição, afirmando que: (i) a taxa de coleta, remoção e destinação do lixo é inexigível; (ii) o serviço é genérico e indivisível; (iii) a taxa "guarda inapropriada semelhança com a antiga taxa de conservação de logradouros públicos, declarada inconstitucional por este C. Tribunal e, como tal, carece de compatibilidade material". Assim, requer a suspensão da aplicação da lei impugnada e, ao final, a procedência do pedido para declarar a sua inconstitucionalidade.

Foi negada a tutela provisória (fls. 213/214).

A D. Procuradoria Geral do Estado não se manifestou (fl. 222).

Não foram prestadas informações (fl. 240).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela improcedência do pedido (fls. 245/254).

É o relatório.

A hipótese é de ADI proposta contra a Lei Complementar Municipal de Tatuí n.º 34/21, que institui a taxa de coleta, remoção e destinação do lixo.

A lei tem a seguinte redação:

"Art. 1º Fica acrescentada a alínea 'e' ao inciso III do art. 3º da Lei nº 1.721, de 08 de dezembro de 1983, que passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 3º Compõem o Sistema Tributário do Município:

(...)

III – taxas decorrentes da utilização, efetiva ou potencial de serviços públicos, específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos à sua disposição;

(...)

e) coleta, remoção e destinação do lixo.'

Art. 2º Fica acrescentado o inciso V ao art. 134 da Lei nº 1.721, de 08 de dezembro de 1983, que passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 134. As taxas de serviços serão devidas para:

(...)

V – coleta, remoção e destinação do lixo.'

Art. 3º Fica acrescentada a Seção XI ao Capítulo II da Lei nº 1.721, de

Acesso ao Sumário

08 de dezembro de 1983, acrescentando o artigo 149-A, que passa a vigorar com a seguinte redação:

'SEÇÃO XI

TAXA DE COLETA, REMOÇÃO E DESTINAÇÃO DO LIXO

Art. 149-A A taxa de coleta, remoção e destinação do lixo é instituída e tem como fato gerador a utilização efetiva ou a possibilidade de utilização, pelo contribuinte, dos serviços prestados pela municipalidade destinados à coleta, à remoção e à destinação do lixo e demais resíduos sólidos.

§ 1º Não estão incluídos na condição de lixo ou resíduo sólido a ser coletado e removido:

I – Os resíduos sólidos urbanos que excedam o volume máximo do serviço de coleta;

II – O mobiliário inservível como: móveis, colchões, utensílios de mudanças e outros similares, eletrodomésticos ou assemelhados;

III – Resíduos de oficinas e indústrias;

IV – Entulhos, terras e resto de materiais de construção;

V – Restos de limpeza e poda de jardins, pomares, hortas e quintais particulares;

VI – O resíduo que ofereça perigo ao serviço de coleta e à população, produzido em unidades industriais e que apresente ou possa apresentar riscos à saúde pública ou ao meio ambiente;

VII – O resíduo infectante resultante de atividades médico-assistenciais e de pesquisa produzido nas unidades de trato de saúde humana ou animal, composto por materiais biológicos ou perfurocortantes contaminados por agentes patogênicos, que apresentem ou possam apresentar riscos potenciais à saúde pública ou ao meio ambiente;

VIII – O resíduo radioativo, composto ou contaminado por substâncias radioativas;

IX – Os resíduos como lodos e lamas, gerados em estações de tratamento de águas ou de esgotos sanitários ou de fossas sépticas ou postos de lubrificação de veículos ou similares;

X – Os materiais de embalagens de mercadorias para proteção e/ou transporte, que apresente algum tipo de risco de contaminação do meio ambiente.

§ 2º Os itens excluídos do serviço de coleta serão de responsabilidade dos geradores dos resíduos, os quais são os responsáveis exclusivos pelo seu manejo, ficando sujeitos às normas estabelecidas pelos Órgãos Federais, Estaduais e Municipais.'

Art. 4º O sujeito passivo da taxa é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor, a qualquer título, de bem imóvel edificado, urbano ou rural, lindeiro à via ou logradouro público onde é prestado ou posto à disposição o serviço de coleta, remoção e destinação de lixo.

Acesso ao Sumário

§ 1º Considera-se também lindeiro o bem imóvel que tenha acesso à via ou logradouro público, por ruas ou passagens particulares, entrada de viela ou assemelhados.

§ 2º O impedimento de acesso ao imóvel lindeiro a via ou logradouro público, proveniente de barreiras, portões, guaritas ou outros entraves, não exclui a disponibilidade da prestação do serviço.

§ 3º A taxa prevista nesta Lei incide sobre os imóveis pertencentes ao patrimônio do ente público municipal, incluídas suas autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, enquanto utilizados, a qualquer título, por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

§ 4º Responde pelo crédito tributário a pessoa física ou a pessoa jurídica enquanto utilizar os imóveis de que trata o § 3º deste artigo.

Art. 5º A base de cálculo da taxa é o valor estimado para adequada e correta prestação de serviço de coleta, remoção e destinação do lixo.

Art. 6º São critérios de rateio da taxa:

I – A classificação do imóvel perante o cadastro imobiliário com suas características e peculiaridades;

II – O nível de renda da população da área atendida pelos serviços.

Art. 7º Para cálculo da Taxa de Coleta, Remoção e Destinação do Lixo, o Município levará em consideração a Tabela Auxiliar com aplicação da respectiva fórmula inserida no ANEXO ÚNICO, dotada dos seguintes requisitos:

I – O Valor Unitário da Taxa por metro quadrado de Área Construída corresponderá ao Valor Total do Custeio dos serviços de coleta, remoção e destinação do lixo, multiplicado pelo Fator Construtivo por Nível de Renda, divididos pela quantidade Total das Áreas Construídas no Município de Tatuí;

II – O Fator Construtivo por Nível de Renda será aplicado e classificado de acordo com a quantidade da área edificada em metros quadrados;

III – O resultado obtido pela soma das taxas de todas as áreas edificadas no Município, de acordo com o Fator Construtivo por Nível de Renda corresponderá ao Valor Total do Custeio dos serviços de coleta, remoção e destinação do lixo.

§ 1º Não haverá incidência de taxa de coleta, remoção e destinação de lixo sobre imóveis não edificados;

§ 2º A incidência da taxa independe da inserção da informação acerca da área construída no terreno no cadastro imobiliário municipal, sendo que, na ausência da informação e na constatação de construção sobre o imóvel pela atividade fiscalizatória, o lançamento poderá ser realizado mediante procedimento administrativo próprio.

Art. 8º A taxa será devida a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se der o início da prestação ou disponibilização do servi-

Acesso ao Sumário

ço de que trata o art. 2º desta Lei, mediante constatação e manifestação da Secretaria de Agricultura e Meio Ambiente do Município de Tatuí ou da Secretaria à qual couber a prestação do serviço.

Art. 9º O lançamento e o recolhimento da taxa poderão ser efetuados, observando-se as normas próprias estabelecidas em regulamento, juntamente com o Imposto Predial e Territorial Urbano.

Parágrafo único. Fica autorizada a administração pública municipal a estabelecer forma de cobrança diversa, em carnê autônomo ou por intermédio de inserção do valor da taxa em contas de consumo de serviço de abastecimento de água e tratamento de esgoto, mediante prévio ajuste com a concessionária prestadora do serviço.

Art. 10. Os acréscimos para recolhimento após o vencimento e as penalidades por descumprimento de obrigações tributárias acessórias e/ou principais deverão observar os dispositivos da Lei nº 2.612, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 11. A taxa observará as normas próprias e os dados do Cadastro Imobiliário.

Art. 12. A Secretaria Municipal de Agricultura e Meio Ambiente fica responsável pela comunicação oficial à Secretaria Municipal de Fazenda e Finanças das áreas em que o serviço é posto à disposição, inclusive fora do perímetro urbano, pelo menos uma vez por ano e até o mês de outubro.

Art. 13. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 14. Ficam revogadas as disposições em contrário.” (fls. 27/32)

“ANEXO ÚNICO

FÓRMULA:

VUTm2AC = VTC x FCNR

TAC

LEGENDA:

VUTm2AC – Valor Unitário da Taxa por metro quadrado de Área Construída

VTC – Valor Total do Custeio – R$ 11.230.160,10 (Coleta + Destinação + M.O.)

TAC – Total das Áreas Construídas – 6.015.167,67 em metragem quadrada1

FCNR – Fator Construtivo por Nível de Renda

Classificação Imóveis	Fator Aplicado
Até 80 m²	1,00
De 80,01 a 150 m²	1,25
De 150,01 a 300m²	1,50

Acesso ao Sumário

Acima de 300,01m²	1,75

1 Os dados cadastrais inseridos no sistema da Prefeitura Municipal de Tatuí revelam a existência de 18.020 unidades habitacionais com característica popular, ou seja, com até 80 metros quadrados de área construída, totalizando 1.878.142,62 metros quadrados; 20.539 unidades habitacionais com característica média, ou seja, de 80,01 a 150 metros quadrados de área construída, totalizando 2.831.723,62 metros quadrados; 3.707 unidades habitacionais com característica fina, ou seja, de 150,01 a 300 metros quadrados de área construída, totalizando 949.940,60 metros quadrados; e 1.054 unidades habitacionais com característica luxo, ou seja, acima de 300 metros quadrados, totalizando 355.360,83 metros quadrados.' (fl. 33)

Da ilegitimidade ativa.

A ADI foi proposta pelo DIRETÓRIO MUNICIPAL DO PARTIDO DOS TRABALHADORES (fl. 1), que não tem legitimidade para propor ADI, nos termos do art. 90, inc. VI, da CE.

Isso porque, se há muito "A pertinência subjetiva para a instauração do controle normativo abstrato perante o S.T.F. assiste, no plano das organizações partidárias, exclusivamente aos respectivos Diretórios Nacionais" (STF, Pleno, ADI 1.426-RS, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 21.03.96), no âmbito estadual a legitimidade ativa é exclusiva dos respectivos Diretórios Estaduais, consoante princípio da simetria.

Sobre o tema, a lição de Daniel Mitidiero:

"Surge nesse ponto, contudo, a questão ligada à distribuição do exercício de competências no âmbito do Estado Federal. **Se é certo que um dos elementos centrais da forma federativa de Estado é a autonomia (consubstanciada essencialmente nos poderes de auto-organização e autogoverno), também é certo que existem determinadas normas que se mostram de reprodução obrigatória nas ordens jurídicas parciais dos membros da Federação: costuma-se identificar aí o chamado 'princípio da simetria', cuja função consiste em limitar o poder de organização dos entes federados.**"

(Daniel Mitidiero. *Processo constitucional*: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, litro eletrônico, destacou-se)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Piracicaba. **Ação proposta pelo Diretório Municipal de Piracicaba do Partido Político Avante Piracicaba** (...) **Legitimidade ativa de partido político, consoante o disposto no art. 90, VI da Constituição do Estado é restrita a seu diretório estadual.** Ilegitimidade ativa. Precedentes. Ação extinta, sem resolução do mérito."

Acesso ao Sumário

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2110082-35.2021.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, unânime, j. 15.06.22, destacou-se)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 17.576/2021, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS NA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO – PROPOSITURA POR DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTICO – ILEGITIMIDADE ATIVA – PROCESSO EXTINTO. Condições da Ação. Legitimidade Ativa. **Somente o diretório estadual de partido político possui legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, independentemente de a lei impugnada ser municipal ou estadual (art. 90, VI, da Constituição Estadual e art. 103 da Constituição Federal).** Em sendo a lei impugnada municipal, exige-se, em acréscimo, que possua representação no Poder Legislativo local. Ação ajuizada pelo diretório municipal de partido político. Inadmissibilidade. Precedentes do Órgão Especial e do STF. Ilegitimidade ativa ad causam. Preliminar acolhida. Processo extinto, sem resolução do mérito."

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2168256-37.2021.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, unânime, j. 15.06.22, destacou-se)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 7.938, de 28 de setembro de 2021, de iniciativa parlamentar, instituindo a taxa de serviço de coleta, manejo e destinação final adequada de resíduos sólidos no Município de Guarulhos – Taxa de Resíduos Sólidos – TRS. **No controle concentrado de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, a legitimidade ativa de partido político (art. 90, VI da CE) é restrita a seu diretório estadual. Inviável o ajuizamento da ação pelo diretório municipal, ainda que se trate de norma oriunda do Poder Legislativo local.** Precedentes. Falta de legitimidade inviabiliza o conhecimento da ação. Extinta a ação, sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa (art. 485, VI, do CPC). (...)"

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2269664-71.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 09.03.22, destacou-se)

Também, ADI 2213159-02.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, unânime, j. 13.06.18, AgInt na ADI 2001788-88.2018.8.26.0000/50000, Rel. Des. Carlos Bueno, unânime, j. 09.05.18, ADI 2128562-03.2017.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Rui, unânime, j. 08.11.17, ADI 2095552-65.2017.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, unânime, j. 13.09.17, ADI 2042533-81.2016.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, unânime, j. 21.09.16, ADI 2240655-74.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, unânime, j. 11.05.16, e ADI 0103496-65.2011.8.26.0000, Rel. Des. Campos Mello, unânime, j. 14.12.11.

Acesso ao Sumário

Assim, de rigor a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inc. VI, do NCPC, em razão da ilegitimidade ativa do diretório municipal.

E mesmo se assim não fosse, não se desconhecem as lições e precedentes no sentido da inconstitucionalidade de leis que instituem taxa de coleta, remoção e destinação do lixo. Todavia, o entendimento evoluiu para afirmar a constitucionalidade do tributo e de sua base de cálculo.

Sobre o tema, a lição de Francisco Leite Duarte:

"Além de específico, o serviço deve ser divisível, isto é, passível de mensuração individualizada por cada usuário do serviço, ou, como bem define o inc. III do art. 79 do CTN: 'quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários'.

O serviço geral de iluminação pública não é divisível. Porque prestado em vistas a toda coletividade, impossível entendê-lo como passível de utilização separadamente por cada um dos usuários. O mesmo em relação ao de segurança nacional. Jamais poderão se constituir em fatos geradores de taxas de serviços. Em abono a tal posição, o STF declarou inconstitucional a taxa de iluminação pública (Súmula do STF 670, aqui já mencionada). Iluminação pública é serviço geral e não divisível.

Pelo contrário**, o serviço de coleta de lixo e o serviço jurisdicional (custas judiciais) são identificados como serviços divisíveis. Assim, por serem mesmo divisíveis é que precisam ser específicos, posto que aqui o contribuinte sabe por qual serviço está sendo taxado.**

Demais disso, a utilização do serviço justificadora da taxa de serviço não precisa ser efetiva. Se o serviço for de utilização compulsória, a taxa é devida mesmo que a pessoa não queira o serviço, ou dele não utilizar efetivamente, posto que o serviço estava à disposição, mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento. (art.79, I, b, do CTN)."

(Francisco Leite Duarte. *Direito tributário*: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo, Thonson Reuters Brasil, 2022, livro eletrônico, destacou-se)

Aliás, "A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal", nos termos da Súmula Vinculante n.º 19 do C. STF (destacou-se).

Segue a lição de Francisco Leite Duarte:

"(...) voltando à questão da base de cálculo enquanto elemento determinante da natureza jurídica do tributo, devemos dizer que ela, por si só, como queria Becker, não tem o condão de ser o único parâmetro para individualizar o gênero tributo, muito embora seja inegável sua importância para compor o perfil normativo da espécie tributária. De antemão, diga-se que por um imperativo constitucional expresso, as taxas não poderão ter a mesma base de cálculo dos impostos. Aliás, mesmo se a Constituição não trouxesse de forma explícita tal dispositivo, ainda assim a norma extraída da interpretação sistemática emergiria nesse sentido. **Se é dessa forma, impossível mesmo as taxas poderem ter a mesma base**

Acesso ao Sumário

de cálculo (e fato gerador também) dos impostos, já que a base de cálculo é apenas medida quantitativa do fato gerador, e o fato gerador dessas espécies tributárias são completamente diferentes. No entanto, nada impede que a base de cálculo da taxa seja um dos elementos componentes da base de cálculo dos impostos (...)"

(idem, destacou-se)

Nesta medida, "É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra", nos termos da Súmula Vinculante n.º 29 do C. STF (destacou-se)

No caso dos autos, o cálculo da taxa considera o metro quadrado da taxa construída, o custo do serviço, o total de áreas construídas e o nível de renda do contribuinte, bem como estabelece hipótese de isenção para imóveis não edificados, tudo nos termos do art. 7º, *caput* e § 1º, e anexo da lei impugnada (fls. 30, 31 e 33).

Assim, nada há de inconstitucional na Lei Complementar Municipal de Tatuí n.º 34/21, que institui a taxa de coleta, remoção e destinação do lixo, especialmente em razão das disposições sobre a base de cálculo do tributo.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

"Arguição de inconstitucionalidade. Taxa de recolhimento de resíduos sólidos domiciliares. Contagem. Critério. Suposta violação do art. 150, II da CF. Isonomia fiscal. Inocorrência. Artigo 6º da lei complementar nº 43, de 26 de dezembro de 2001, do município de Jacareí. Segundo o aresto originário, consoante exposto a fl. 114 dos autos, **a taxa em comento é calculada com base no custo unitário da multiplicação da metragem linear com a via e logradouro pelas quais os serviços são prestados ou colocados à disposição. Conformidade com a jurisprudência do STF, que reconhece a constitucionalidade da cobrança da taxa de coleta de lixo domiciliar com base de cálculo que guarda relação com a área do imóvel. Inviabilidade de contraposição ao direito pretoriano praticado na Suprema Corte.** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, AI 0016279-32.2021.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, unânime, j. 16.03.22, destacou-se)

Processo extinto.

Diante do exposto, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inc. VI, do NCPC, em razão da ilegitimidade ativa.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2001667-21.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS, é agravada PREFEITA DO MUNICÍPIO DE VALINHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.588)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, RUY COPPOLA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e MOACIR PERES.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO em ação direta de inconstitucionalidade. Interposição pela Câmara Municipal. Não conhecimento. A legitimação conferida pelo artigo 90, inciso II, da Constituição Estadual, tanto para propor a ação, como para recorrer é destinada à Mesa Diretora, e não à Câmara Municipal ou ao Presidente da Casa Legislativa. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A CÂMARA MUNICIPAL DE VALINHOS interpôs o presente **agravo interno**, com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, insurgindo-se contra a decisão monocrática de fls. 44, que, **em ação direta de inconstitucionalidade**, deferiu pedido de liminar para suspender a eficácia da

Lei Municipal n. 6.191, de 1º de dezembro de 2021, que dispõe (a) que "**os abrigos destinados ao atendimento das pessoas em situação de rua**, públicos ou privados, que mantenham convênio, parceria ou contrato com a Prefeitura Municipal de Valinhos, **deverão disponibilizar espaço para permanência dos animais domésticos sob responsabilidade dos usuários**" (artigo 1º); (b) que os abrigos **deverão oferecer ração aos animais** (art. 4º); e (c) que "**o órgão de proteção animal do Município deverá prestar atendimento aos animais, bem como realizar castrações e implantação de chip de identificação**" (artigo 5º). A agravante alega a ausência dos requisitos para concessão da liminar, pois a norma impugnada não fixa obrigações diretamente aos órgãos integrantes das Secretarias Municipais.

Contraminuta a fls. 32/42.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo **não conhecimento do recurso** ou, no mérito, pelo seu provimento parcial.

É o relatório.

Assiste razão à douta Procuradoria-Geral de Justiça, no que se refere à questão preliminar.

A legitimação conferida pelo **artigo 90, inciso II, da Constituição Estadual**, inclusive para interpor recurso, é destinada à **MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL**, e não à Câmara Municipal ou ao Presidente da Casa Legislativa.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que "**a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à legitimidade processual ativa, sendo restrita a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas em sede de ação direta**" (RE nº 1.003.137/RN, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 29/09/2017).

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 02.04.2019. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO. COMPETÊNCIA DA MESA DA CÂMARA MUNICIPAL. NECESSIDADE DE ASSINATURA DO PRESIDENTE DA MESA. PROCURADORES DA CÂMARA MUNICIPAL. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como dos recursos dela decorrentes pertence à Mesa da Câmara Municipal, nos termos da norma do inciso III do art. 103 da Constituição Federal, e, por simetria, do inciso II do art. 90 da Constituição do Estado de São Paulo. 2. Agravo regimental não conhecido. Sem honorários, por se tratar de recurso oriundo de ação direta de inconstitucionalidade" (RE 1159802-AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 27/09/2019).

Acesso ao Sumário

"DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE RECURSAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELA CONSULTORIA DA CÂMARA LEGISLATIVA. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à legitimidade processual ativa. 2. A Procuradoria Legislativa e a Consultoria Legislativa não se confundem com a Mesa da Câmara Municipal para fins de atuação nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 4. Agravo interno não conhecido" (RE 1148326 AgR/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso. j. 01/03/2019).

E é o que tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"AGRAVO INTERNO. Decisão que concede liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade recursal. O Presidente da Câmara Municipal não tem legitimidade para recorrer em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Órgão Especial. Recurso não conhecido" (Agravo Interno n. 2200831-35.2020.8.26.0000/50000, Rel. Des, Ademir Benedito, j. 18/11/2020).

"AGRAVO INTERNO. Interposição contra deferimento do pedido liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Insurgência da Câmara Municipal, pretendendo a revogação da liminar. Impossibilidade. Parte ilegítima para recorrer da decisão. Legitimidade recursal no controle concentrado de constitucionalidade que segue as mesmas regras referentes à legitimidade ativa ad causam. Rol taxativo do artigo 90 da Constituição do Estado. Recurso que deveria ter sido interposto pela Mesa Diretora da Câmara. Agravo não conhecido" (Agravo Regimental n. 2122512-53.2020.8.26.0000/50002, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 17/03/2021).

"AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR. ILEGITIMIDADE RECURSAL. O Presidente da Câmara Municipal não tem legitimidade para recorrer em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes do E. STF e deste C. Órgão Especial. Recurso não conhecido" (Agravo Interno n. 2262261-56.2018.8.26.0000/50000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 24/04/2019).

"Embargos de declaração. Insurgência do Município de São Carlos, pretendendo efeitos infringentes aos embargos. Impossibilidade. Parte ilegítima para recorrer da decisão. Legitimidade recursal no controle concentrado de constitucionalidade que segue as mesmas regras referentes à legitimidade 'ad causam' ativa. Rol taxativo do artigo 90 da Constituição Paulista. Recurso que deveria ter sido interposto pelo Prefeito do Município. Embargos não conhecidos, pelo não preenchimento de requisito de admissibilidade recursal" (Embargos de Declaração n. 2237589-

Acesso ao Sumário

13.2020.8.26.0000/50003, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 1º/12/2021).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Legitimidade e capacidade postulatória, em ação direta de inconstitucionalidade, pertencem à Mesa da Câmara. Recurso subscrito em nome da Câmara Municipal e representado somente pelo Presidente. Falta de legitimidade inviabiliza o conhecimento do recurso. Precedentes da Suprema Corte e deste C. Órgão Especial. Embargos não conhecidos" (Embargos de declaração n. 2253033-86.2020.8.26.0000/50001, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 26/05/2021).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Recurso manejado pelo Presidente da Câmara Municipal. Ilegitimidade de parte. Capacidade para ajuizar e recorrer é da Mesa da Câmara Municipal. Inteligência do art. 90, inciso II, da Constituição Estadual. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Embargos não conhecidos. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Recurso manejado pelo Presidente da Câmara Municipal. Ilegitimidade de parte. Capacidade para ajuizar e recorrer é da Mesa da Câmara Municipal. Inteligência do art. 90, inciso II, da Constituição Estadual. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Embargos não conhecidos" (Embargos de Declaração n. 2277330-94.2019.8.26.0000/50000, Rel. Des. James Siano, j. 03/02/2021).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGITIMIDADE RECURSAL DA CÂMARA MUNICIPAL. RECONHECIMENTO. PEÇA RECURSAL, ADEMAIS, ASSINADA EXCLUSIVAMENTE POR PROCURADOR SEM PODERES ESPECIAIS. NECESSIDADE DE SUBSCRIÇÃO DO RECURSO PELO PRESIDENTE DA CÂMARA. PRECEDENTES DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO C. ÓRGÃO ESPECIAL. VÍCIO INSANÁVEL. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS". "A legitimidade recursal no controle concentrado de constitucionalidade segue a mesma regra da legitimidade ad causam ativa, restringindo-se a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas em sede de ação direta ao rol de legitimados do artigo 90 da Carta Bandeirante". "Apenas a Mesa da Câmara detém a legitimidade para recorrer de decisão que lhe seja eventualmente desfavorável, e não a Câmara Municipal por meio de seu procurador legislativo". "O Diretor Jurídico da edilidade não pode ajuizar, singularmente, ações de controle abstrato de constitucionalidade e tampouco manejar os recursos cabíveis, sem que referidas peças processuais também estejam subscritas pelo Presidente da Câmara Municipal, na qualidade de representante da Mesa Diretora, ou tenham sido por ele ratificadas, decorrendo, daí, a inadmissibilidade dos embargos declaratórios ostentarem unicamente a assinatura eletrônica do procurador" (Embargos de Declaração nº 2263374-11.2019.8.26.0000/50000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 05.08.2020).

"EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Oposição formulada pelo Presidente da Câmara Munici-

Acesso ao Sumário

pal local. Recurso subscrito por Procuradores Judiciais, exclusivamente. Ausência de legitimidade recursal. Precedentes. Declaratórios não conhecidos" (Embargos de Declaração n. 2202877-31.2019.8.26.0000/50002, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 21/10/2020).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Embargos de declaração interpostos pela Câmara Municipal de Santo Antônio do Pinhal. Ilegitimidade de parte. Capacidade postulatória e para recorrer da Mesa da Câmara Municipal. Inteligência do art. 90, II, da CE/89. Precedentes. Embargos não conhecidos" (Embargos de Declaração nº 2247524-48.2018.8.26.0000/50000, Rel. Des. Carlos Bueno j. 27.05.2019).

Ante o exposto, não se conhece do presente agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 9028855-31.2003.8.26.0000/50010, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados REYNALDO JOSÉ DE CAMPOS, ODILA APARECIDA LEME MIELI, RENATO CÉSAR MIELI e REGIANNE CÉLIA MIELI BAPTISTELLA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.730)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 27 de julho de 2022.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo interno – Decisão que afastou a incidência da Lei Estadual nº 17.205, de 07/11/2019 e

determinou a complementação do depósito efetuado – Trânsito em julgado, com precatório formado anteriormente à vigência da lei – Prevalência da coisa julgada – Aplicação ao caso do Tema 792 do Supremo Tribunal Federal, fixado em sede de repercussão geral – Entendimento que se aplica ao pagamento prioritário – EC 99/2017 – Prioridade sujeita ao quíntuplo do limite fixado para as RPVs – Agravo não provido.

VOTO

Inconformada com o teor da decisão de fl. 1.184/1.186, que afastou a incidência da Lei Estadual nº 17.205, de 07/11/2019 no caso em exame e determinou a complementação do depósito efetuado, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo interpôs agravo interno.

Em síntese, a agravante sustenta que não incide o Tema nº 792 da repercussão geral no presente caso, razão pela qual deve ser reconhecida a suficiência dos valores já depositados e, caso seja mantida a inaplicabilidade da Lei Estadual nº 17.205, de 07/11/2019, requer, subsidiariamente, o reconhecimento da inaplicabilidade da EC 99/2017, para que seja mantido o triplo do limite fixado para pagamento de RPVs e não o quíntuplo, como aplicado no caso.

Contraminuta está a fl. 1.204/1.211.

É o relatório.

O agravo interno não comporta provimento.

Conforme a decisão agravada, a matéria já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sendo firmado entendimento no sentido de que a norma aplicável para definir a forma de pagamento deve ser aquela vigente ao tempo do trânsito em julgado do título exequendo. Vide entendimento fixado no tema de repercussão geral de nº 792 de seguinte teor: *"Lei disciplinadora da submissão de crédito ao sistema de execução via precatório possui natureza material e processual, sendo inaplicável a situação jurídica constituída em data que a anteceda"*.

Também não prospera o pedido subsidiário para inaplicabilidade da ampliação do limite de três para cinco vezes do valor da RPV quando efetuado o pagamento de prioridade, por ter sido o título executivo formado anteriormente à edição da EC 99/2017, pois referida emenda estabeleceu novo regime especial para pagamento de precatórios pendentes na data de sua vigência, sem qualquer ressalva ou restrição temporal.

Esse é o entendimento que prevalece neste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INCIDENTE DE PRECATÓRIO – PAGAMENTO PREFERENCIAL (ARTS.

100, § 2º, CF E 102, § 2º, ADCT) – LEI LOCAL QUE ALTERA O VALOR DO TETO DA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR, POSTERIORMENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – Decisão que determinou a complementação do depósito, em respeito ao disposto na Lei Estadual nº 11.377/2003, vigente ao tempo do trânsito em julgado da condenação – Manutenção – Lei estadual que altera o teto para expedição de requisição de pequeno valor – Base de cálculo do limite do pagamento preferencial de precatório – Norma de natureza híbrida (material e processual) – Necessidade de respeito à segurança jurídica – Não aplicação aos títulos judiciais transitados em julgado antes da vigência da alteração – Afastada a aplicação da Lei Estadual nº 17.205/2019 – Precedentes do Plenário do E. STF e deste C. Tribunal – Aplicação da regra introduzida pela Emenda Constitucional nº 99/2017 – Decisão mantida. – Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 3003011-20.2022.8.26.0000; Relator: Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital – UPEFAZ; Data do Julgamento: 03/06/2022; Data de Registro: 03/06/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Insurgência contra r. decisão que em cumprimento de sentença indeferiu pedido da FESP de aplicação da Lei Estadual nº 17.205/2019, que reduziu o limite do valor das Requisições de Pequeno Valor – RPV. DESCABIMENTO DA PRETENSÃO. Inaplicabilidade da Lei nº 17.205/2019 ao caso, pois publicada após o trânsito em julgado da ação de conhecimento. Observância do princípio da segurança jurídica. Entendimento consentâneo com a orientação do C. STF em caso análogo referente a norma de outro ente da federação. Precedentes deste E. TJSP. R. decisão agravada mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 3002249-04.2022.8.26.0000; Relatora: Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital – UPEFAZ; Data do Julgamento: 24/05/2022; Data de Registro: 24/05/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Precatório – Depósito Prioritário – Pretensão de aplicação do novo limite ao título executivo – Inadmissibilidade – Irretroatividade da Lei 17.205/2019 – Prevalência da coisa julgada – Trânsito em julgado do título executivo que ocorreu antes da vigência da nova Lei – Entendimento que se aplica ao pagamento prioritário – EC 99/2017 – Prioridade sujeita ao quíntuplo do limite fixado para as RPVs – Decisão mantida – Recurso de agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 3003523-03.2022.8.26.0000; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital – UPEFAZ; Data do Julgamen-

Acesso ao Sumário

to: 07/06/2022; Data de Registro: 07/06/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DETERMINAÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE DEPÓSITO PRIORITÁRIO. NEGATIVA DE INCIDÊNCIA IMEDIATA DO NOVO LIMITE DAS OBRIGAÇÕES ESTABELECIDO PELA LEI 17.205/19. PAGAMENTO DE PRECATÓRIO. PRIORIDADE CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. Expressão numérica pertinente ao regime de pagamento ordinário (precatório). Precatório formado anteriormente à vigência da Lei 17.205/19. A Lei que reduz a dimensão numérica de valor para determinar o regime de pagamento, se RPV ou Precatório, não se aplica aos títulos constituídos antes de sua vigência. PRECATÓRIO PRIORITÁRIO. A EC 99/2017 elevou, de três para cinco vezes, o valor de atendimento do precatório prioritário em relação à OPV. O novo regime especial do precatório foi estabelecido sobre todos os débitos pendentes de pagamento na data de sua vigência, indistintamente, sem ressalva ou restrição temporal. Pagamento do crédito deve incidir sobre o quíntuplo do valor da OPV em relação a todos os precatórios preferenciais. Inteligência do art. 102, § 2º, do ADCT c.c. art. 100, § 3º, CF. Precedentes. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 3003540-39.2022.8.26.0000; Relator: José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – Unidade de Processamento das Execuções contra a Fazenda Pública da Comarca da Capital – UPEFAZ; Data do Julgamento: 07/06/2022; Data de Registro: 07/06/2022).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2141754-27.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TAPIRATIBA, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAPIRATIBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAM-

Acesso ao Sumário

POS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 17 de agosto de 2022.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Agravo interno – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Tapiratiba – LC 0007/2022 que alterou o Código Tributário Municipal – Modificação da base de cálculo do ITBI – Decisão agravada que indeferiu o pedido de tutela antecipada de urgência para suspender a eficácia da lei impugnada – Não verificação dos requisitos dispostos no artigo 300 do Código de Processo Civil – Lei Municipal que se alinha à tese firmada em sede de recurso repetitivo (Tema 1113) julgado pelo Col. Superior Tribunal de Justiça – "Periculum in mora" ausente – Previsão de processo administrativo na hipótese de haver incompatibilidade do valor declarado com a realidade – Decisão mantida – Recurso não provido.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de agravo interno interposto pelo Prefeito do Município de Tapiratiba-SP em face da decisão monocrática de fls. 84/85 proferida em ação direta de inconstitucionalidade que indeferiu a tutela de urgência requerida para suspender a eficácia da Lei Complementar Municipal n. 007/2022 que alterou o Código Tributário Municipal de Tapiratiba.

Argumenta o agravante que foram preenchidos os requisitos para a concessão da tutela de urgência, isto é, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, dispostos no artigo 300 do Código de Processo Civil. Esclarece que não busca refutar o que foi decidido pelo Col. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.937.821-SP em julgamento repetitivo, mas a forma como o legislativo Municipal implementou a matéria no ordenamento. Aduz que a Lei impugnada acarretará renúncia de receitas para o Município, uma vez que o projeto legislativo não veio acompanhado da estimativa do impacto orçamentário e financeiro ao revogar dispositivos do Código Tributário Municipal que previa que, para o recolhimento do ITBI, deveria o va-

Acesso ao Sumário

lor venal constante do laudo de avaliação elaborado por comissão nomeada pelo Executivo, prevalecer sobre o valor constante do instrumento de transmissão ou cessão. Aduz que haverá uma tributação menor, já que o contribuinte poderá conferir valor inferior ao negócio jurídico. Afirma que a probabilidade do direito alegado está fundamentada na colisão da norma municipal com os artigos 5º, 111 e 174, §§ 2º e 6º da Constituição do Estado de São Paulo. Alega que parcela mínima da sociedade irá ser beneficiada com tal incentivo, isto é, apenas os incorporadores, grupo detentor de expressivo poder econômico, em detrimento do restante da população. Aduz que o "periculum in mora" está caracterizado pela necessidade de se eliminar situação de prejuízo ao erário, mediante a conservação de seu estado de fato ou de direito.

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Tapiratiba-SP às fls. 16/21.

É o relatório.

A decisão agravada rejeitou o pedido liminar formulado pelo Prefeito do Município de Tapiratiba, nos seguintes termos:

> "(...) 2. É certo que o Órgão Especial reviu posicionamento anterior e, atendendo a decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, posicionou-se no sentido de que o art. 113 do ADCT é de observância obrigatória a todos os entes federados; contudo, a alteração conferida pela LCM nº 007/22 buscou atender ao que restou decidido no REsp nº 1.937.821-SP, STJ, 1ª Seção, 24-2-2022, Rel. Gurgel de Faria, Tema STJ nº 1.113, em julgamento repetitivo; ainda, anoto que não necessariamente haverá queda na arrecadação, pois o § 1º do art. 84 da LM nº 362/93, na redação dada pela LCM nº 007/22, prevê a instauração de processo administrativo para real apuração do valor da base de cálculo, evitando-se abusos e fraudes. Assim, indefiro a medida cautelar, pois não demonstrados o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora'".

Em que pesem as alegações do agravante, não estão presentes, ao menos em análise perfunctória, os requisitos dispostos no artigo 300 do Código de Processo Civil para a concessão da antecipação da tutela de urgência para suspender a eficácia da Lei Complementar Municipal n. 007/2022 que alterou o Código Tributário Municipal de Tapiratiba.

Em sede de cognição sumária, denota-se que o ato normativo impugnado estabeleceu que para efeitos de recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, deverá ser utilizado o valor constante do instrumento de transmissão ou cessão e não o valor venal do bem.

Tal disposição legal está em consonância com entendimento recentemente assentado pelo Col. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 1113 (recurso especial n. 1.937.821-SP), em recurso repetitivo, que fixou a tese de que a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições

Acesso ao Sumário

normais de mercado.

Neste contexto, ao menos em tese, não se mostra presente a verossimilhança do direito alegado pelo impugnante.

Tampouco restou evidenciado o "periculum in mora", já que restou consignado na nova redação dada ao artigo 84, § 1º que *"se o valor declarado pelo contribuinte se mostrar incompatível com a realidade, a autoridade lançadora procederá a instauração de processo administrativo para o arbitramento da base de cálculo, assegurado ao contribuinte o contraditório, nos termos da legislação"* (fls. 2).

Ou seja, a lei criou mecanismos para coibir eventuais abusos por parte do contribuinte, no sentido de impedir queda na arrecadação ao erário municipal.

Em face do exposto, pelo voto, nega-se provimento ao agravo interno.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0001356-64.2022.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A ARGUIÇÃO PROCEDENTE COM EFEITOS 'EX NUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.624)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, RUY COPPOLA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela 1ª Câmara de Direito Público na Apelação Civil/Remessa Necessária nº 1019496-18.2020.8.26.0577 contra o art. **1º da Lei Municipal nº 5.390/99, de 08 de junho de 1999, de São José dos Campos. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – Fixação de regra restritiva para a isenção de taxas de inscrição em concursos públicos municipais. Vinculação indevida à remuneração do cargo. Arguição julgada procedente, com modulação de efeitos.**

VOTO

Trata-se incidente suscitado pela C. 1ª Câmara de Direito Público, ao converter o julgamento da Apelação/Remessa Necessária nº 1019496-18.2020.8.26.0577 em diligência, pleiteia a verificação quanto à eventual inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal nº 5.390/99 de São José dos Campos.

Ausente pedido liminar.

Realizadas as intimações conforme art. 948, do Código de Processo Civil, não houve manifestação do representante do Município de São José dos Campos (fls. 200).

Parecer do douto Subprocurador-Geral de Justiça, Doutor Wallace Paiva Martins Junior, a fls. 207/212, opinando pelo acolhimento do incidente para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal objurgado.

É o relatório.

O presente incidente deve ser acolhido.

O Ministério Público ajuizou a Ação Civil Pública nº 1019496-18.2020.8.26.0577, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, III, da Constituição Federal, bem como dos arts. 1º, IV, e 5º, I, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com o intuito de determinar que a Prefeitura de São José dos Campos, ao realizar concursos públicos visando à contratação de pessoas, previsse hipóteses de isenção da respectiva taxa, como forma de incluir os economicamente hipossuficientes em seus certames, fornecendo igualdade de oportunidade de acesso aos cargos públicos municipais. Salientou, ademais, a existência de hipóteses de isenção previstas na Lei Federal nº 13.656/18, de forma expressa, que poderiam servir de norte para a elaboração das aludidas hipóteses de isenção.

Naquele feito, defendeu-se a Municipalidade, aduzindo a impossibilidade de proceder como requerido pelo ilustre Promotor de Justiça, dada a obediência estrita ao princípio da legalidade, especialmente em relação ao quanto previsto na Lei nº 5.390/99, em que se lê:

Acesso ao Sumário

"Art. 1º Apenas as inscrições para participação em concurso público para admissão de pessoal nas entidades da administração pública municipal direta, indireta ou fundacional, para os cargos cuja remuneração inicial seja inferior a 328 UFIR's, serão gratuitas."

Na r. Sentença a fls. 135/137, entendeu a digna Magistrada de primeiro grau que o pleito ministerial demandava ajuizamento de mandado de injunção, julgando, portanto, o feito extinto sem resolução de mérito e, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.717/65, determinou a remessa necessária.

No V. Acórdão proferido pela C. 1ª Câmara de Direito Público, de Relatoria do Exmo. Des. Marcos Pimentel Tamassia, entendeu aquela Turma Julgadora que o pedido trazido pelo Ministério Público, a despeito da possibilidade de ser conhecido, dependia da análise anterior quanto à própria constitucionalidade da Lei Municipal nº 5.309/99, suscitando o presente incidente.

Anoto, neste ponto, que cumpre ao Tribunal de Justiça realizar o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais tendo por parâmetro de controle a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF-88), e, eventualmente, como já assentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, normas da Constituição Federal que sejam consideradas de "reprodução obrigatória" pelo constituinte estadual.

Na hipótese, observo que a proibição de estipularem-se critérios para a isenção da taxa de inscrição em editais de concursos para cargos com remuneração inicial superior ao limite de 328 UFIR's representa clara inconstitucionalidade material, por afronta ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88 e art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo).

Isso porque referido dispositivo promove uma espécie de pré-seleção socioeconômica, estabelecendo regra de gratuidade que não se relaciona com a situação econômica dos possíveis candidatos às vagas, dificultando indevidamente a participação de pessoas hipossuficientes em certames referentes ao preenchimento de cargos públicos com maior remuneração, sendo de rigor a declaração de sua inconstitucionalidade.

É certo, no mais, que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, quando se examina, de forma abstrata, a compatibilidade da norma com o parâmetro de controle, como regra, busca extirpar o ato normativo, que padece de vício congênito de nulidade, do ordenamento jurídico, atribuindo-se-lhe eficácia *ex tunc*.

Não obstante, o art. 27 da Lei nº 9.882/99, que cuida do procedimento da ADI e da ADC no âmbito do Supremo Tribunal Federal, admite que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da decisão sejam modulados, de forma a restringi-los, fixando-se que a declaração de inconstitucionalidade somente terá eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou

Acesso ao Sumário

de outro momento que venha a ser estabelecido.

No caso dos autos, anoto que o normativo em tela, em vigor desde o ano de 1999, teve aplicação quando da realização de diversos concursos públicos para preenchimento de cargos municipais. Assim, a tradicional eficácia *ex tunc* poderia trazer prejuízos à prestação de serviços públicos essenciais à população do Município, bem como ao Erário, já que a Municipalidade poderia se ver obrigada a refazer a seleção pública, agora contemplando outras hipóteses de isenção quanto às taxas de inscrição. Ademais, não se pode ignorar que a segurança jurídica e, em especial, a tutela da confiança daqueles que, de boa-fé, mantêm qualquer tipo de relação com a Administração, fiando-se na legalidade e na legitimidade de seus atos, são também valores fundamentais ao Estado Democrático e que merecem tutela do Poder Judiciário.

É razoável, portanto, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidam apenas a partir do julgamento da presente ação, o que é suficiente para preservar a validade dos atos administrativos e, em especial, de concursos públicos já encerrados e que não contavam com hipótese de isenção além daquela prevista no normativo impugnado.

Por esses motivos, julgo procedente o presente incidente para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal nº 5.390/99, de 08 de junho de 1999, de São José dos Campos, pelas razões expostas, com efeitos *ex nunc*.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0004041-44.2022.8.26.0000, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, interessados ELIZEU CANELA DA SILVA e MRS LOGÍSTICA S/A, é suscitada 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E RUY COPPOLA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.958)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 6 de julho de 2022.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa; CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PROCEDIMENTO COMUM – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL – REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE EM LINHA FÉRREA – ATROPELAMENTO – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE – CAUSA DE PEDIR FUNDADA NA DEFICIÊNCIA OU FALTA DO SERVIÇO PÚBLICO – COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

1. 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 (art. 103 RITJESP).

2. Pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente em linha férrea. Discussão sobre a existência do dever de indenizar. Causa de pedir e pedido fundados na deficiência ou falta do serviço público e no art. 37, § 6º, CF. Aplicação do art. 3º, I.7, 'b', da Resolução nº. 623/2013. Precedente do Colegiado. Competência das Câmaras de Direito Público. Conflito negativo procedente e competente a Câmara suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela E. 6ª Câmara de Direito Público em face da E. 32ª Câmara de Direito Privado em apelação interposta de sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais causados por atropelamento em linha férrea.

O recurso, tirado de sentença proferida pela 3ª Vara Cível, foi inicialmente distribuído a E. 32ª Câmara de Direito Privado, que dele não conheceu com fundamento no art. 3º, I, I.7, da Resolução nº 623/13.

Redistribuído, também a E. 6ª Câmara de Direito Público declinou da competência para conhecer do recurso suscitando conflito negativo ao argumento de que não se discute deficiência ou falta do serviço público.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da E. Câmara suscitante.

É o relatório.

Inicialmente conhece-se do conflito, pois ambas as Câmaras se consideram incompetentes para conhecer do recurso (art. 66 CPC).

Segundo o art. 103 do Regimento Interno do Tribunal, a competência de seus diversos órgãos 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.

Por seu turno, a Resolução nº 623/2013, em seu artigo 3º, I.7, 'b', dispõe que compete às 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público o julgamento das ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvados os casos de acidente de veículo em que não se discuta a deficiência ou falta do serviço público (art. 5º, III.15).

Na espécie, o autor formula pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente ocorrido quando empreendia travessia de linha férrea, "em local desguarnecido de medidas de segurança adequadas (fotos anexas), tais como sinais acústicos, placas, muros" (fls. 02), com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e no Tema nº 130 do Supremo Tribunal Federal, que trata da "responsabilidade objetiva do Estado em caso de responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público em relação a terceiros não-usuários do serviço" (fls. 02/33).

Acesso ao Sumário

A suscitante alega que se trata de "questão privada decorrente da indenização eventualmente devida em decorrência do atropelamento de pedestre". Todavia, e com a devida vênia, não é essa a interpretação que se extrai da narrativa feita na inicial, cuja causa de pedir e pedido remetem à deficiência ou falta do serviço público em razão da ausência de sinalização. Nesse caso a competência é da E. 6ª Câmara de Direito Público, conforme precedente deste Colendo Órgão Especial:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Atropelamento em linha férrea administrada por concessionária de serviços públicos em razão da ausência de sinalização e de adoção de medidas de segurança no local do

sinistro. Artigo 3º, inciso I.7, alínea b, da Resolução nº 623/13 deste C. Órgão Especial, que estabelece a competência da Seção de Direito Público para conhecer e julgar os recursos que versem responsabilidade extracontratual do Estado, compreendida a decorrente de atos ilícitos praticados por concessionárias e permissionárias de serviço público. Reconhecida a competência da E. 9ª Câmara de Direito Público, suscitante. Conflito acolhido." (Conflito de Competência Cível nº 0038936-36.2019.8.26.0000, Rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 27/11/19).

Por essas razões, julga-se procedente o conflito negativo e competente a E. Câmara suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0019058-23.2022.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 14ª 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 14ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.747)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, EUVALDO CHAIB, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 27 de julho de 2022.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária referente a taxa, instituída pelo Município de Piracicaba, por "verticalização e contribuição para ampliação da rede de esgoto", com devolução dos va-

Acesso ao Sumário

lores pagos a esse título.

Competência recursal *ratione materiae* – Estabelece-se pelo pedido contido na inicial. Pretensão relacionada à cobrança de taxa de verticalização para ligação de água e esgoto, em empreendimento imobiliário. Exigência prevista no art. 1º da Lei Municipal nº 3.911/95. Tese relativa à inconstitucionalidade, por violação à legalidade tributária, dada a instituição de base de cálculo por meio de Decreto. Questão constitucional já enfrentada pelo C. Órgão Especial, quando consignada a natureza tributária do embate. Aplicabilidade do art. 3º, II, da Resolução nº 623/2013. Precedentes. Competência da Colenda 14ª Câmara de Direito Público.

Conflito procedente, competente a Câmara suscitada.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 35ª Câmara de Direito Privado** quanto à **Eg. 14ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça** nos autos de **apelação** de sentença (fls. 222/227), em **ação** ajuizada por *Construpira Engenharia e Construções Ltda.* em face do *Serviço Municipal de Água e Esgoto – SEMAE*, pretendendo a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária referente à *"taxa de verticalização e contribuição para ampliação da rede de esgoto"*, com devolução dos valores pagos a esse título.

O I. Des. **GERALDO XAVIER**, da **Eg. 14ª Câmara de Direito Público**, monocraticamente, entendendo tratar-se de repetição de tarifas de água e esgoto, matéria relacionada a direito privado, determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado (fls. 265/266).

Redistribuídos (fl. 268), a **35ª Câmara de Direito Privado** em acórdão relatado pelo I. Des. **MOURÃO NETO**, declarou-se incompetente e suscitou conflito negativo de competência (fls. 285/289).

É o relatório.

2. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 14ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 222/227), em **ação** ajuizada por *Construpira Engenharia e Construções Ltda.* contra o *Serviço Municipal de Água e Esgoto – SEMAE de Piracicaba*, pretendendo a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária referente à *"taxa de verticalização e contribuição para ampliação da rede de esgoto"*, com devolução dos valores pagos a esse título.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se, inicialmente, firmar-se, em segundo grau, a competência ***ratione materiae*** e **não** ***ratione personae***, a *"... 'causa petendi' deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, pouco importando a qualidade das partes..."* (destaquei e grifei – DC nº 9.053.933-51.2008.8.26.0000 – v.u. j. de 08.10.08 – Rel. Des. **ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR**, no mesmo sentido: CC nº 0.176.880-27.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.12 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA**; CC nº 0.197.892-63.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 15.01.14 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO** e CC nº 0.022.855-80.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 13.09.17 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do **pedido** contido na inicial, conforme dispõe o **art. 103** do **RITJ-SP:**

> *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (grifei).

No caso, pretende a autora o reconhecimento da inexigibilidade de **relação jurídico-tributária** referente à *"... '**taxa de verticalização**' e '**Contribuição**' para tratamento de esgoto – ampliação dos sistemas de esgoto para a ligação definitiva de água e esgoto no empreendimento denominado 'Residencial Villa Vitória', condenando-se a requerida a restituição dos valores recolhidos, corrigido monetariamente desde o desembolso e acrescido de juros legais ..."* (sic – destaquei e grifei – fl. 15).

Objetiva, em outras palavras, o afastamento de cobrança oriunda de **taxa de verticalização** para ligação de água e esgoto, em empreendimento imobiliário.

A exigência encontra-se prevista no **art. 1º da Lei Municipal nº 3.911/95** (*"Art. 1º – Fica instituída a 'cobrança de demanda de água' que incidirá sobre todos os pedidos de ligações de água relativamente às condições verticais"*) e a tese remonta, basicamente, à inconstitucionalidade da cobrança, por violação à legalidade tributária, dada a instituição de base de cálculo por Decreto.

Tal questão chegou a ser apreciada por este C. Órgão Especial, quando consignada a **natureza tributária** do embate. Confira-se:

> *"Pela leitura do artigo 1º da Lei nº 3.911, de 18 de abril de 1995, do Município de Piracicaba/SP, verifica-se que* ***o valor cobrado por 'demanda de água' nas construções verticais enquadra-se no conceito de tributo*** *(artigo 3º do CTN) e, envolvendo serviço público,* ***enquadra-se no conceito de taxa****, conforme artigo 145, inciso II, segunda parte, da CF/88."* (destaquei e grifei – ArIn nº 0.310.787-35.2011.8.26.0000 – v.u. j. de 29.02.12 – Rel. Des. **ROBERTO MAC CRACKEN**).
>
> Distancia-se, por tal razão, de debate acerca de tutela **privada**.

Acesso ao Sumário

Aplicável o **art. 3º, II, da Resolução nº 623/2013:**

"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:"

(...)

*"II – **14ª, 15ª e 18ª*** Câmaras, com competência preferencial para as ações ***relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não**."* (destaquei e grifei)

Não por outra razão, **casos idênticos** vêm sendo julgados perante tais **Câmaras Especializadas**: AC nº 1.006.654-30.2019.8.26.0451 – v.u. j. de 07.04.22 – Relª. Desª. **BEATRIZ BRAGA**; AC nº 1.013.211-33.2019.8.26.0451 – v.u. j. de 11.02.22 – Relª. Desª. **SILVANA MALANDRINO MOLLO**; AC nº 1.013.206-11.2019.8.26.0451 – v.u. j. de 15.10.21 – Rel. Des. **EURÍPEDES FAIM**; AC nº 1.002.970-97.2019.8.26.0451 – v.u. j. de 21.07.21 – Rel. Des. **WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI**; AC nº 1.006.418-78.2019.8.26.0451 – v.u. j. de 12.05.21 – Rel. Des. **EUTÁLIO PORTO**; AC nº 1.006.422-18.2019.8.26.0451 – v.u. j. de 27.04.21 – Rel. Des. **SILVA RUSSO**; **dentre outros**.

Nada justifica, no caso, a competência da **Seção de Direito Privado** para examinar a matéria.

Nesse sentido, o entendimento do **Eg. Tribunal de Justiça:**

*"Conflito de Competência. Ação anulatória ajuizada por edifício residencial. **Cobrança, pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília, a título de contrapartida 'aos investimentos que a autarquia deverá fazer para atendimento do aumento de demanda de água potável, que tais empreendimentos geram'**. Precedentes a respeito da matéria julgados pelas Câmaras Especializadas em tributos municipais. O C. Órgão Especial, em demanda de outro ente municipal, reconheceu a cobrança como tributo. Conflito conhecido para fixar a competência da C. 15ª Câmara de Direito Público."* (grifei – CC nº 0.049.310-48.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 07.05.19 – Relª. Desª. **LUCIANA BRESCIANI**).

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de repetição de indébito envolvendo discussão sobre **cobrança indevida de taxa de conservação de rede de água e esgoto**. Tributo instituído pela Lei Complementar nº 171, de 23 de novembro de 1995, do município de Jundiaí, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida na ADIN nº 063.346/0.00. **Competência recursal que deve ser atribuída à Seção de Direito Público com apoio no artigo 3º, inciso II, e não à Seção de Direito Privado, por se tratar de***

Acesso ao Sumário

pretensão que envolve como objeto principal e preponderante o exame sobre direito à restituição de tributo recolhido com base em lei declarada inconstitucional, e não sobre prestação de serviço. *Taxa de conservação da estrutura de rede, ademais, que não se confunde com a remuneração (tarifa) do serviço de fornecimento de água, pouco importando, assim, se essa tarifa (que não é objeto de discussão na ação) tem natureza tributária, ou não. Conflito julgado procedente. Competência da 18ª Câmara de Direito Público* (grifei – CC nº 0.203.743-83.2013.8.26.0000 – j. de 03.12.14 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Cuida-se, na origem, de ação proposta contra cobrança de taxa, por meio da qual se argumenta, em síntese, que a referida taxa, em realidade, traduzir-se-ia em tarifa, sendo exigida a efetiva prestação de serviço. Em seguida, sustenta-se a inconstitucionalidade da cobrança, sob argumento similar – em se tratando de tarifa, inexistente a prestação de serviços, seria descabida a previsão de cobrança por estimativa de consumo. Pelo relato trazido pela inicial, portanto, fora cobrado valor relativo a 'taxa semestral de conservação e manutenção das redes de água e esgoto', sendo trazida a tese jurídica de que cuidar-se-ia, de fato, de tarifa. O debate, portanto, tocaria a cobrança de taxa e o acerto, ou desacerto, da instituição desse tributo. Distancia-se, por tal razão, de debate acerca do efetivo fornecimento de água, em que pese os argumentos oferecidos possam aparentar caminhar para esse sentido. ***Em se tratando de actio que aborda a cobrança de tributo (taxas), a competência para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento é da Seção de Direito Público deste Tribunal,*** *por meio da 14ª Câmara, com fulcro no artigo 3º, inciso II da Resolução nº 623/2013, deste Colendo Órgão Especial. Conflito julgado procedente para declarar a competência da c. 14ª Câmara de Direito Público."* (destaquei e grifei – CC nº 2.174.317-11.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 25.08.21 – Rel. Des. **ALEX ZILENOVSKI**).

Daí firmar a competência da **Eg. 14ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça** para apreciar e julgar o presente recurso.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 14ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cí-

vel nº 0016127-47.2022.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é suscitante 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.194)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 10 de agosto de 2022.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência instaurado entre a C. 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal d**e Justiça de São Paulo e a C. 8ª** Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Ação de reparação de danos decorrentes de falta funcional cometida por policial militar que acarretou prejuízo ao erário ao colidir a viatura oficial que conduzia contra uma árvore – Causa de pedir que não **trata de acidente de trânsito envolvendo dois veículos – Demanda que discute apenas a conduta do servidor perante a Administração Pública, objeto de prévia apuração em processo administrativo – Matéria que se enquadra no âmbito de competência da Seção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, inciso I, item I.1 da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (8ª Câmara de Direito Público).**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela C. 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da C. 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da apelação nº 1001286-49.2020.8.26.0663, oriunda de ação de ressarcimento de danos ajuizada pela Fazenda Pública contra policial militar visando o ressarcimento dos prejuízos ocasionados ao erário em decorrência de acidente envolvendo viatura oficial.

A 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, para a qual foi originariamente distribuído o recurso, por voto da lavra do eminente Des. Rel. Percival Nogueira, dele não conheceu, solicitando a redistribuição do feito a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado por se tratar de ação regressiva "em que se discute a responsabilidade do agente público pelo prejuízo causado ao erário, sem se relacionar à deficiência do serviço público" (fl. 219), enquadrando-se a matéria debatida nas denominadas "ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro", nos termos do artigo 5º, inciso III, item III.15, da Resolução nº 623/2013.

Por sua vez, a 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por v. aresto da lavra do i. Des. Rel. Morais Pucci, discordando desse posicionamento, suscitou o presente conflito negativo de competência, sob o argumento de que a discussão "versa sobre a responsabilidade civil do servidor público estadual no exercício de suas funções, incidindo o disposto no art. 3º, inc. I, item 1.1, da Resolução nº 623/2013, editada pelo C. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, que dispõe ser da competência das C. Câmaras da Seção de Direito Público o julgamento de recursos derivados de 'Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958'" (fl. 239).

Devidamente intimadas para se manifestarem, a Fazenda Pública permaneceu silente, insistindo o requerido na competência da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 264/268 no sentido de não haver interesse na demanda.

É o relatório.

Razão assiste, a meu ver, à E. Câmara suscitante.

Cuida-se de ação de ressarcimento de danos materiais, narrando a exordial que o requerido, policial militar, ao conduzir viatura ao final de seu tuno de serviço, adormeceu e chocou frontalmente o veículo oficial contra uma árvore,

Acesso ao Sumário

ocasionando prejuízos ao erário no importe de R$ 20.789,90 (cf. fls. 01/09).

Como se vê, a demanda não diz respeito a acidente de trânsito com o envolvimento de dois ou mais veículos, encontrando-se o pedido relacionado, na verdade, à falta funcional cometida por servidor público, no caso, policial militar, que ocasionou danos ao erário ao colidir a viatura oficial que conduzia contra uma árvore, tendo sido, inclusive, responsabilizado por meio de processo administrativo instaurado no ano de 2015 (fls. 10/94).

Logo, tendo em conta que "a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir" (Conflito de Competência nº 108.138/SC, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi) e considerando que o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal preconiza que a competência é firmada "pelos termos do pedido inicial", forçoso é concluir que compete ao órgão fracionário suscitado o exame do recurso, uma vez que o artigo 3º, inciso I, item I.1, da Resolução nº 623/2013, atribui à Primeira Subseção de Direito Privado a competência para o julgamento das "ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958".

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ribeirão Preto. Acidente de trânsito. Colisão de viatura policial com poste de iluminação em via pública. Ação de reparação de danos ajuizada pelo Estado em face de policial militar que conduzia o veículo oficial. – Nos termos do art. 5º, III.15 da Resolução OE nº 623/2013, compete à Seção de Direito Privado o julgamento das ações de reparo de danos causados em acidente de veículo, isto é, quando há o envolvimento de dois ou mais veículos no acidente, e não é esta a hipótese dos autos. A demanda versa sobre falta funcional cometida por servidor público, no caso policial militar, que ao conduzir veículo oficial, chocou-se com poste de iluminação pública, resultando em danos materiais na viatura, ao final excluída do patrimônio do Estado. É ação de reparação de danos ao erário que discute apenas a conduta do servidor perante a administração pública, sendo objeto inclusive de prévia apuração em processo administrativo, o que atrai a competência da Seção de Direito Público (art. 3º, I.1 e I.11 da Resolução OE nº 623/2013). Precedentes. – Conflito procedente para declarar a competência 4ª Câmara de Direito Público, suscitada, para julgar o recurso" (Conflito de competência n.º 0006768-73.2022.8.26.0000; Rel. Des. Torres de Carvalho; j. 20/04/2022).

"Conflito de Competência Cível. Responsabilidade civil do servidor público no exercício funcional. Danos em viatura oficial. Fazenda do Estado demandando contra policial que a conduzia em serviço. Competência da Seção de Direito Público. Precedente recentíssimo deste colendo Órgão Especial" (Conflito de competência n.º 0036591-29.2021.8.26.0000;

Acesso ao Sumário

Rel. Des. Costabile e Solimene; j. 20/10/2021).

"Conflito de competência. Competência recursal que sabidamente se define pelos termos do pedido, independentemente do quanto depois se aduza em contestação ou reconvenção. Artigo 103 do Regimento Interno. Caso dos autos que não envolve acidente de veículos, na acepção que se tem reservado a esta expressão, disposta no artigo 5º, inciso III.15, da Resolução 623/13. Precedentes. Pleito indenizatório da Fazenda Pública diante de servidor, policial militar, que colidiu a viatura em um poste. Matéria que então se coloca na relação interna entre o Poder Público e o servidor. Conhece-se do conflito, julgado procedente, para declarar competente a Câmara suscitada" (Conflito de competência n.º 0022615-52.2021.8.26.0000; Rel. Des. Claudio Godoy; j. 22/09/2021).

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 8ª Câmara de Direito Público para a qual deverão ser remetidos os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0022071-30.2022.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é suscitante 9ª 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 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. DÉCIO NOTARANGELI.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.883)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 10 de agosto de 2022.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência – Agravo de instrumento interposto contra r. decisão que deferiu tutela de urgência para impor às requeridas a obrigação de não fazer consistente em cessar a "oferta e a venda de passagens (virtuais ou presencialmente) para transporte intermunicipal de passageiro que não se enquadre no regime de fretamento, sobretudo na plataforma virtual da Empresa Buser", a qual figura como terceira agravante – Decisão agravada proferida em ação declaratória com pedidos de obrigação de não fazer e reparação de danos materiais ajuizada por permissionária de serviços de transporte intermunicipal de passageiros em face de diversas empresas que prestam serviços de transporte em regime de fretamento, alegando concorrência desleal decorrente da exploração de itinerários que foram outorgados com exclusividade à autora, e que seriam utilizados pelas rés sem a devida autorização da ARTESP ou pagamento de tributos, prestado o serviço de transporte de passageiros de maneira clandestina e colocando os passageiros em risco – Autora que pretende a declaração da prática de concorrência desleal em desfavor da requerente, com a condenação das requeridas à abstenção do oferecimento e venda das passagens, além do pagamento de indenização os danos materiais advindos da captação irregular de clientela obtida por meio da prática da concorrência desleal, em valor apurado em fase de liquidação, ou, alternativamente, fixado em 20% (vinte por cento) da soma dos faturamentos de cada requerida, alusivos a todos os anos em que restar comprovado que elas realizaram a prática – Competência recursal firmada pelos termos do pedido inicial, em conformidade com o disposto no artigo 103 do Regimento Interno desta Corte – Matéria inserida na competência residual das 1.ª a 13.ª Câmaras de Direito Público para ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público, nos termos do artigo 3.º, Item I.13, da Resolução n.º 623/2013 deste Órgão

Acesso ao Sumário

Especial – Precedente deste Órgão Especial – Conflito conhecido para fixar a competência da C. 9.ª Câmara de Direito Público, suscitante.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela terceira BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA. contra r. decisão que, em ação declaratória com pedidos de obrigação de não fazer e reparação de danos materiais que é movida por EMPRESA DE TRANSPORTES ANDORINHA S.A. em face de EXPRESSO PRUDENTE LOCAÇÃO E TRANSPORTES EIRELI E OUTROS, deferiu a tutela de urgência para *"... impor às empresas requeridas a obrigação de não fazer, para que cessem imediatamente a oferta e a venda de passagens (virtuais ou presencialmente) para transporte intermunicipal de passageiro que não se enquadre no regime de fretamento, sobretudo na plataforma virtual da Empresa Buser, especificamente em relação à operação das seguintes linhas, visto que não possuem autorização para operar no transporte púbico regular: A) Presidente Prudente/SP x São Paulo/SP, B) Presidente Prudente/SP x Campinas/SP, C) Presidente Prudente/SP x Bauru/SP, D) Assis/SP x Campinas/SP, E) Assis/SP x São Paulo/SP, Paraguaçu Paulista/SP x São Paulo/SP, F) Presidente Venceslau/SP x São Paulo/SP"*, arbitrando multa diária no valor de R$ 25.000,00, incidente até o limite de R$ 500.000,00, para o caso de descumprimento da ordem (fls. 345/348).

Distribuído o recurso para a C. 13.ª Câmara de Direito Privado, foi concedido o efeito suspensivo pelo Excelentíssimo Relator (fls. 2/3) e, após o processamento, a C. Câmara houve por bem não conhecer do recurso, conforme v. acórdão assim ementado (fls. 56/61):

COMPETÊNCIA RECURSAL – Discussão envolvendo permissão de transporte de pessoas, intermunicipal e interestadual – Competência da 1º a 13ª Câmaras de Direito Público – Artigo 3º I.7 b) da Resolução nº 623/2013 – Recurso não conhecido, com determinação (Agravo de Instrumento n.º 2056247-98.2022.8.26.0000; Relator: Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13.ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente 1.ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/05/2022; Data de Registro: 26/05/2022).

Redistribuído o recurso para a C. 9.ª Câmara de Direito Público, foi suscitado conflito negativo de competência, conforme v. acórdão ementado nos seguintes termos (fls. 96/100):

AGRAVO DE INSTRUMETO – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E REPARAÇÃO DE DANOS – Empresa de transporte rodoviário – Concorrência desleal – Tutela antecipada deferida para suspender a prestação de serviços da recorrente em alguns trechos rodoviários – Recurso inicialmente distribuído à 13ª Câmara de Direito Privado que declinou da competência, com determinação

Acesso ao Sumário

de remessa para a Seção de Direito Público – Inviabilidade – Matéria relativa a transporte, envolvendo entidades de direito privado – Competência da Seção de Direito Privado, nos termos do art. 5º, inciso II da Resolução nº 623/2013, do TJSP. Recurso não conhecido, conflito de competência suscitado, com determinação de remessa ao Órgão Especial (Agravo de Instrumento n.º 2056247-98.2022.8.26.0000; Relator: Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9.ª Câmara de Direito Público; Foro de Presidente Prudente – 1.ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/06/2022; Data de Registro: 29/06/2022).

É o relatório.

Trata-se de Conflito de Competência, suscitado pela C. 9.ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal, sustentando que a competência para o julgamento do agravo de instrumento interposto é da C. 13.ª Câmara de Direito Privado, que compõe a Segunda *Subseção de Direito Privado*.

Sem embargo dos judiciosos fundamentos declinados no v. acórdão de fls. 96/100, tenho que a competência para conhecimento da matéria é da C. Câmara suscitante, conforme precedente deste C. Órgão Especial.

Cuida-se na origem de ação declaratória com pedidos de obrigação de não fazer e reparação de danos materiais que é movida por EMPRESA DE TRANSPORTES ANDORINHA S.A. em face de EXPRESSO PRUDENTE LOCAÇÃO E TRANSPORTES EIRELI E OUTROS alegando, em resumo, que as requeridas estariam praticando conduta ilícita caracterizadora de concorrência desleal, consistente na venda de passagens para os itinerários indicados na inicial, diretamente por seus prepostos e principalmente pelos site e aplicativo da "Buser", por regime de fretamento, sem observância do Decreto Estadual n.º 29.919/1989 que rege a matéria. Acrescenta que é permissionária das linhas referidas, com direito de exclusividade, afirmando que a atividade é exercida pelas rés sem autorização da ARTESP, que já aplicou diversas multas às requeridas, que estariam burlando a legislação e explorando o itinerário das linhas regulares mencionadas sem a devida autorização da agência reguladora ou pagamento de tributos, prestando o serviço de transporte de passageiros de maneira clandestina e colocando os passageiros em risco. Aduz que a conduta caracteriza concorrência desleal, passível de repressão com base nos artigos 173, § 4.º, da Constituição Federal, e nas Leis n.º 9.279/1996 e n.º 12.529/2011. Pediu a concessão de tutela de urgência para o fim de que as empresas requeridas cumpram obrigação de não fazer consistente em cessar a oferta e a venda de passagens, por meios virtuais ou presenciais, oficiando-se à empresa Buser para que retire imediatamente os anúncios de passagens das empresas requeridas de seu site e aplicativo. Ao final, postulou o decreto de procedência para que (fls.. 43/44 na origem):

d.1) Seja declarada por sentença a prática de concorrência desleal/ilícita tanto específica quanto genérica pelas requeridas em desfavor da requerente,

Acesso ao Sumário

impondo em face das primeiras, de forma definitiva, a obrigação de não fazer postulada no item "a" deste tópico, tornando definitiva também a multa fixada por cada evento que caracterizar o descumprimento da ordem judicial, ante a todos os fundamentos acima tecidos;

d.2) Seja cada uma das requeridas condenada a pagar à requerente os danos materiais advindos da captação irregular de clientela obtida por meio da prática da concorrência desleal ora denunciada, sendo o quantum fixado por arbitramento, em posterior procedimento de liquidação de sentença, tal como permitido pelos citados artigos 207 a 210, ambos da Lei n.º 9.279/96.

d.2.1) Alternativamente, caso Vossa Excelência entenda de maneira diversa, requer seja a indenização por danos materiais fixada em 20% (vinte por cento) da soma dos faturamentos de cada requerida, alusivos a todos os anos em que restar comprovado que elas realizaram a prática ilícita ora denunciada até seu efetivo cessamento, nos termos do artigo 37, inciso I, da Lei n.º 12.529/2011, cujo valor deverá ser apurado em futura liquidação de sentença, tudo nos termos da fundamentação supra;

Pois bem.

Conforme dispõe o artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, a *"competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se* ***pelos termos do pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

A Resolução n.º 623/2013 deste C. Órgão Especial dispõe que:

"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

(...)

b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução;

(...)

Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

(...)

Acesso ao Sumário

II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

II.1 – Ações oriundas de representação comercial, comissão mercantil, comodato, condução e transporte, depósito de mercadorias e edição;

(...)

Art. 6º. Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito Privado a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que formarão o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, com competência, excluídos os feitos de natureza penal, para julgar os recursos e ações originárias relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (Sociedades Anônimas), as que envolvam propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, e franquia (Lei nº 8.955/1994), assim como as ações principais, acessórias e conexas relativas à matéria prevista nos artigos 13 a 24 da Lei nº 14.193/2021.

A C. Câmara suscitada declinou da competência por entender que *"a discussão diz respeito à violação de regras de exploração de atividade de transporte, por meio de permissão"*, matéria inserida na competência da *Seção de Direito Público*, por versar a respeito de responsabilidade civil do Estado, decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público (fls. 56/61).

A C. Câmara suscitante, por sua vez, entendeu que *"... a questão envolve somente pessoas jurídicas de direito privado, não se relacionando à concessão de transporte pela administração pública"*, inserida na competência da Segunda Subseção de Direito Privado para ações oriundas de condução e transporte (fls. 96/100).

Acesso ao Sumário

Sem embargo dos judiciosos argumentos declinados pela C. Câmara suscitada, a demanda não diretamente envolve relação contratual privada de serviço de transporte, mas sim pedido de repressão do exercício da atividade desempenhada sem atendimento do regulamento próprio. Em princípio, ao menos no âmbito da Seção de Direito Privado, quer parecer que a competência seria das C. Câmaras Reservadas de Direto Empresarial, conforme estabelecido no artigo 6.º da Resolução 623/2013, a quem atribuído o julgamento dos recursos e ações originárias que *"envolvam propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n.º 9.279/1996"*. É que a prática da atividade de transportes de passageiros sem observância das normas de regência constitui causa de pedir, caracterizadora da concorrência desleal, que daria base à impo-

sição da obrigação de não fazer e da indenização dos *"danos materiais advindos da captação irregular de clientela obtida por meio da prática da concorrência desleal ora denunciada"* ou, alternativamente, *"indenização por danos materiais fixada em 20% (vinte por cento) da soma dos faturamentos de cada requerida, alusivos a todos os anos em que restar comprovado que elas realizaram a prática ilícita ora denunciada até seu efetivo cessamento, nos termos do artigo 37, inciso I, da Lei n.º 12.529/2011"*.

No entanto, recentemente, este C. Órgão Especial examinou a questão da competência recursal para o conhecimento de agravo de instrumento interposto em ação movida por QUATAÍ TRANSPORTE DE PASSAGEIROS SPE S.A, empresa concessionária exclusiva dos serviços de transporte de passageiros em Itaquaquecetuba, em face EASY MAAS TECNOLOGIA LTDA. E OUTROS, que estariam explorando *"transporte remunerado de passageiros nos moldes do transporte coletivo, mas o faz de forma clandestina, ao arrepio da lei, sem concessão, permissão ou autorização do Poder Público concedente"*, postulando a procedência do pedido *"... para declarar ilegal e irregular o exercício da atividade de transporte remunerado de passageiros realizada pelos réus, praticada em verdadeira concorrência desleal em desfavor da autora, proibindo-os, em definitivo, de executar o transporte de passageiro sem permissão ou autorização na cidade de Itaquaquecetuba, seja qual for o tipo de veículo"*.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que a competência para conhecimento do recurso era da C. *Seção de Direito Público*, nos termos do artigo 3.º, I, item I.11 (atual item I.13), da Resolução nº 623/2013: *"Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público"*.

Seguem a ementa e excertos do voto condutor do julgamento:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Agravo de instrumento interposto contra decisão liminar que deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré se abstenha de explorar o serviço de transportes de passageiros, no Município de Itaquaquecetuba, através do aplicativo (Easy Maas). Na origem trata-se de ação de obrigação de não fazer proposta visando a declaração de ilegalidade e irregularidade do exercício/ atividade de transporte remunerado de passageiros realizada pelos réus. O agravo de instrumento, por prevenção, inicialmente foi distribuído a 7ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência por entender se tratar da competência de uma das Câmaras reservadas de direito empresarial. A 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial recebeu os autos e suscitou conflito negativo de competência, alegando que diante da prevenção gerada pelo julgamento anterior e, por se tratar de matéria que envolve prestação de serviços de mobilidade urbana em pretensão da Concessionária do Serviço, resistida pelo particular, a Câmara Empresarial não seria competente. Matéria de Direito Público, não compreen-

Acesso ao Sumário

dida na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público. Inteligência do artigo 3º, I, item I.11, da Resolução nº 623/2013, deste TJSP. Conflito procedente para determinar o encaminhamento dos autos à 7ª Câmara de Direito Público.

(...)

A causa de pedir dispõe sobre a concorrência desleal realizada contra a então concessionária dos serviços de transporte coletivo urbano de Itaquaquecetuba. Segundo consta o agravante não exerce transporte individual privado em automóveis, através de aplicativo, mas transporte coletivo remunerado, com utilização de vans e micro-ônibus.

O agravo, por prevenção, foi distribuído a 7ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência por entender se tratar da 'competência de uma das colendas câmaras reservadas de direito empresarial quando não da Seção de Direito Privado II, porquanto ligada a condução e transporte' (f. 96).

A 2ª Câmara de Reservada de Direito Empresarial recebeu os autos e suscitou conflito negativo de competência, sob o argumento de 'diante da prevenção gerada pelo julgamento anterior (2024161-45.2020.8.26.0000) e, por se tratar de matéria que envolve prestação de serviços de mobilidade urbana em pretensão da Concessionária do Serviço resistida pelo particular, esta Colenda Câmara Reservada de Direito Empresarial não é competente para apreciação e julgamento do presente recurso. Os contornos de 'deslealdade concorrencial suscitados não envolvem relação empresarial e, sim, matéria que contempla a análise de exigências administrativas e normas de direito público.' (f. 108).

(...)

A ação de obrigação de não fazer foi proposta visando seja declarado ilegal e irregular o exercício da atividade de transporte remunerado de passageiros realizada pelos réus. Em que pese o entendimento da 7ª Câmara de Direito Público, órgão suscitado, em casos dessa natureza, envolvendo matéria de Direito Público, não compreendida na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público, a competência recursal deve ser definida com base no art. 3º, I.11, da Resolução TJSP nº 623, de 16.10.2013, que prevê:

(...)

Assim, e por se tratar de discussão sobre os limites da concessão do serviço público, o recurso deverá ser apreciado pelo órgão suscitante, 7ª Câmara de Direito Público.

(Conflito de competência cível n.º 0007404-73.2021.8.26.0000; Relator: James Siano; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Itaquaquecetuba – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/06/2021; Data de Registro: 08/06/2021, V.U.).

Por todo o exposto, pelo meu voto, o conflito é conhecido para fixar a competência da C. 9.ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2122086-07.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes ANTÔNIO MARCOS BATISTA PEREIRA (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA) e MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA, é embargado PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 34.567)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 10 de agosto de 2022.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO CONFIGURADA – Pedido de modulação dos efeitos – Desnecessidade – Ausência de razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifique a medida – EMBARGOS ACOLHIDOS, para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos por **MUNICÍPIO DE SANTANA DO PARNAÍBA** e **ANTÔNIO MARCOS BATISTA PEREIRA** con-

tra o v. Acórdão de fls. 416/427 que, por unanimidade, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação ao pedido relacionado ao art. 153 da Lei Orgânica do Município, e procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 4.530/2021.

Sustentam, em síntese, a existência de omissão quanto ao pedido de modulação dos efeitos para após o trânsito em julgado, vez que o Decreto Municipal nº 4.530/2021 foi elaborado de acordo com dispositivo da Lei Orgânica Municipal vigente na época dos fatos, sob pena de violação à segurança jurídica.

É o relatório, passo ao voto.

I – Os embargos hão de ser acolhidos, para sanar a omissão apontada pelos embargantes, sem efeitos modificativos.

De fato, verifica-se que o pedido de modulação de efeitos formulado nas informações prestadas pela Prefeitura de Santana do Parnaíba não foi analisado (fl. 297), o que passa a ser suprido neste momento processual.

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 estabelece que *"ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."*

No caso, não se vislumbra qualquer razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifique a modulação dos efeitos da decisão, sobretudo porque **a eficácia da decisão proferida se restringe a um único bem público determinado (ponte).**

Nesse sentido:

> "Por fim, não há que se falar na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos questionados, na forma do artigo 27 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, haja vista a ausência de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social envolvido na espécie a recomendá-la." (**ADI nº 2198486-72.2015.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. em 09/03/2016**)

Por fim, as demais alegações no sentido de que o Decreto Municipal nº 4.530/2021 observou a regra prevista no art. 153 da Lei Orgânica do Município, preenchendo seus requisitos objetivos no momento de sua edição, extrapolam a tese de omissão suscitada, em claro intuito de rediscutir o que já foi decidido, repisando argumentos em favor da sua pretensão, a fim de obter a reconsideração do julgado, o que não se admite.

II – Ante o exposto, e pelo meu voto, **ACOLHO os embargos declaratórios, para sanar a omissão apontada, sem efeitos modificativos**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2190154-43.2020.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FUPESP, são embargados MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE LAGOINHA e PREFEITO MUNICIPAL DE LAGOINHA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.453/2022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 17 de agosto de 2022.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: RECURSO. Embargos de Declaração. Contradição não caracterizada, ausentes proposições intrinsecamente conflitantes no julgado. Hipótese ademais em que a questão suscitada nesta via integrativa foi explicitamente tratada pelo Colegiado. Exame da doutrina e da jurisprudência.
REJEIÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

São embargos declaratórios opostos pela *FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO – FUPESP*, em que são embargados o *PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LAGOINHA* e o *PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LAGOINHA*, ao v. acórdão de fls. 162-172 que julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade.

Invocando contradição no julgado, sustenta a embargante, autora da ação,

a necessidade de modulação dos efeitos do v. aresto, a fim de que, *"em caso de mora legislativa na regulamentação do direito ao afastamento remunerado para o exercício do mandato classista, seja aplicado por analogia o disposto no § 1º do artigo 125 da Constituição do Estado de São Paulo"*, ante a inaplicabilidade, em princípio, da Lei Complementar estadual nº 343/1984, considerado o número de servidores municipais.

Embora instados, os embargados não se manifestaram.

É o relatório do essencial.

Não há contradição a ser reparada, vício que resultaria *"da existência de proposições inconciliáveis entre si nos elementos do provimento e de um elemento em relação ao(s) outro(s). As proposições inconciliáveis consistem na afirmação e na negação simultâneas de algo"* (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, 8ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 723-724), dado que a decisão colegiada não contém proposições conflitantes ou que impeçam a integral compreensão e a completa efetividade de seu conteúdo.

O Sodalício foi claríssimo ao estabelecer a incidência, no caso concreto, do artigo 125, § 1º, da Constituição Estadual:

> *"De fato, a Constituição do Estado expressamente dispõe:*
>
> *Artigo 125 – O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.*
>
> *§ 1º – Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei."*
>
> *O direito ao afastamento remunerado do servidor público para assumir cargo em sindicato é previsto pela Constituição Estadual e decorre do princípio da livre associação sindical, fazendo parte do elenco do artigo 8º da Constituição da República (v. inciso VIII), norma essa de reprodução obrigatória pelo Município por força do artigo 144 da Carta Bandeirante.*
>
> *A Lei Orgânica do Município de Lagoinha, entretanto não cuidou de assegurar o direito do servidor público daquela Edilidade, que viesse a ser eleito para desempenhar cargo de representação sindical, de afastar-se de suas funções, sem prejuízo da remuneração, em flagrante desrespeito ao disposto no supracitado artigo da Constituição Estadual.*
>
> *Omissão confirmada pelo Prefeito em sede de informações, embora afirmando a desnecessidade de norma a disciplinar o tema no Município, diante do regime celetista dos servidores municipais. Certo é, no entanto, que o dispositivo constitucional que trata da matéria não estabeleceu diferenciação quanto a regime jurídico único a ser adotado para os servidores, se estatutário ou celetista, não sendo lícito ao intérprete fazê-lo.*

Acesso ao Sumário

E, tendo em vista o caráter supletivo da Lei Complementar nº 343/1984 em situações como a examinada, sua aplicação dar-se-á naquilo em que for compatível com a hipótese.

Daí a inexistência de risco aos direitos servidores que exerçam ou venham a exercer mandato sindical.

Esse aspecto foi examinado com excelência pelo I. Presidente desta Corte, Des. Ricardo Anafe, em sua declaração de voto convergente que integra validamente o v. acórdão e é transcrita no que interessa:

> *"Em respeito ao princípio da tripartição dos Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno). Todavia, a decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), tem caráter mandamental, constituindo em mora o poder competente que deveria elaborar a lei e não o fez (Cf. Pedro Lenza, in "Direito Constitucional Esquematizado", 2012).*
>
> *No âmbito do controle da constitucionalidade, a grande missão do Poder Judiciário é afastar, com a máxima eficiência, a violação à Carta Suprema. Trata-se de questão a que não se pode transigir. A preocupação maior do controle não é atentar propriamente aos efeitos e consequências das inconstitucionalidades, mas sim, efetivamente eliminá-las, de modo a assegurar a prevalência e o cumprimento da Constituição.*
>
> *Dessa forma, a eficácia normativa da Constituição impõe aos Poderes do Estado atuação voltada à sua concretização. É assente que a omissão sanável por via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, malgrado a aparente abertura do texto do artigo 103, § 2º da Constituição Federal, é exclusivamente aquela relativa à edição de atos normativos, quer pelo Poder Legislativo, cuja missão constitucional é precipuamente essa, quer pelo Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar.*
>
> *Na hipótese vertente, o Município de Lagoinha, não se desincumbiu da edição de norma sobre o direito de afastamento remunerado dos servidores públicos que exercem cargos e funções de direção em entidades sindicais.*
>
> *O direito ao afastamento remunerado do servidor público para assumir cargo em sindicato previsto pela Constituição Bandeirante (artigo 25, § 1º) decorre do princípio da livre associação sindical, nos termos do artigo 8º, inciso VIII da Constituição Federal.*
>
> *Nesse passo, em reforço à liberdade de associação sindical garantida constitucionalmente, o artigo 125, § 1º da Constituição do Estado de São Paulo estabelece: (...)*
>
> *De outro lado, referido direito previsto na Constituição do Estado é de observância obrigatória na estrutura legislativa municipal por imposi-*

Acesso ao Sumário

ção do artigo 144 da mesma Carta, que confere aos Municípios autonomia organizacional, determinando, simultaneamente, sua submissão aos princípios estabelecidos pela Carta Magna e pela própria Constituição Estadual.

Como bem anotou o eminente Relator em seu voto, a matéria é conhecida deste Colendo Órgão Especial, que tem, reiteradamente, reconhecido a inconstitucionalidade, por omissão, das legislações municipais que não preveem o afastamento remunerado.

Noutro bordo, irrelevante a adoção do regime jurídico a que estão submetidos os servidores públicos, 'in casu', o celetista, na medida em que o dispositivo constitucional garante o direito ao afastamento remunerado sem estabelecer qualquer diferenciação.

De fato, 'não há discriminação no tocante ao regime jurídico ao qual esteja submetido o servidor, gênero do qual são espécies o funcionário público e o empregado público. Destarte, não é possível, segundo regra básica de hermenêutica jurídica, distinguir o que a lei não distinguiu. Ou seja, ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.' (ADI nº 0183316-02.2012.8.26.0000, Rel. Des. Walter Guilherme, j. 30/01/13).

Nessa senda, entende-se razoável a fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir deste julgamento para que os Poderes Executivo e Legislativo do Município de Lagoinha adotem as providências necessárias para sanar a omissão legislativa. Superado o prazo fixado sem a correção da omissão, fica determinada a observância à Lei Complementar Estadual nº 343, de 06 de janeiro de 1984 (que dispõe sobre o afastamento de funcionários e servidores do Estado para exercer mandato como dirigente de entidades de classe, nas condições que especifica, regulamentada pelo Decreto nº 31.170, de 3/1/1990), no que couber, até que a lacuna legislativa seja suprida." (grifamos)

Como se constata, a questão trazida a debate foi decidida com fundamentos robustos, em observância ao princípio da motivação obrigatória (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal; artigos 11, *caput*, e 489 do Código de Processo Civil).

Acesso ao Sumário

Ressalta, nesse contexto, a inviabilidade da via integrativa, certo que *"os embargos de declaração opostos na origem não podem ser destinados ao 'acréscimo de razões que para a parte pareçam significativas, mas que, para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar. (...) Não cabe ao Tribunal, que não é órgão de consulta, responder a questionários postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura e profligа o que considera injustiças decorrentes do 'decisum'* (AgInt no AREsp nº 1.394.852/SP, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 12.2.2019).

Em suma: o julgado é hígido e está apto a gerar os efeitos legais que lhe

são ínsitos, cumprindo lembrar, afinal, que, em sede de embargos de declaração, *"não se pede que se redecida, pede-se que se reexprima"* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. VII, p. 400).

Isto posto, rejeitam-se os embargos.

Eventual insurgência 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, facultado às partes, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais.

No silêncio, privilegiando o princípio da celeridade processual, prosseguirá o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2120141-48.2022.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente KEILA APARECIDA MACHADO ROCHA, é impetrado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O DEFENSOR PÚBLICO DR. JOÃO FELIPPE BELEM DE GOUVÊA REIS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.869)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI e JACOB VALENTE.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de agosto de 2022.
JAMES SIANO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* CRIMINAL. Paciente investigada por furto qualificado por abuso de confiança decorrente de vínculo empregatício, praticado de forma continuada. Pedido da Defensoria Pública de afastamento da condição imposta pelo Ministério Público de reparação do dano causado para celebração do Acordo de Não Persecução Penal, previsto no art. 28-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Alegação de ausência de recursos financeiros.

Hipótese de denegação da ordem.

Inexistência de direito subjetivo do réu. Acusação de desfalque da empresa em que a paciente trabalhava. Ausência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal. Descumprimento de requisito objetivo. Inadmitido o acordo pelo fato de não ter a paciente comprovado a destinação dos valores subtraídos nem produzido prova cabal de que estivesse desprovida de recursos financeiros. Circunstância indispensável para revelar com presteza a impossibilidade de reparação do dano. Inocorrente demonstração de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade impetrada.

Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de "Habeas Corpus" criminal impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Keila Aparecida Machado Rocha, sendo apontado como autoridade coatora o Procurador Geral de Justiça.

Sustenta a impetrante: (i) instaurado inquérito contra a paciente para apurar a suposta prática do delito previsto no art. 155, § 4º, II, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal; (ii) preenchidos os requisitos do art. 28-A do Código de Processo Penal, o Ministério Público propôs acordo de não persecução penal, mas entre as condições estabeleceu a reparação do dano causado (R$ 20.251,36); (iii) defesa requereu a exclusão de tal exigência, porque a paciente se encontra desempregada, em dificuldades financeiras, sugerindo, subsidiariamente, o pagamento mensal de R$ 100,00; (iv) o Ministério Público negou celebrar o

Acesso ao Sumário

acordo, por não demonstrada a impossibilidade de reparar o dano; (v) defesa requereu prazo para apresentação de dados que revelassem tal circunstância, o que foi deferido, sendo juntados documentos comprobatórios da hipossuficiência; (vi) Parquet manteve o entendimento de que não restou comprovada a impossibilidade de reparação do dano, mesmo sendo solicitada pela defesa que o MP indicasse qual documentação seria necessária para tal comprovação; (vii) autos foram remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que insistiu na recusa da oferta do acordo; (viii) abuso de poder perpetrado contra a paciente; (ix) o inciso I do art. 28-A do CPP determina a reparação do dano ou a restituição da coisa, mas exceto na impossibilidade de fazê-lo, circunstância esta de insuficiência de recursos financeiros que estaria configurada; (x) reparação do dano não é necessária para reprovação e prevenção do ilícito cometido, porque nada impede que a vítima busque o Juízo Cível para obtenção do ressarcimento pelo prejuízo sofrido; (xi) MP ao erigir a reparação de dano como condição indispensável para a oferta do acordo de não persecução, estaria atuando como legislador para criar mais uma exceção à regra do art. 28-A do CPP; (xii) invoca a aplicação do § 5º do art. 28-A do CPP; (xiii) requer a concessão da ordem para que seja determinado que o Ministério Público reformule as condições propostas ou, subsidiariamente, apresente de forma clara e objetiva quais elementos são capazes de comprovar a impossibilidade de reparação do dano, diante da incapacidade financeira da paciente.

A liminar foi indeferida (f. 55/63).

Manifestou-se a Defensoria Pública em oposição ao julgamento virtual e pela intimação pessoal da data do julgamento para sustentação oral (f. 71).

O Procurador Geral de Justiça prestou informações (f. 74/90).

É o relatório.

A ordem é de ser denegada.

Dispõe o inciso LXVIII do art. 5º da CF: "*Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*".

Preconiza o invocado art. 28-A, *caput*, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019: *"Não sendo caso de arquivamento e* ***tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal*** *sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos,* ***o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime****, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:*

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;" (g.n.).

Afigura-se necessário traçar um paralelo interpretativo com a suspensão

Acesso ao Sumário

condicional do processo, para afirmar que cabe ao Ministério Público o poder-dever de admitir ou repudiar o acordo de não persecução penal, mediante apreciação motivada das circunstâncias e requisitos que eventualmente possam autorizar a tentativa de sua implementação.

Nesse sentido, proclama o STJ: *"[A] suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada" (AgRg no AREsp n. 607.902/SP, relator Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 17/2/2016)" (AgRg no HC 504074/SP, Sexta Turma, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO j. 13.08.2019).*

Posicionamento que não destoa da orientação do STF, conforme tópico de ementa abaixo transcrito:

> *Habeas corpus. Penal. Condenação pelos crimes de lesão corporal (CP, art. 129) e desacato (CP, art. 331). Dosimetria de pena. Fixação da pena-base do crime de desacato acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Alegado bis in idem. Não ocorrência. Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Não cabimento. Fundamentada recusa do Ministério Público em propor o benefício. Aceitação da recusa pela autoridade judicial. Possibilidade. Precedentes. Natureza de transação processual da suspensão condicional do processo. Inexistência de direito público subjetivo à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. Precedentes. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. (..) 5.* ***Quanto à pretendida concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa*** *(HC nº 89.842/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15/9/06). Desse entendimento, não dissentiu o aresto ora questionado. 6.* É pertinente se destacar que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 *(HC nº 83.458/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 6/2/03; HC nº 101.369/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 28/11/11). 7. Ordem denegada. (HC nº 129346/ES, 2ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 11.05.2016, g.n.).*
>
> *HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIICADO, DESCLASSIFICADO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE. PRETENDIDO DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) OU À SUSPENSÃO DA*

Acesso ao Sumário

PENA (ART. 77 DO CP). ORDEM DENEGADA. O benefício da suspensão condicional do processo não traduz direito subjetivo do acusado. Presentes os pressupostos objetivos da Lei nº 9.099/95 (art. 89) poderá o Ministério Público oferecer a proposta, que ainda passará pelo crivo do magistrado processante. Em havendo discordância do juízo quanto à negativa do Parquet, deve-se aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (Súmula 696/STF) ***. Não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela.*** *Também não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP. Ordem denegada. (HC nº 84342/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. CARTOS BRITTO, j. 12.04.2005, g.n.).*

A Ministra CÁRMEN LÚCIA do Supremo Tribunal Federal, em decisão denegatória de seguimento de *habeas corpus*, proferida em 28.05.2020, assim se pronunciou a respeito do tema: *"****Nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterada pela Lei n. 13.964/2019, 'o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal', não se tratando, à semelhança da suspensão condicional do processo, de direito subjetivo do acusado, mas dever-poder do Ministério Público, titular da ação penal, ao qual cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação daquele instituto, desde que fundamentadamente*** *(HC n. 129.346, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 5.4.2016; de HC n. 84.352, Relator o Ministro Ayres Britto; DJ de 23.6.2006; HC n. 83.458, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 6.2.2003; HC nº 101.369/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 28.11.11, entre outros). Como se extrai da terminologia mesma do instituto tem-se* 'acordo' de não persecução penal*, não se vislumbrando, portanto, ilegalidade no despacho quando, por acréscimo, assenta-se óbice formal de aplicação do benefício a processo que tenha percorrido todas as instâncias processuais"* (HC nº 186289/RS, g.n.).

Também assim fixado pela Excelsa Corte em julgamento colegiado prolatado na Primeira Turma, cuja ementa assim dispõe:

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento

Acesso ao Sumário

do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, ***não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição****. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público 'poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições'. 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento" (HC nº 191124-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAIS, j. 08.04.2021, g.n.).*

O Superior Tribunal de Justiça pontificou no mesmo sentido: *"como bem asseverado no parecer ministerial, 'O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal',* ***não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública****, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna" (AgRg no RHC 130587/SP, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 17.11.2020, g.n.).*

Precedentes jurisprudenciais desta Corte de Justiça, inclusive do Órgão Especial, perfilham o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores quanto à possibilidade de recusa do Ministério Público em celebrar o acordo de não persecução penal, como na hipótese da suspensão condicional do processo, conforme ementas a seguir reproduzidas:

> *HABEAS CORPUS – Recusa do Ministério Público de formular proposta de "acordo de não persecução penal" (art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, que "aperfeiçoa a legislação penal e processual penal") a réu incurso nas penas do art. 180 do CP – Autos remetidos à Procuradoria Geral de Justiça a pedido da Defensoria Pública, para revisão da recusa ministerial (art. 28-A, § 14 do CPP) – Manutenção do ato pelo Procurador Geral da Justiça – Insatisfação pela Defesa – Impetração do Habeas Corpus objetivando seja concedida a ordem "para determinar a oferta do acordo de não persecução penal ou, não sendo assim, a abertura de vista ao MPESP para se manifestar sobre o cabimento do acordo..., desconsiderando a argumentação inidônea*

Acesso ao Sumário

*anteriormente esposada" – Descabimento – **Acordo de não persecução penal que não constitui direito subjetivo do réu, mas faculdade e prerrogativa institucional do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe a sua análise e proposta, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, preenchidos os requisitos legais** (arts. 28 e 28-A do CPP) – Jurisprudência da Corte Suprema e deste Tribunal – Paciente denunciado que não preenche os requisitos da norma de regência – Ausência de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, CF) ou mesmo de constrangimento ilegal – Ordem denegada (HC nº 2098427-03.2020.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. 29.07.2020, g.n.).*

*HABEAS CORPUS. Impetração contra ato do Procurador-Geral de Justiça que confirmou posicionamento adotado por Promotor de Justiça, recusando acordo de não persecução penal (ANPP). Réu denunciado como incurso no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Alegação de ilegalidade. Rejeição. Crime não confessado, e pena mínima cominada superior a 4 anos. Requisitos legais não preenchidos. **Ademais, em se tratando de ato que exige convergência de vontades, o oferecimento de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, não pode ser objeto de imposição ao órgão acusador, pois não constitui direito subjetivo do acusado, e sim prerrogativa institucional do Ministério Público, quando seu representante reputar a medida suficiente para reprovação e prevenção do crime**. Precedentes. Ordem denegada (HC nº 2118710-47.2020.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. 15.07.2020).*

*HABEAS CORPUS. Peculato continuado – Recusa Ministerial quanto ao oferecimento de acordo de não persecução penal. Fundamentação idônea ao caso concreto. Paciente que não preencheu os requisitos do artigo 28-A do Código de Processo Penal. **Ausência de direito subjetivo. Faculdade do Ministério Público como titular da ação penal**. Precedentes. ORDEM DENEGADA. (HC nº 2062376-90.2020.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS, j. 09.06.2020, g.n.).*

*Apelação da Defesa – Furto qualificado pelo concurso de agentes – Preliminar de nulidade – Acordo de não persecução penal – Recusa por parte do representante do Ministério Público, bem justificada – Furto praticado em escola pública – Alta reprovabilidade da conduta – **Instituto despenalizador que é uma prerrogativa institucional do Ministério Público, e não um direito subjetivo do réu – Não se pode falar em 'acordo' quando o órgão acusador é obrigado a propô-lo** – Preliminar rejeitada – Mérito – Provas suficientes às condenações – Confissão dos acusados Danilo e Jean – Negativa do corréu Ricardo isolada nos autos – Consistentes depoimentos dos policiais civis – Penas bem justificadas – Regime prisional semiaberto imposto ao acusado Ricardo,*

Acesso ao Sumário

com fundamento na sua reincidência – Rejeitada a preliminar, recurso desprovido. (Apelação nº 0049576-21.2014.8.26.0050, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, j. 07.05.2020, g.n.).

O acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP, redação da lei 13.964/2019) ***não é direito subjetivo do acusado, mas, sim, um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada*** *(HC nº 2062265-09.2020.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. COSTABILE E SOLIMENE, j. 28.04.2020).*

Como visto, da mesma forma que na suspensão condicional do processo, inexiste no âmbito do acordo de não persecução penal o direito subjetivo do acusado à sua celebração, que depende do preenchimento dos requisitos legais, segundo apreciação motivada do órgão acusatório.

A recusa ministerial em formalizar proposta de acordo, nos termos pleiteados pela paciente, ostenta fundamentação idônea, conforme se infere da manifestação exarada pelo Procurador Geral de Justiça (f. 40/51).

A contrariedade encontra supedâneo na apreciação de que a paciente ao ser ouvida no inquérito policial confessou apenas parcialmente os fatos que lhe foram imputados, notadamente, furto qualificado por abuso de confiança decorrente de vínculo empregatício, praticado de forma continuada. Afirmou a investigada que no momento de assinar sua rescisão contratual relatou ao seu ex-patrão "*que tinha pago somente uma conta sua com o dinheiro da lotérica, de aproximadamente R$ 1.000,00*" (f. 12 dos autos do inquérito policial).

Ocorre que ela foi acusada de ter provocado um desfalque à casa lotérica em que trabalhava no importe de R$ 20.251,36 (f. 41 dos autos do inquérito policial), não tendo havido confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal, requisito objetivo que não veio a ser satisfeito.

Também inadmitido o acordo pelo fato de não ter a paciente comprovado a destinação dos valores subtraídos nem produzido prova cabal de que estivesse desprovida de recursos financeiros, o que seria indispensável para revelar com presteza a impossibilidade de reparação do dano.

Ou seja, descortinar o caminho do dinheiro espoliado é essencial como mostra da real condição financeira e do interesse de ressarcir o prejuízo causado.

Isso porque tal requisito do acordo oferecido representa o que se considerou pelo Ministério Público como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime em discussão.

A propósito, o órgão ministerial de primeira instância bem retratou a necessidade de comprovar qual foi o encaminhamento dado ao montante desfalcado, para se apurar acerca da ausência de possibilidade de ressarcimento da

Acesso ao Sumário

quantia, quando assim se expressou:

"Ademais, certo que a juntada de extrato bancário, contas de água e luz, bem como cópia de sua carteira de trabalho não são capazes de demonstrar eficazmente a impossibilidade no ressarcimento do dano, ***uma vez que KEILA realmente subtraiu relevante montante e teve a posse do numerário, não demonstrando ainda qual destinação deu à quantia subtraída****"*

Com efeito, assim asseverou de forma justificada o Procurador Geral de Justiça:

"Conforme se observa dos autos, ***a acusada não confessou formal e circunstanciadamente os fatos que lhe foram imputados no expediente****. Com efeito, admitiu apenas parcialmente a conduta, ao afirmar que pagou só uma conta com o dinheiro da lotérica, no valor aproximado de R$ 1.000,00 (fls. 12).*

De igual modo, em juízo, assistida por defesa técnica adequada, também não o fez, limitando-se a insistir no cabimento do benefício e pleitear a revisão da recusa, sem oferecer qualquer confissão (fls. 90, 111 e 119).

Observe-se que a admissão parcial da conduta não é suficiente para o cabimento do benefício.

A exigência de confissão circunstanciada dos fatos está expressamente prevista em lei, tratando-se de pressuposto objetivo para celebração do aventado acordo, o qual não está preenchido no caso concreto.

(...)

Inexistindo tal formalidade, não há para o Ministério Público dever de intimar a acusada a fim de lhe conferir oportunidade para que confesse os fatos.

(...)

Condição basilar para a celebração do acordo de não persecução penal, em crimes patrimoniais, é a integral reparação do dano causado à vítima. E o Ministério Público não deve abrir mão dessa condição, nem substituí-la por outra, que, a toda evidência, não atenderia ao que é necessário e suficiente para prevenção e reprovação do ilícito cometido.

É certo que a investigada vem alegando, recorrentemente, a impossibilidade de reparar o prejuízo causado à vítima. Para demonstrar o alegado, juntou cópia da carteira de trabalho – *que indica não estar formalmente empregada – e o extrato de uma conta bancária com saldo negativo.*

Neste ponto, também não cabe reparo à negativa feita pelo Douto Promotor de Justiça.

Primeiro, porque tais documentos não são suficientes para demonstrar a impossibilidade de pagamento; afinal, nem só o vínculo empregatício garante condições de subsistência a quem quer que seja. Depois, porque ***cabia à investigada provar a impossibilidade de restituição do valor***

Acesso ao Sumário

subtraído ou, no mínimo, a destinação dada ao dinheiro – algo que ela sequer considerou fazer.

De mais a mais, não se pode mesmo admitir que a reparação se faça na forma pretendida pela investigada. O pagamento de R$ 100,00 por mês conduziria a uma contraprestação desproporcional, insuficiente para repor o prejuízo causado à vítima" (f. 47/50, g.n.).

Tais elementos denotam a ausência de substrato jurídico capaz de autorizar a concessão da ordem de reformulação das condições propostas ou, subsidiariamente, indicação dos elementos necessários para comprovar a impossibilidade de reparação do dano, uma vez que não se vislumbra de plano a existência de risco de coação à liberdade de locomoção da paciente, por ilegalidade ou abuso de poder.

Ante o exposto, **denega-se** a ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2230908-03.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante E.A.C., é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.976)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, TORRES DE CARVALHO, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, FIGUEIREDO GONÇALVES, POÇAS LEITÃO, RUY COPPOLA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 29 de junho de 2022.

VIANNA COTRIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: 1. Mandado de Segurança – Policial Militar expulso pelo Conselho de Disciplina, por decisão final

emitida por seu Comandante Geral – Irrecorribilidade na seara administrativa (artigo 83 da Lei Complementar Estadual nº 893/2001) – Hipótese que não se enquadra na exceção do artigo 138, § 3º da Constituição Estadual, que envolve demissão por ato administrativo, posteriormente absolvido pela Justiça.

2. Recurso de revisão administrativa apresentado ao Sr. Comandante Geral, que dela não conheceu pela ausência de previsão legal de recurso contra a decisão de imposição de sanção administrativa, dando origem ao recurso hierárquico apresentado ao Sr. Governador, não analisado até o momento.

3. Mandado de segurança que objetivava ordenar à Autoridade Maior do Executivo Estadual a apreciação de recurso hierárquico que, como visto, era incabível – Ausência, portanto, de direito líquido e certo ao julgamento do recurso hierárquico.

4. Decadência – Reconhecimento – Pretensão do impetrante, com o pedido de revisão administrativa e o recurso hierárquico não fundamentados em fato novo, que equivalem a pedido de reconsideração e não interrompem o prazo decadencial para o mandado de segurança (STF, Sum 430). Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ex-policial militar contra ato omissivo imputado ao Exmo. Governador do Estado de São Paulo, que até o momento não analisou o Recurso Hierárquico a ele endereçado.

Sustenta o impetrante que após o indeferimento do pedido de revisão de processo administrativo pelo Sr. Comandante Geral da Polícia Militar, publicado em 29/04/2015, manejou o recurso hierárquico mencionado em 02/05/2015. E, com apoio nos artigos 1º da Lei Federal 12.016/09 e 33 da Lei Estadual nº 10.177/98, fundamenta o direito líquido e certo de obter uma decisão e em prazo razoável pois, ainda que invencível o acúmulo de serviço no âmbito administrativo, havia previsão legal do prazo de 120 dias para a decisão, há muito ultrapassado.

O Sr. Governador do Estado prestou informações a fls. 59/63.

O v. Acórdão anterior, proferido pelo C. Órgão Especial desta Corte de Justiça (fls. 89/94) acolheu preliminar de ilegitimidade passiva e denegou a segurança, agora retornando à mesa ante o teor do julgamento do Recurso Or-

Acesso ao Sumário

dinário interposto, pelo qual o E. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade passiva do Governador e determinou a continuidade do julgamento da impetração (fls. 210/212).

A Procuradoria Geral do Estado deixou de apresentar qualquer parecer (fls. 225).

A D. Procuradoria de Justiça, em seu parecer, opinou pela denegação do *writ* (fls. 230/238).

É o relatório.

A síntese dos autos é que o impetrante foi policial militar até 24/02/2010, data em que lhe restou aplicada a sanção de expulsão quando ultimado o procedimento próprio a que foi submetido (Conselho de Disciplina nº (...)) por decisão proferida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar.

Contra esta decisão foi apresentado o requerimento administrativo de revisão perante a mesma autoridade prolatora, o qual, não tendo sido conhecido, deu origem ao recurso hierárquico endereçado ao Governador do Estado. Objetiva o impetrante obter o *mandamus* para que esta autoridade seja compelida a decidir o recurso.

Muito embora as informações prestadas a fls. 59/63 tenham noticiado que aquele recurso hierárquico foi encaminhado ao Sr. Secretário de Segurança Pública, que por sua vez já havia proferido decisão publicada no Diário Oficial do Estado (fls. 65), é certo que o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança reconheceu que a citada autoridade, para fins de aplicação de penas disciplinares, está alocada no mesmo grau hierárquico que a autoridade que aplicou a sanção, do que se conclui, portanto, que a decisão retro referida não esvaziou, de fato, o objeto deste feito.

À luz, porém, do artigo 83 da Lei Complementar Estadual nº 893/2001, na Seção relativa ao Conselho de Disciplina, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 915, de 22/03/2002, a decisão proferida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar de sanção disciplinar é decisão final que não desafia qualquer recurso.

Acesso ao Sumário

Com efeito, preceituam o referido dispositivo legal e o anterior, para que se tornem plenamente inteligíveis:

> **Artigo 82 –** A autoridade instauradora, na sua decisão, considerará a acusação procedente, procedente em parte ou improcedente, devendo propor ao Comandante Geral, conforme o caso, a aplicação das sanções administrativas cabíveis.
>
> **Artigo 83 –** Recebidos os autos, o Comandante Geral, dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, fundamentado seu despacho, emitirá a decisão final, da qual não caberá recurso, salvo na hipótese do que dispõe o § 3º do artigo 138 da Constituição do Estado. – GRIFEI

Por oportuno, o § 3º do artigo 138 da Lei Maior do Estado estabelece que *O servidor público militar demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos.* – GRIFEI

Na presente hipótese não há absolvição judicial para o mesmo ato que ensejou a demissão, de sorte que prevalece o teor do citado artigo 83 da já referida Lei Complementar, em vigor desde o tempo da expulsão (24/02/2010) e respectivos pedidos de revisão e hierárquico (ambos em 2015).

Resta evidente, pois, que este despacho final do Comandante Geral é irrecorrível no âmbito administrativo e, portanto, foi indevidamente objeto do pedido de revisão – equivalente a pedido de reconsideração à mesma autoridade –, e do recurso hierárquico a Governador.

Isto equivale a afirmar que, da decisão final do Conselho de Disciplina, copiada nos autos entre fls. 25/28, especialmente no item 15.1, não cabia o pedido de revisão administrativa ao Comandante Geral, reproduzida a fls. 02 da inicial deste Remédio, que não conheceu do pedido pelo mesmo fundamento aqui reconhecido. Veja-se o trecho pertinente:

> (...) Em relação ao presente pedido, mantenho posicionamento exarado no Despacho nº CorregPM-(...), não conhecendo do requerimento por falta de previsão legal, uma vez que a decisão final do Comandante-Geral, salvo na hipótese do disposto no § 3º do art. 138 da Constituição do Estado, não desafia recurso, nos termos dos artigos 83 e 84 da Lei Complementar 893/01 – Regulamento Disciplinar da Polícia Militar. (Despacho nº CorregPM-(...))

E desta última decisão também não cabia o recurso hierárquico ao Governador, vez que tampouco detinha poderes legais para modificar a sanção aplicada em caráter final na seara administrativa.

Ora, sendo incabível o recurso hierárquico ao Governador, resta evidente a ausência de direito líquido e certo do impetrante que, com este Mandado de Segurança, objetivava precipuamente ordenar à Autoridade Maior do Executivo Estadual a apreciação de recurso hierárquico incabível.

Não custa esclarecer que o E. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade do Sr. Governador do Estado enquanto autoridade superior, segundo a visão processual da hierarquia da Polícia Militar do Estado tomando por base o Comandante Geral da PM como autoridade coatora, claramente sem adentrar ao mérito da questão.

De qualquer sorte, vale ressaltar:

> MANDADO DE SEGURANÇA – EX-POLICIAIS MILITARES – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU NAS SUAS EXPULSÕES – PENAS APLICADAS PELO COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR – PEDIDOS DE REVISÃO DIRECIONADO À MESMA

Acesso ao Sumário

AUTORIDADE, QUE NÃO CONHECEU DOS PLEITOS – RECURSOS HIERÁRQUICOS INTERPOSTOS AO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO TAMBÉM NÃO CONHECIDOS – PRETENSÃO MANDAMENTAL QUE, EM VERDADE, OBJETIVA DEBATER DECISÃO PRETÉRITA, QUE APLICOU AOS IMPETRANTES AS SANÇÕES DISCIPLINARES – TRANSCURSO DO LAPSO DECADENCIAL DE 120 DIAS – PLEITO REVISIONAL E RECURSO ADMINISTRATIVO QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE OBSTAR O PRAZO EXTINTIVO – SÚMULA Nº 430 DO C. STF – NÃO BASTASSE, À LUZ DO ARTIGO 83 DA LCE Nº 893/2001, IRRECORRÍVEL A DECISÃO DISCIPLINAR PROFERIDA PELO COMANDANTE-GERAL DA PMSP – POR FIM, AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS IMPETRANTES E/OU SEUS PATRONOS PARA SESSÃO DO CONSELHO DE DISCIPLINA QUE NÃO REPRESENTA MÁCULA INSANÁVEL NO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR – SEGURANÇA DENEGADA. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2200793-86.2021.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 30/03/2022; Data de Registro: 01/04/2022)

Mandado de segurança – Policial militar expulso da Corporação – Impetração direcionada especificamente contra o ato de não conhecimento de recurso hierárquico pelo Governador do Estado, com pedido de julgamento "do mérito recursal como lhe convier" – Não decorrido o prazo decadencial, contado do ato atacado – Militar acusado de transgressão disciplinar grave – Instauração do Conselho de Disciplina conforme arts. 76 a 83 da LCE nº 893/2001, com redação da LCE nº 915/2002 – Previsão expressa de descabimento de recurso contra a decisão final do Comandante-Geral – Inexistência de violação a direito líquido e certo no ato do Governador que deixa de conhecer do recurso interposto por falta de amparo legal – Segurança denegada. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2199048-71.2021.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 23/02/2022; Data de Registro: 25/02/2022)

De mais a mais, como acentuou a douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer à fls. 231/233, ocorreu a decadência na espécie, nos exatos termos do art. 23 da Lei n. 12.016/09 pois:

O impetrante foi expulso da corporação em **24 de fevereiro de 2010**.

Em **04 de março de 2015** formulou, perante a mesma autoridade que lhe aplicou a penalidade, pedido de revisão do processo administrativo disciplinar, **que não se baseou em fato novo**, senão em alegado vício procedimental, qual seja a falta de intimação para a sessão de julgamento.

O pedido de revisão não fora conhecido pelo Comandante-Geral, conforme decisão de **27 de abril de 2015**.

Com idêntico propósito e sem fundamento em fato novo, o impetrante interpôs recurso hierárquico à autoridade apontada como coatora.

Acesso ao Sumário

A pretensão do impetrante é a desconstituição de decisão administrativa de **24 de fevereiro de 2010** por mandado de segurança impetrado em **29 de outubro de 2015**.

Como o pedido de revisão administrativa e o recurso hierárquico não se fundamentam em fato novo, equivalem ao **pedido de reconsideração** que não interrompe o prazo decadencial, como resumido na Súmula 430 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"Pedido de Reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança".

E a propósito, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

> Mandado de segurança – Ato do Governador do Estado que não conheceu de recurso hierárquico pleiteando revisão de ato expulsório, proferido pelo Comandante-Geral da Polícia Militar – Ofensa a direito líquido e certo – Inexistência na hipótese – Inteligência do art. 83 da Lei Complementar estadual 893/2001, com a redação dada pela LC 915/2002 – Reconhecimento da decadência do direito à impetração, relativamente à pretensão de revisão do ato administrativo de expulsão dos quadros da corporação, quando manejado o mandamus em lapso muito superior aos 120 dias legalmente previstos para esse fim – Segurança denegada. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2126818-65.2020.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 19/05/2021; Data de Registro: 21/05/2021)

Pelo exposto, por esses fundamentos, reconhecida a decadência e a ausência de direito líquido e certo, denego a segurança.

Custas na forma da Lei. Indevida a verba honorária, nos termos das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2073603-09.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CELIA ARAUJO DOS SANTOS, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 80.466)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, COSTABILE

Acesso ao Sumário

E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, EUVALDO CHAIB, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 27 de julho de 2022.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO EM RELAÇÃO AO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE AGENTE DE ORGANIZAÇÃO ESCOLAR DO SQC-III DO QUADRO DE APOIO ESCOLAR QAE EM NÍVEL REGIONAL, CONFORME OS DITAMES DO EDITAL SE Nº 01/2018, DATADO DE 30 DE MAIO DE 2018. IMPETRANTE APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO CONCURSO E QUE ALEGA PRETERIÇÃO IMOTIVADA EM VIRTUDE DA CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS PARA O CARGO EM QUESTÃO. ORDEM DENEGADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. HIPÓTESE DE MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. CONCURSO AINDA NO PRAZO DE VALIDADE. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS QUE ALMEJA APENAS ATENDER NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NÃO CONFIGURA FORMA OBLÍQUA DE PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS NO CERTAME. PRECEDENTES DESTA CORTE EM CASOS ANÁLOGOS. SEGURANÇA DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Celia Araujo dos Santos contra o Governador do Estado de São Paulo em decorrência de seus atos omissivos e comissivos em relação ao Concurso Público para provimento de Cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III do quadro de apoio escolar QAE

em nível regional, conforme os ditames do Edital SE nº 01/2018, datado de 30 de maio de 2018.

Aduz a impetrante que tem direito líquido e certo à nomeação, visto que foi aprovada na 23ª colocação em concurso público que previa a existência de 1.495 vagas e a autoridade coatora está contratando servidores temporários para o mesmo cargo. Confessa que, em 19.2.2021, foi contratada temporariamente para exercer o cargo pretendido, pelo período de 12 meses, o que também ocorreu com outros candidatos aprovados no certame e que, apesar de novamente convocada, foi arbitrariamente impedida de escolher a vaga em 25.3.2022, o que revela a precariedade desse tipo de contratação. Aduz que candidato aprovado em 448º lugar está ocupando uma vaga que poderia ser sua e que atualmente está desempregada, o que revela patente preterição. Ressalta que o salário do temporário é idêntico ao do servidor efetivo. Sustenta que estão presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, postulando o deferimento de liminar, para que seja imediatamente nomeada e investida no cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III, para a região escolhida – Diretoria de Ensino – Região Leste e, ao final, a concessão da ordem. Postula ainda a concessão da gratuidade processual.

Indeferida a liminar e concedida a benesse processual supracitada (cf. decisão a fls. 90/92), foram prestadas informações pela autoridade coatora (fls. 95/111) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 115/122). Então, os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

A preliminar de falta de interesse processual deduzida nas informações prestadas pela autoridade coatora confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

A ordem não deve ser concedida.

Na espécie, a impetrante foi aprovada no concurso público descrito na inicial na seguinte classificação "*CLASSIFICAÇÃO REGIONAL: DIRETORIA DE ENSINO REGIÃO DE LESTE 2: LISTA GERAL SOB Nº 23*" e "*CLASSIFICAÇÃO POR POLO: POLO: 2 – LISTA GERAL SOB Nº 154*" (fls. 66) e, no edital do certame, havia apenas 2 vagas de ampla concorrência para Diretoria de Ensino Leste 2 (cf. fls. 61) e 32 vagas de ampla concorrência para o Polo 2, que engloba as Diretorias de Ensino Leste 1 a 5 (cf. fls. 61/64), o que revela que a impetrante não passou no número de vagas previstos no edital. Assim, ela tem mera expectativa de direito à nomeação e não direito líquido e certo.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema de repercussão geral nº 784, firmado no julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, assim decidiu*: "O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior,*

não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: I Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; II Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; III Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima". Ocorre que, no caso presente, a impetrante ficou fora do número de vagas previstas no edital e não houve preterição arbitrária e imotivada por parte da administração. Assim, não há que se falar em direto líquido e certo a ser tutelado.

E, como já externado no despacho que indeferiu a liminar, a impetrante sequer alega a abertura de novas vagas efetivas durante o prazo de validade do seu certame, limitando-se a deduzir que houve contratação temporária de inúmeros profissionais, a qual, por ter natureza jurídica inteiramente diversa, não prova qualquer preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da administração pública. Nesse contexto, não há que se falar em direito líquido e certo à nomeação, sendo caso, então, de denegação da ordem.

Ressalte-se que em hipótese similar à presente, já decidiu este Órgão Especial em idêntico sentido, verbis: *"Mandado de segurança. Concurso Público. Edital n. 01/2018. Agente de Organização Escolar. Candidata que não foi nomeada para o cargo, mesmo tendo sido aprovada na 368ª colocação em concurso que previa a existência de 1.495 vagas. Alegação de ilegalidade. Rejeição. Concurso que ainda tem validade até 18/12/2022 diante da prorrogação de prazo prevista na Resolução Seduc 94, de 14/12/20201. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado, ainda que dentro do número de vagas, possui mera expectativa de direito à nomeação, dependente do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública definir o momento em que se dará a nomeação, desde que não haja preterição' (Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n. 66381/RN, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 04/10/2021). Posicionamento que deve prevalecer, mesmo que a autoridade impetrada esteja efetuando contratações temporárias, pois, conforme destacado no mesmo precedente do STJ, 'a contratação temporária para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos, porquanto, nesse regime especial*

Acesso ao Sumário

de contratação, o agente exerce funções públicas como mero prestador de serviços, sem a ocupação de cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado'. Direito líquido e certo inexistente. Ordem denegada." (Mandado de Segurança Cível nº 2243242-59.2021.8. 26. 0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 16.3.2022).

Confira-se ainda, verbis: *"Mandado de segurança. Impetração contra atos tidos como ilegais e abusivos do Governador do Estado de São Paulo em relação ao Concurso Público para provimento de Cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III do quadro de apoio escolar QAE em nível regional, conforme os ditames do Edital SE nº 01/2018, datado de 30 de maio de 2018, para o preenchimento de 1495 vagas para o cargo de Agente de Organização Escolar. A impetrante foi aprovada fora do número de vagas do concurso. Inexistência de direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito. O concurso ainda está dentro do prazo de validade. Nem mesmo sua contratação temporária para a mesma função na qual foi aprovada autoriza a concessão da ordem, porque inexiste cargo vago criado por lei. A contratação temporária ocorreu apenas para atender necessidades transitórias da administração e não configura forma oblíqua de preterição dos candidatos aprovados. Precedente. Segurança denegada."* (Mandado de Segurança Cível nº 2249517-24.2021.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. em 20.4.2022).

Os citados precedentes desta Corte evidenciam que, na espécie, é inadmissível a concessão da segurança postulada.

Pelo exposto, denego a segurança, consoante os fundamentos acima expostos. Custas pela impetrante, observado o disposto no § 3º do art. 98 do C.P.C.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 0041776-48.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ALESSANDRO APARECIDO CARDOSO, são impetrados CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e DIRETOR DO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA 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. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO ANAFE E FERNANDO TORRES GARCIA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator que integra

Acesso ao Sumário

este Acórdão. **(Voto nº 34.291)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL – Impetração contra ato do Corregedor Geral de Justiça que suspendeu a saída temporária dos presos em cumprimento de pena em regime semiaberto referente ao mês de março de 2020, em razão da pandemia de Covid-19 – Perda superveniente do objeto do writ com a produção dos efeitos da decisão impugnada – Indícios de que o impetrante já progrediu para o regime aberto em abril de 2020 – Interesse de agir não configurado – Hipótese de denegação da segurança, nos termos dos arts. 485, VI, do CPC e 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09 – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **ALESSANDRO APARECIDO CARDOSO** contra **CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e **DIRETOR DO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, fundado na suspensão das saídas temporárias de presos que ocorreriam em março de 2020, em razão da pandemia de Covid-19 (fls. 19/20).

Sustenta, em síntese, a ilegalidade da suspensão das saídas temporárias sob a alegação de risco de contágio, vez que os reeducandos que cumprem pena no regime semiaberto estiveram expostos durante todo o período. Aduz que a medida gerou revolta no sistema prisional e que há risco a sua integridade física e moral, ressalvando que se encontra na iminência de progressão para o regime aberto.

Acesso ao Sumário

Sobreveio decisão do E. Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, declinando da competência e determinando a redistribuição dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 44/47).

Recebidos os autos, o relator designado Des. Claudio Godoy determinou a intimação do impetrante para se manifestar se ainda possui interesse no julgamento do presente *mandamus*, sob pena de extinção (fls. 53/55).

A parte impetrante quedou-se inerte (fl. 59).

Remetidos os autos à D. Procuradoria Geral de Justiça, opinou o Subprocurador Geral de Justiça Wallace Paiva Martins Junior pela denegação da segurança (fls. 65/77).

É o relatório, passo ao voto.

I – No caso, verifica-se que o Corregedor Geral de Justiça Des. Ricardo Anafe suspendeu a saída temporária dos presos em cumprimento de pena em regime semiaberto referente ao mês de *março de 2020*, com o intuito de resguardar a saúde coletiva da população carcerária em razão da pandemia de Covid-19, com garantia de gozo oportuno (fls. 19/20).

Como bem decidido pelo Des. Claudio Godoy, o ato impugnado já produziu seus efeitos concretos e a situação de crise sanitária se encontra em estágio diverso atualmente (fl. 54), não havendo que se cogitar de violação a direito líquido e certo do impetrante, tampouco em ilegalidade ou abuso de poder da autoridade coatora.

Ademais, há indícios de que o impetrante já progrediu para o regime aberto em 09/04/2020 (fl. 40), o que atrelado à perda superveniente do objeto do *writ* decorrente da produção dos efeitos da decisão impugnada em março de 2020, torna prejudicado o julgamento do presente remédio constitucional, por carência superveniente da ação.

A questão já foi objeto de análise em casos análogos por este **E. Órgão Especial**:

> "Mandado de segurança impetrado contra ato do Corregedor Geral de Justiça que postergou o gozo de saída temporária por sentenciados em regime semiaberto, em razão da pandemia do coronavírus. Decisão, referente à saída temporária de março de 2020, que já havia exaurido seus efeitos quando do ajuizamento da impetração. Ausência de interesse de agir. Precedente do Órgão Especial. Concessão de prisão domiciliar. Inviabilidade. Competência do juízo da execução de penas para apreciação do pedido. Impetração extinta sem julgamento de mérito com consequente denegação da segurança nos termos do parágrafo 5º do artigo 6º da Lei nº 12.016/09." (**Mandado de Segurança Criminal nº 2100836-49.2020.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 28/10/2020**)

> "HABEAS CORPUS – Impetração contra ato do Corregedor Geral

da Justiça, que determinou a suspensão das saídas temporárias no contexto da pandemia causada pelo coronavírus – Estreito alinhamento com a Recomendação nº 62/2020 CNJ (art. 5º, II) – Inexistência de cassação de autorização de saída, mas suspensão para gozo posterior para evitar contágio nos estabelecimentos prisionais – Perda superveniente do objeto do writ, uma vez que tem por objeto período de março de 2020 – Processo extinto sem julgamento do mérito." (**Habeas Corpus Criminal nº 2051979-69.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. em 14/10/2020**)

Nessas condições, de rigor a extinção do processo, com a consequente denegação da segurança, nos termos do art. 485, VI, do CPC c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09.

II – Ante o exposto, e pelo meu voto, **DENEGO A SEGURANÇA**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2106260-04.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante THEO NICOLAS GOMES DE ARAUJO, é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.517)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, EUVALDO CHAIB, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 10 de agosto de 2022.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO – PRETENSÃO DE (I) AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO, ENQUANTO POLICIAL MILITAR, PARA FINS DE LICENÇA-PRÊMIO E (II) CONCESSÃO DE LICENÇA SEM VENCIMENTOS PARA FINS PARTICULARES – INFORMAÇÕES QUE NOTICIAM ATENDIMENTO DOS PLEITOS NA SEARA ADMINISTRATIVA – PERDA DO OBJETO CONSTATADA – EXTINÇÃO DECRETADA.

VOTO

Ação de segurança interposta contra ato atribuído ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que em vista de pleitos formulados pelo impetrante, sendo (i) concessão de licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares de 22.02.2022 a 22.08.2022 (fls. 37/38); e (ii) averbação do tempo de exercício em outro cargo público (policial militar estadual) para fins de licença-prêmio (fls. 15 e 21), não obteve resposta até a data da impetração.

Sinteticamente, narra o impetrante ser titular de cargo público efetivo no Estado de São Paulo há 13 anos. Afirma ter ingressado nos quadros deste E. Tribunal em 01 de agosto de 2018, sendo que em período anterior seguia a carreira de policial militar. Noticia que, aos 31.01.2022, enquanto em férias, formulou pedido administrativo para concessão de licença sem vencimentos, para tratar de assuntos particulares, justificando o pleito na manutenção do convívio familiar e matrimonial, na medida em que sua esposa recebeu proposta de emprego no exterior, a qual foi aceita, tendo o casal uma filha de três anos de idade. Noutro giro, relata que embora integre os quadros do Tribunal há aproximadamente quatro anos, não consta em seu prontuário a averbação da contagem de tempo de serviço público do anterior cargo, obstando o gozo de licença-prêmio que entende fazer jus. Postulou a concessão de liminar para que lhe seja prontamente deferida, ***verbis***: *"licença sem vencimentos, bem como, computo de período referente a licença-prêmio que faz jus o impetrante, assim como o pagamento das verbas remuneratórias referente a tal direito (licença prêmio)"* (fls. 7, item "a").

A liminar foi indeferida por r. decisão proferida a fls. 49/50.

Informações prestadas a fls. 53/57, esclarecendo que o impetrante ingressou como servidor no Judiciário no dia 01.08.2018 e teve averbado o período de 23.06.2009 a 31.07.2018 que trabalhou na Polícia Militar, para todos os fins de direito. Anotou que houve dificuldade na análise do pleito referente ao bloco de licença-prêmio para o período 2014/2019, daí a demora, pretensão que foi al-

Acesso ao Sumário

cançada nos termos de concessão publicada no dia 30.03.2022 no DOE. Pontua, também, o deferimento do pedido de licença para fins particulares no período de 22.02 e 22.08.2022.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 70/73 opinando pela extinção do feito sem resolução de mérito.

É o relatório do essencial.

Evidentemente, prejudicada a impetração.

Diante do que se extrai dos autos, pretensão perseguida foi alcançada na via administrativa, consoante bem retratado nas informações de fls. 53/57, referendada pelos documentos de fls. 58/66, ***verbis***:

> *"Conforme manifestação da Secretaria de Gestão de Pessoas deste Tribunal, o servidor Theo Nicolas Gomes de Araujo ingressou no Tribunal de Justiça de São Paulo em 01/08/2018, e teve averbado o período de 23/06/2009 a 31/07/2018 laborado na Polícia Militar do Estado de São Paulo – PMSP para todos os fins de direito, sendo concedidos os seguintes blocos de licença-prêmio (ANEXO 01):*
>
> *(i) Bloco de 23/06/2009 a 21/06/2014 (concedido pela PMSP), 30 dias convertidos em pecúnia, 60 dias usufruídos, todos durante o exercício na PMSP, restando saldo zero;*
>
> *(ii) Bloco de 22/06/2014 a 20/06/2019 (DJE de 30/03/2022) com saldo de 90 dias não usufruídos, nem indeferidos por absoluta necessidade de serviço, nos termos do artigo 3º da Resolução 474/2008.*
>
> *Em e-mail datado de 28 de janeiro de 2021, o servidor encaminhou certidão para fins de licença-prêmio emitida pelo órgão anterior (PMSP), solicitando a concessão do bloco para o período 2014/2019. Reiterou o pedido em 11/03/2022. Publicada a concessão do bloco do aludido período no DJE de 30/03/2022 (ANEXO 02).*
>
> *Conforme informação daquela Secretaria, os trâmites de concessão da referida vantagem se estenderam, pois a certidão apresentada pelo servidor não faz referência às ausências ou interrupções ocorridas no órgão anterior (requisito para concessão de licença-prêmio nos termos dos artigos 209 e 210 da Lei 10.261/1968), apenas indicando ausência de descontos e de punições (fls. 13).*
>
> *Importante esclarecer que os saldos dos blocos de licença-prêmio somente são disponibilizados no Portal do GED-Workflow para a solicitação de gozo pelo servidor, após a devida concessão e publicação no DJE.*
>
> *No caso vertente, a disponibilização ocorreu em 30/03/2022 e até a presente data, o servidor não apresentou solicitação de gozo pelo sistema (ANEXO 03).*
>
> *No que tange ao requerimento de licença para tratar de assuntos particulares, em r. decisão, o Excelentíssimo Juiz Assessor da Presidência, Dr.*

Acesso ao Sumário

Cesar Augusto Fernandes, deferiu o pedido formulado pelo impetrante, nos seguintes termos:

'Tendo em vista a justificativa apresentada e a manifestação favorável da MMª. Juíza de Direito, DEFIRO o pedido de licença para tratar de interesses particulares no período de 22/02 a 22/08/2022.

ENCAMINHE-SE à SGP 1.1.1 para as providências quanto à possível reposição do servidor' (ANEXO 04).

Forte nestas razões, ausentes direito líquido e certo e interesse de agir, considerando que não foi protocolado requerimento de gozo de licença -prêmio e que já houve a concessão da licença para tratar de interesses particulares, espera-se a denegação da ordem".

Esvaído, assim, o objeto do presente ***mandamus***, atendida integralmente a pretensão autoral na esfera administrativa, como também reconheceu o parecer ministerial de fls. 70/73, de rigor a extinção processual na linha de precedente do C. Órgão Especial, ***mutatis mutandi*** aplicável:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Precatório – Reenquadramento no regime ordinário de pagamento de precatórios. – Alegação de violação de direito líquido e certo – Pleito atendido pela autoridade impetrada – Perda do objeto – Ordem Prejudicada."

(TJ/SP – Órgão Especial – Mandado de Segurança nº 2038780-19.2016.8.26.0000, rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. em 27.04.2016).

Ante o exposto, constatada a perda superveniente do interesse processual, julgo extinto o feito nos moldes do art. 485, VI, c.c. art. 493, ambos do Código de Processo Civil e denego a segurança com azo no artigo 6º, § 5º da Lei 12.016/2009.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2155528-27.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes P.T.P.M. e A.B.S.F., é impetrado CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. JULIO CESAR DE MACEDO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 53.966)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO

Acesso ao Sumário

TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JACOB VALENTE e JAMES SIANO.

São Paulo, 24 de agosto de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Processo Administrativo Disciplinar – Servidores do 1º Ofício Criminal da Comarca de Carapicuíba – Falta: increpado em processo criminal a cargo daquela unidade forense que remanesceu indevidamente preso por dois anos – Desatenção do quadro funcional – Sanção administrativa – Impetrantes que reclamam prescrição bienal contada do ato de registro – Inocorrência – Contagem a partir do conhecimento da falta pela Autoridade Judicial no exercício da Corregedoria Permanente – Jurisprudência contrária à **presente pretensão – Inexistência de direito líquido e certo – Ordem denegada.**

VOTO

Os impetrantes são servidores do Poder Judiciário, lotados junto ao 1º Ofício Criminal da Comarca de Carapicuíba. Ambos foram processados administrativamente perante a e. Corregedoria Geral de Justiça e, ao cabo, receberam individualmente trinta dias de suspensão, convertidos em multa de 50% por dia de vencimento ou de remuneração, permanecendo ambos em serviço, consoante assim exposto a fls. 311/312, na data de 2/6/2022.

Entretanto, não resignados, impetraram este mandado de segurança para reclamarem a prescrição e consequente anulação das duas penalidades. E para tal mister, a fl. 6, argumentaram: *"(...) há que se considerar que, ao contrário do entendimento da Douta Assessoria da Corregedoria, não se trata de infração permanente e sim de infração imediata de efeitos permanentes"*, de sorte que, nos termos do artigo 261, I, e seu § 1º, da lei estadual n. 10.261/1968, *"(...) está evidente a ocorrência da prescrição (...) porque o fato ocorreu no dia 07/11/2019 e a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar somente foi editada no dia 07/03/2022, ou seja, após decorridos mais de dois anos a contar da data da infração"* (*verbis*, fl. 20).

Acesso ao Sumário

Em reforço de sua argumentação trouxeram julgados do colendo STF (RHC 107209) e do egrégio STJ (RHC 65785 e EmbDCl no REsp 1651521).

Este relator indeferiu a liminar postulada através decisão exarada em 11/7/2022 (fls. 324/328).

O e. Desembargador Corregedor Geral da Justiça prestou informações (fls. 331/332).

A Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 337/345).

É o relatório.

Antes, é oportuno apresentar um breve escorço histórico acerca do quanto ocorrido.

Consoante explicado nos documentos de fls. 28/46, réu em processo criminal, à disposição do MM Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Carapicuíba, permaneceu indevidamente preso até 11/6/2021, quando então a MM Juíza apurou equívocos na tramitação daqueles autos.

Teve início apuração pela MM Juíza Corregedora Permanente.

Diante da comunicação, mais uma vez, pela MM. Juíza à Corregedoria Geral da Justiça, acerca do **arquivamento do feito em que apuradas as faltas funcionais**, a Assessoria propôs – e o e. Desembargador Corregedor Geral da Justiça acolheu – a hipótese de instauração de processo administrativo disciplinar, que, ao final, resultou na aplicação de penalidades administrativas em face dos pacientes, consoante já esclarecido no relatório (fls. 83/86 e 305/312).

Está nos autos: *"(...) o servidor público A.* não colocou a tarja vermelha no processo principal (réu preso) e a Coordenadora P. não supervisionou o trabalho do subordinado, contribuindo para que o acusado A.S.T.S. permanecesse no cárcere, sem julgamento, por quase dois anos" (*verbis*, fl. 306). E mais: *"(...) analisados esses elementos de prova, possível concluir que os processados violaram os deveres de desempenhar com zelo e presteza os trabalhos de que foram incumbidos, e ainda não observaram normas editadas pela Corregedoria Geral da Justiça, uma vez que A. não colocou a tarja vermelha no processo principal e P. não supervisionou o serviço do Escrevente, contribuindo, com sua omissão, para que a ação penal não tivesse regular andamento durante relevante lapso temporal"* (*verbis*, fl. 308). Importante igualmente extrair das deliberações da Corregedoria Geral de Justiça (fl. 308): *"(...) o réu ficou preso sem que a ação penal alcançasse seu fim. Apenas no dia 10 de junho de 2021 sobreveio a revogação da medida excepcional (cf. páginas 71 e 74/75 da ação penal, processo nº 1500397-31.2019.8.26.0127). Impertinente a alegação de prescrição* [relativa ao PAD]*, pois o lapso temporal deve ser contado de quando os fatos ilícitos vieram ao conhecimento da douta Magistrada Corregedora Permanente (dia 11 de junho de 2021), sob pena de ser fomentada a impunidade em situação que envolveu a indevida manutenção de pessoa presa"* (*verbis*).

Acesso ao Sumário

Aí o ponto central da impetração.

E a respeito também corro a inserir no voto a alegação nuclear dos servidores interessados na prescrição: *"(...) ao contrário do entendimento da Douta Assessoria da Corregedoria, não se trata de infração permanente e sim de infração imediata de efeitos permanentes"* (fl. 6). Ao ver dos impetrantes, *"(...) quanto à infração permanente, ela há de ser diferenciada da infração imediata de efeitos negativos permanentes, especialmente para avaliação do termo inicial do prazo prescricional. Permanente é somente a infração administrativa cuja conduta que a define denota repetição ou habitualidade, normalmente representada por verbos como manter, conservar e quejandos. Infração imediata, porém de efeitos negativos permanentes, doutro modo, indica as infrações cuja conduta, note-se bem, é instantânea, mas cujos efeitos, esses sim, são duradouros. É o que se dá, em regra, com o descumprimento de deveres administrativos que demandam ação ou omissão única e específica do administrado, como contratar câmbio até a data x ou não estacionar em local proibido"* (*verbis*, fl. 7). Fecharam o argumento a fl. 12: *"inquestionável que a conduta imputada aos impetrantes se trata de infração instantânea com efeitos permanentes. Nesse caso, então, aplica-se o artigo 261 'caput', inciso I e seu § 1º, item 1, da Lei Estadual/SP nº 10.261/1968"* (*verbis*).

Respeitosamente, feitas todas as devidas observações, examinados os autos por completo, estou propondo a denegação da ordem.

Justifico.

A previsão literal posta no Estatuto dos Servidores Públicos ignora ocorrência de infrações não conferidas 'ictu oculi', hipótese destes autos, a mitigar a incidência da regra.

Nesta quadra, observo ter ficado evidente a dificuldade em trabalhar com a via do *Mandado de Segurança*, eis que o seu pressuposto é a constatação de violação palmar, evidente, de um direito líquido e certo. Contudo, quando se trata de interpretação técnica de determinada relação jurídica, ao alcance inclusive da jurisprudência, esta vista como ferramenta desempatadora de convicções sobre teses eventualmente díspares, não mais se há falar no pressuposto mandamental de *violação patente de um direito líquido e certo*. A noção de direito líquido e certo se ajusta, em seu específico sentido jurídico-processual, a uma situação decorrente de fato incontestável e subsequente direito inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída.

Quando as partes, contudo, com o respaldo de precedentes divorciados da hipótese, agitam um determinado argumento, mergulham no campo da controvérsia e assim acabam por abalar nossa convicção sobre o que seria o pressuposto técnico do cabimento de um mandado de segurança (direito líquido e certo), especialmente porque a posição dos impetrantes é contraposta por muitos

Acesso ao Sumário

julgados das Cortes superiores em sentido diverso.

No caso em tela, argumentaram com a classificação das faltas, para o que trouxeram diversos julgados de cunho estritamente criminal, que, quando examinados pelo relator, deram azo à conclusão do seu não cabimento, porque reservados teleologicamente para infrações eminentemente penais, o que aqui jamais se cogitou. Portanto, substancialmente incongruentes se considerarmos que estamos examinando **faltas tão-somente administrativas**. Ademais, para as faltas administrativas, conforme por nós assim exposto quando do indeferimento da liminar, *per se* o erro funcional não é o marco para contagem da impetração. **O marco inicial para tal mister é o momento em que as autoridades superiores, investidas do poder de corrigir, tomaram conhecimento do acontecido.**

Vale também dizer que o tema está sumulado e exatamente assim tem sido tratado nas Cortes Superiores, a conferir inicialmente o teor do **verbete 635 do e. Superior Tribunal de Justiça**: *"Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo **toma conhecimento do fato**, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção. Referência: Lei n. 8.112/1990, arts. 142, 143, 152 e 167"*.

Precedentes que dão amparo à súmula: MS 20.942-DF (1ª S, 24.06.2015 – DJe 1º.07.2015), MS 20.553-BA (1ª S, 14.09.2016 – DJe 27.09.2016), MS 22.028-DF (1ª S, 28.09.2016 – DJe 19.12.2016), MS 21.682-DF (1ª S, 14.06.2017 – DJe 21.06.2017), MS 21.669-DF (1ª S, 23.08.2017 – DJe 09.10.2017) – acórdão publicado na íntegra AgInt no AREsp 374.344-MG (1ª T, 20.02.2018 – DJe 05.03.2018), AgRg no AgRg no REsp 1.535.918-RS (2ª T, 26.04.2016 – DJe 27.05.2016), REsp 1.675.064-RJ (2ª T, 17.08.2017 – DJe 13.09.2017), AgInt no REsp 1.571.622-RS (2ª T, 04.09.2018 – DJe 12.09.2018), Primeira Seção, em 12.6.2019 DJe 17.6.2019.

O verbete é nacional, não apenas federal. E esta orientação persiste até nossos dias. Veja-se, a propósito, a ementa do julgamento do MS 26780, ainda no STJ, relator o Ministro Hermann Benjamin, de cinco meses atrás, em **9/3/2022**:

> "(...) A teor da jurisprudência desta Corte, o termo inicial da prescrição para apuração do cometimento de infração disciplinar é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar e não da ciência da infração por qualquer servidor público (...)".

E a complicar ainda mais a situação dos ora impetrantes, mesma orientação é adotada pela atual jurisprudência do Excelso Pretório. Reproduzimos

Acesso ao Sumário

a seguir a ementa do resultado relativo ao MS 38069 AgR, relatora a Ministra Rosa Weber, publicado em **28/1/2022**:

> "EMENTA AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRETENSÃO PUNITIVA. LUSTRO NÃO DECORRIDO, A CONTAR DA DATA DO CONHECIMENTO DOS FATOS PELA AUTORIDADE IMPETRADA. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, À LUZ DAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE SERÃO APURADAS NO PAD E DO ART. 24 DA RESOLUÇÃO/CNJ Nº 135/2011, DE INCIDÊNCIA DO PRAZO DE 20 ANOS PREVISTO NO ART. 109, I, DO CÓDIGO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE COMUNICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. **Não está configurado direito líquido e certo do impetrante à pronúncia da prescrição punitiva, tendo em vista que: i) quando da prolação do acórdão impugnado, não havia ainda decorrido o lustro, contado de 07.7.2017, data em que os fatos sob escrutínio foram levados ao conhecimento do Conselho Nacional de Justiça**; e ii) a falta funcional em apuração pode corresponder ao crime de corrupção passiva qualificada, a atrair a aplicação de prazo prescricional mais dilatado, nos termos do art. 24 da Resolução/CNJ nº 135/2011. 2. **A comunicabilidade das esferas penal e administrativa constitui exceção admissível apenas nos casos de negativa de autoria ou de prova de inexistência do fato** (arts. 66 do Código de Processo Penal e 935 do Código Civil). 3. O arquivamento, por falta de provas, de procedimentos investigatórios criminais que tramitavam no Tribunal de Justiça do Maranhão não tem o condão de vincular apuração disciplinar promovida pelo CNJ. 4. Agravo interno conhecido e não provido".

E incorporo aqui os argumentos de que lancei mão para recusar antecipação de tutela em prol dos impetrantes (vide fls. 324/328). **Inviável alegar direito líquido e certo quando a decisão impugnada está em absoluta consonância com a prova documental e a melhor interpretação do STF e do STJ, conforme já demonstrado**.

Acesso ao Sumário

Em suma, nos autos originários, por cerca de dois anos, alguém ficou preso, à disposição da Justiça, em razão do desatendimento dos protocolos de atendimento fixados pelas Normas de Serviço da CGJ, como também pela falta de atenção reconhecida no bojo da decisão. A impetração, repito, ficou restrita ao reconhecimento da suposta prescrição. Mas não é a hipótese. Porque, se o fato que deu azo ao descaminho é lá de trás (22/10/2019), incontroverso que tão-somente chegou ao conhecimento de quem dispõe do poder/dever de corrigir em 11/6/2021. É deste marco que começou o curso da prescrição.

Ademais, a rotina cartorária permitia, como bem considerou a assessoria do e. Desembargador Corregedor Geral, operar-se oportuna e proveitosa correção no dia-a-dia do manuseio dos autos, não tivessem falhado o executor e quem

o supervisionava. Inviável o paralelismo defendido na impetração, porque *(i)* não desmentida a conclusão sancionatória pela prova material e *(ii)* a conclusão da autoridade disciplinar, a propósito, estava em consonância absoluta com os precedentes (incidentes os artigos 489, § 1º, VI; 926 e 927 do Código de Processo Civil).

A hipótese em discussão não comporta comunicação da via administrativa com outra, eis que sequer cogitada falta de interesse penal.

Observo por fim que o resultado ora proposto já mereceu idêntico tratamento por este mesmo colendo Órgão Especial, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 2225875-32.2015.8.26.0000, relator o Desembargador Antonio Carlos Villen, em 4/5/2016, leia-se lá no v. aresto:

> "(...) Sem razão o impetrante ao argumentar com a ocorrência de prescrição nos termos do art. 261, § 1º, do Estatuto do Servidor Público do Estado de São Paulo. Conforme a jurisprudência deste Órgão Especial, o prazo prescricional inicia-se a partir da ciência inequívoca da falta disciplinar pela autoridade administrativa, conforme disposto no art. 142, § 1º, da Lei Federal n. 8.112/90. Nesse sentido o Mandado de Segurança n. 2008062-10.2014.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 23.04.2013, v.u.. Referido entendimento foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS n. 46.311, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. 24.02.2015 (...)".

Ali, então, a situação era muito próxima desta, com exercício do poder correcional pelo nosso então Desembargador Corregedor Geral. Aliás, consoante acima esclarecido, noutro feito de igual substância, também envolvendo aplicação de medida disciplinar pelo Corregedor Geral da Justiça, no mesmo sentido a solução unânime deste Órgão Especial. Refiro-me ao acórdão da lavra do e. Desembargador Roberto Mac Cracken, em 23/4/2014, no Mandado de Segurança n. 2008062-10.2014.8.26.0000 (*verbis*):

> "(...) cumpre destacar, de plano, que o termo inicial do prazo prescricional recai na data em que a autoridade administrativa obteve ciência inequívoca da existência de falta disciplinar (Lei 8.112/90, art. 142, § 1º)".

No mais, os impetrantes jamais abriram controvérsia acerca da prova coligida, que ajudou o e. Corregedor Geral da Justiça a concluir que *"os fatos ilícitos vieram ao conhecimento da douta Magistrada Corregedora Permanente (dia 11 de junho de 2021)"* (fl. 308), sendo que o **respectivo resultado sancionatório é de 2/6/2022** (fls. 311/312), antes, portanto, de transcorrido o biênio de que versa o artigo 261, I, do Estatuto dos Servidores Civis do Estado de S. Paulo.

Outrossim, naquele processo criminal, *"(...) o réu ficou preso sem que a ação penal alcançasse seu fim. Apenas no dia 10 de junho de 2021 sobreveio a revogação da medida excepcional (cf. páginas 71 e 74/75 da ação penal,*

Acesso ao Sumário

processo nº 1500397-31.2019.8.26.0127)", assim evidenciada a necessidade de exame do quanto ocorrido, com aplicação de reprimenda nos limites da lei, preservada a boa interpretação dos preceitos do artigo 37 da Constituição Federal, invocada com base no artigo 111 da Constituição Estadual, especialmente em razão da *razoabilidade*.

Não se há, portanto, falar em ilegalidade da autoridade disciplinar que aplicou sanção.

Meu voto, pois, propõe ao colendo Órgão Especial que denegue a ordem. Custas na forma da lei, indevida a verba honorária (súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500725-96.2022.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante P.F.A.B.C., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.815)**

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, 1º de julho de 2022.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Recurso da defesa – Efeito suspensivo – Pedido prejudicado – Cerceamento de defesa – Não caracterização – Matéria preliminar rejeitada – Materialidade e autoria demonstradas – Adolescente que trazia consigo quantidade e variedade de drogas destinadas ao comércio ilícito – Depoimento firme e harmônico dos policiais militares que confirmaram a confissão informal do agente – Validade – Desclassificação do ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes para conduta análoga à posse de drogas para uso próprio – Impossibilidade – Aplicação de internação suficientemente fundamentada na r. sentença – Ato infracional que expõe o adolescente à 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 – Apelação desprovida.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

P.F.A.B.C., inconformado com a r. sentença de fls. 92/104, que julgou procedente a representação contra ele formulada e impôs-lhe internação, por prazo indeterminado, em virtude da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, apela (fls. 108/113), postulando, preambularmente, seja concedido o direito de recorrer em liberdade. Ainda, preliminarmente, alega cerceamento de defesa pois a defesa técnica desconhecia a existência de um novo processo, ao qual não teve acesso. No mérito, pleiteia a improcedência, sob alegada insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação do ato infracional para aquele equiparado à posse de drogas (artigo 28 da Lei nº 11.343/2006).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 118/125) e mantida a r. sentença guerreada (fl. 126), em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 140/146).

É o relatório.

Desde logo, considera-se prejudicado o pedido para que possa recorrer em liberdade em virtude da análise que ora se procede do recurso.

A seu turno, anoto ser inconsistente a preliminar de cerceamento de defesa.

Veja-se que ao adolescente foi imputada a prática de tráfico nestes autos e quanto aos fatos aqui discutidos teve a douta defesa técnica o amplo e irrestrito acesso, podendo se defender da tese ministerial, exercendo o contraditório sem qualquer embaraço, tanto que apresentou dialeticamente defesa prévia e alegações finais.

E não é só.

Afirma a combativa defensora que só teve ciência dos novos fatos na audiência de instrução e julgamento (fl. 110), o que não condiz com a realidade deste expediente, uma vez que o novo flagrante, desta vez com decretação de internação provisória, foi mencionado na certidão cartorária de fl. 63 bem como no despacho de fl. 68 (certidão de publicação a fl. 69, no nome da nobre causídica), sendo-lhe possível, caso considerasse pertinente, pleitear acesso aos autos.

Outrossim, como bem destacou o Ministério Público, em sede de contrarrazões – cujas lúcidas ponderações peço vênia para transcrever, com esteio na técnica de motivação *per relationem* como *ratio decidendi*:

> *"No que toca à alegação de nulidade, esta não merece subsistir. Ao contrário do alegado pela defesa, a existência do novo processo contra o adolescente não foi informada apenas quando da realização da audiência. De fato, consta dos autos, a fls.63, certidão datada do dia 06 de abril de 2022 dando conta de que o adolescente estava internado provisoria-*

Acesso ao Sumário

mente pela prática de tráfico de entorpecentes. A internação por outro processo também foi mencionada no r.despacho a fls.68, devidamente publicado, conforme certidão a fls.69. Além disso, no momento da audiência, foi dada ciência à defensora do teor do relatório multidisciplinar juntado pela Fundação CASA no processo pelo qual o adolescente cumpria internação provisória. Não houve qualquer prejuízo à defesa, portanto" (fls. 119/120).

Assim sendo, não é possível alegar ter tido a defesa cerceada apenas porque, quando da análise da medida socioeducativa adequada, a douta magistrada levou em consideração a existência de novo procedimento e o conteúdo do relatório de diagnóstico polidimensional nele juntado – ao qual teve ciência a defesa (fls. 85/91).

Rejeito, portanto, a preliminar e passo ao exame do mérito.

Narra a representação que, no dia (...), na vigência de Estado de Calamidade Pública em razão da pandemia Covid-19, no período da tarde, em horário incerto, mas antes das 18 horas (horário da comunicação), na (...), (...), (...), cidade e comarca de (...), o adolescente apelante, então com (...) anos, trazia consigo 23 (vinte e três) porções de cocaína, 52 (cinquenta e duas) porções de crack e 35 (trinta e cinco) porções de maconha, pesando aproximadamente 23 gramas, 30 gramas e 79 gramas, respectivamente, para fins de tráfico ilícito, e entrega ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inicialmente, para a exata compreensão da controvérsia ora examinada, tem-se oportuno proceder à transcrição do teor da narrativa exposta pelo *Parquet* na exordial, *verbis*:

"Segundo foi apurado, o adolescente trazia consigo, para fins de tráfico ilícito, as drogas acima mencionadas, embaladas individualmente, prontas para a venda, além da quantia de R$ 47,90 (quarenta e sete reais e noventa centavos) em dinheiro, proveniente do tráfico de drogas, e um aparelho de telefone celular.

Policiais Militares em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, conhecido pelo tráfico de drogas, avistaram um indivíduo, posteriormente identificado como sendo o adolescente, em atitude suspeita porquanto este, ao avistar os agentes públicos, tentou fugir, sendo abordado logo após. Em revista pessoal, na posse do adolescente, foi localizada uma pochete contendo as drogas e dinheiro, acima descritos, proveniente da venda de drogas, e um aparelho de telefone celular." (fls. 23/24).

Pois bem. Esta é a contextura fática que, consoante a versão aduzida pelo *Parquet* na peça vestibular, subjaz à presente ação socioeducativa.

E, uma vez feito o registro da exposição factual que consta da peça inaugural, tenho para mim que, *in casu*, a procedência da representação era de rigor e deve prevalecer.

Acesso ao Sumário

Senão, vejamos.

Ouvido tanto na fase policial (fl. 08) como em Juízo (oitiva armazenada em mídia digital), o adolescente confirmou a abordagem, mas negou a traficância, aduzindo que estava no local dos fatos apenas para adquirir maconha para seu consumo pessoal, não lhe pertencendo a pochete contendo o material entorpecente.

E, ao contrário do que sustenta a combativa defesa, a traficância foi confirmada pelos demais elementos de convicção que compõem o arcabouço cognitivo produzido nos presentes autos.

A respeito, merece especial destaque os depoimentos dos policiais militares P.S.X. e F.B.B., colhidos no distrito policial (fls. 06/07) e em Juízo (arquivo audiovisual – apenas do primeiro).

Relataram as mencionadas testemunhas, em síntese, que estavam em serviço regular pelas imediações do local dos fatos, conhecido nos meios policiais pela incidência do tráfico, quando perceberam que um indivíduo tentou empreender fuga ao notar a aproximação policial. Devido ao seu comportamento, optaram pela abordagem do rapaz, que foi alcançado. Ao revistá-lo, localizaram em seu poder uma pochete contendo porções de maconha, cocaína e crack.

Mister esclarecer-se, nesse passo, que o policial não está legalmente impedido de depor e o valor de seu depoimento não pode ser sumariamente desprezado.

Inclusive tal questão já se encontra pacificada pela doutrina e jurisprudência, prevalecendo o entendimento de que os testemunhos prestados por policiais merecem a mesma credibilidade que aqueles dados por pessoas comuns, sendo imprescindível que se apresente uma razão clara e concreta, para tornar referidas declarações eivadas de suspeição, o que não ocorreu no caso vertente.

Corroborando a versão acusatória, há nos autos o exame químico-toxicológico (fls. 82/84), confirmando não só a apreensão daquela quantidade e variedade de entorpecentes, mas também sua forma de acondicionamento, típica de tráfico.

Ademais, não foi trazida aos autos qualquer prova que pudesse ilidir a responsabilidade do apelante, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pela defesa.

A r. sentença bem analisou o quadro probatório dos autos, dando aos fatos perfeita adequação jurídica.

Na reiteração da instância nada de novo foi alegado que infirmasse as conclusões da decisão recorrida.

Em suma, a reanálise a que ora se procede da presente representação, com o acurado exame de todos os seus aspectos processuais e o minucioso re-

volvimento da matéria fático-probatória destes autos, conduz à inexorável conclusão de que, mediante persecução legal e constitucionalmente hígida, restou evidenciada, de forma estreme de dúvidas, *(i)* que o representado praticou, com vontade livre e consciente, o ato infracional que lhe é irrogado, quedando-se patenteada, pois, a adequação típica, sob os prismas objetivo e subjetivo, da conduta em tela, bem assim *(ii)* a plena responsabilidade de tal agente em aludido evento – não se verificando, portanto, a existência de mácula alguma neste instrumento, tampouco a ocorrência de afronta a qualquer dos princípios e regras norteadores da matéria.

Em outras palavras, tendo sido observadas, na espécie, todas as regras legais e diante da robustez do acervo fático-probatório produzido pelo *Parquet*, conclui-se que nenhum dos argumentos de mérito deduzidos pela combativa defensoria está a merecer acolhimento.

Nesse passo, cumpre frisar que, diante das particularidades da hipótese vertente, inviável o afastamento da conduta equiparada ao delito de tráfico ilícito de substância entorpecente.

Na espécie, observa-se que as circunstâncias fáticas, somadas à natureza, quantidade e forma de embalagem das substâncias entorpecentes, além das condições pessoais do agente, não permitem concluir pela desclassificação do ato infracional imputado, para o equiparado ao crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

No caso em tela, ademais, foi correta a adoção da medida de *internação* aplicada ao adolescente, porquanto se verifica, da detida análise dos autos, sua plena adequação ao caso concreto.

A propósito, bem observou o d. Magistrado singular, *verbis*:

"Embora o relatório dê conta de que a família pode dar apoio e estrutura ao jovem, certo é que P., ainda menor, morava sozinho, usa drogas diariamente desde os (...) anos, tem dívidas com o tráfico e não acata as ordens familiares. Além disto, seu envolvimento como tráfico é tão grande, que preferiu morar sozinho para sua família não sofrer represália. Outrossim, o jovem não confessou o tráfico, preferindo inventar versão esdrúxula, visando sair impune, o que denota que não tem consciência de seus atos. Além disto, o menor completou 18 anos em (...), de forma que esta é a última oportunidade que tem de rever seus atos, sendo que durante a internação por outro feito, o menor está refletindo sobre sua conduta. A prática do referido ato infracional e o envolvimento do menor com atos da espécie apontam situação de absoluto risco, cuja continuidade não se pode admitir – ao contrário, precisa ser barrada de imediato, revelando-se a internação, meio de, muito mais que punir, proteger o adolescente. Assim, necessária a aplicação de medida de internação, até porque a Fundação CASA é modelo na ressocialização dos jovens e nela o adolescente terá oportunidade de estudar, conscientizar-se da

Acesso ao Sumário

inadequação da conduta praticada, além de ser retirado do meio criminoso no qual se inseriu, tratando-se a medida, como dito, muito mais que punição, uma prevenção" (fl. 103).

Em verdade, a modalidade de intervenção socioeducativa sequer foi questionada pelo apelante e, conforme informações acostadas a fls. 137/138, a execução da medida foi extinta em primeiro grau, de modo que a discussão deste tópico não se faz mais pertinente.

Diante do exposto*, rejeito a matéria preliminar* e, no mérito, *nego provimento* ao apelo.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0019839-45.2022.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE JACAREÍ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE JACAREÍ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da 3ª Vara Cível de Jacareí. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 68.044)**

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, 4 de julho de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ações com mesma causa de pedir remota, e com identidade parcial de partes e pedidos. Conexão caracterizada. Inteligência do art. 55, *caput* e § 3º do CPC. Reunião de processos que é de rigor, a fim de evitar a prolação de decisões conflitantes. Competência da Juíza suscitante da 3ª Vara Cível de Jacareí.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL**, ambos da **comarca de JACAREÍ**, nos autos da ação de anulação de negócio jurídico c.c. adjudicação compulsória e perdas e danos nº 1009343-68.2021.8.26.0292 proposta por E.S. Martins EPP contra Limoeiro Imóveis e Urbanização LTDA e Atacadão Distribuição Comércio e Indústria LTDA.

Argumentou a suscitante que não há relação de dependência entre a demanda que gerou o presente conflito de competência e as ações nº 1008849-09.2021.8.26.0292 e 1009675-35.2021.8.26.0292, que estão em trâmite na 3ª Vara Cível de Jacareí.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitado.

Trata-se de ação de anulação de negócio jurídico c.c. adjudicação compulsória e perdas e danos proposta por E.S. Martins EPP contra Limoeiro Imóveis e Urbanização LTDA e Atacadão Distribuição Comércio e Indústria LTDA. Alega o autor que era locatário de imóvel para fins não residenciais de propriedade do corréu Limoeiro Imóveis e, durante a vigência do contrato de locação, o imóvel foi vendido para o segundo réu, Atacadão, sem que lhe fosse dada a oportunidade de exercer o direito legal de preferência em relação ao imóvel locado. Pretende a anulação do negócio jurídico de venda e compra firmado entre os requeridos, o exercício de seu direito de preferência mediante adjudicação da área objeto da locação ou, subsidiariamente, que seja indenizado por perdas e danos.

A demanda foi livremente distribuída para a 2ª Vara Cível de Jacareí em 17/11/2021, cujo Juiz determinou a redistribuição para a 3ª Vara Cível local, ao argumento de ser conexa às ações nº 1008849-09.2021.8.26.0292 e 1009675-35.2021.8.26.0292 que lá tramitam. Recebido o feito, a Magistrada suscitou o presente conflito.

Em 28/10/2021 E.S. Martins EPP distribuiu a ação renovatória de locação de imóvel nº 1008849-09.2021.8.26.0292 em face de Atacadão Distribuição Comércio e Indústria LTDA na 3ª Vara Cível de Jacareí, visando à renovação do contrato de locação do mesmo imóvel objeto da demanda nº 1009343-68.2021.8.26.0292, distribuída para a 2ª Vara Cível local, adquirido pelo Ataca-

Acesso ao Sumário

dão, ou, subsidiariamente, indenização por danos materiais. Já a ação ordinária de despejo nº 1009675-35.2021.8.26.0292, distribuída para a 3ª Vara Cível de Jacareí em 25/11/2021 por dependência ao feito nº 1008849-09.2021.8.26.0292, foi proposta por Atacadão Distribuição Comércio e Indústria LTDA em face de E.S. Martins EPP, objetivado que o réu desocupe o imóvel que adquiriu de Limoeiro Imóveis e Urbanização LTDA.

Consoante o disposto no *caput* do artigo 55 do Código de Processo Civil: *"Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir"*.

O objetivo do instituto da conexão é evitar que sejam proferidas decisões antagônicas por juízos distintos, em casos que se relacionam e, ao mesmo tempo, conferir concretude ao princípio da economia processual.

Com efeito, razão assiste ao Magistrado suscitado, pois as demandas, embora deduzam pedidos distintos, possuem identidade parcial de partes e mesma causa de pedir remota, isto é, a existência de contrato de locação de imóvel entre E.S. Martins EPP e Limoeiro Imóveis e Urbanização LTDA, tendo como objeto o imóvel que foi alienado para Atacadão Distribuição Comércio e Indústria LTDA sem que fosse concedido à E.S. Martins EPP o direito de preferência, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8245/91.

Além disso, os pedidos formulados nas ações nº 1009343-68.2021.8.26.0292 e 1008849-09.2021.8.26.0292 são parcialmente iguais, pois em ambas pleiteia-se indenização por perdas e danos em favor de E.S. Martins EPP em razão da interrupção do contrato de locação de imóvel por consequência da alienação do bem.

Outrossim, levando-se em consideração que na ação ordinária de despejo nº 1009675-35.2021.8.26.0292, que tramita na 3ª Vara Cível de Jacareí, foi concedida liminar de despejo em desfavor de E.S. Martins EPP, confirmada em agravo de instrumento (Proc. nº 2294200-49.2021.8.26.0000), o risco de serem proferidas decisões conflitantes é notório caso as demandas não sejam analisadas em conjunto, vez que no feito nº 1009343-68.2021.8.26.0292, originariamente distribuído para a 2ª Vara Cível de Jacareí, o autor E.S. Martins EPP, em tutela provisória, requereu que seja mantida sua ocupação e posse do imóvel objeto da locação até o julgamento da ação.

Assim sendo, há de se reconhecer a interdependência e relação de prejudicialidade entre as lides, pois há risco de colidência caso sejam processadas em juízos distintos, daí porque a unicidade se impõe, o que faz incidir o artigo 55, § 3º, do CPC, que determina a reunião dos feitos, caso haja risco de prolação de decisões contraditórias ou conflitantes, *in verbis*: *"§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem*

Acesso ao Sumário

conexão entre eles."

Nesse sentido, precedentes dessa C. Câmara Especial:

"Conflito negativo de competência. Ações de obrigação de fazer. Conexão. Ações que possuem as mesmas partes e causa de pedir remota (contrato de plano de saúde). Conexão verificada. Artigo 55 do CPC. Incidência da regra preconizada pelo artigo 55, § 1º, do CPC (Súmula 235 do C. STJ). Inaplicabilidade. Declínio da competência anterior ao julgamento da ação dita preventa. Precedentes. Prevenção daquele em que ocorreu o primeiro registro ou distribuição da petição inicial. Artigo 59 do CPC. Competência do MM. Juízo da 14ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, suscitante. Conflito procedente" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0009203-54.2021.8.26.0000 – Rel(a). **Des(a). Lidia Conceição** – j. em 24.03.2021 – V.U.).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. – Ação de execução de título extrajudicial (contrato locatício) – Alegação de conexão com ações, que envolvem rescisão contratual fundada na mesma relação jurídica entre as partes, ajuizadas anteriormente e reunidas. – Possibilidade de decisões conflitantes em demandas conexionadas, atraindo a competência preventa ao M. Juízo que por primeiro recebeu o registro ou a distribuição da petição inicial (art. 59 do vigente Código de Processo Civil). Competência do M. Juízo suscitante para apreciar e decidir na espécie." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0042391-77.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Ricardo Dip** – j. em 24.10.2017 – V.U.).

Por fim, reconhecida a existência de conexão entre as ações, considera-se prevento, consoante o disposto no artigo 59 do Código de Processo Civil, o juízo em que ocorreu a distribuição da primeira ação, no caso, o suscitante.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da 3ª Vara Cível de Jacareí.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0011626-50.2022.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO CARLOS, interessados RONALDO GONÇALVES e ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA

PÚBLICA DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, conheceram do conflito e julgaram competente o MM. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araraquara, ora Suscitado", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.114)**

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, 5 de julho de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Demanda proposta por servidor público estadual em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Autor com pluralidade de domicílios – Faculdade de propor a ação no foro do domicílio necessário ou no de seu domicílio voluntário – A existência de um domicílio necessário ou legal não impede o servidor público de estabelecer sua residência, com ânimo definitivo, em outra localidade, que corresponde ao seu domicílio voluntário – Inteligência do artigo 71 do Código Civil – Em havendo pluralidade de domicílios, a parte demandante tem a faculdade de propor a ação no foro do local onde exerce as suas funções ou no do seu domicílio voluntário – Conflito conhecido – Competência do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Araraquara, suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza de Direito da Vara da Fazenda Pública de São Carlos em face do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Araraquara, nos autos da "Ação Declaratória c/c Condenatória" ajuizada por Ronaldo Gonçalves contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

O incidente foi regularmente processado, tendo sido designado o Juízo suscitado *"para apreciar e resolver as medidas urgentes"* (fls. 06).

É o relatório.

O conflito de competência, segundo o escólio de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *"é a circunstância de fato que se caracteriza quando mais de um juízo se dão por competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para o julgamento da mesma ação, manifestada essa divergência nos mesmos autos. Deve ser dirimido para que apenas um seja declarado competente e possa julgar a causa"* ("Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 361-362).

No caso em testilha, configurado está o conflito negativo, nos termos do artigo 66, II, do Código de Processo Civil, porquanto ambos os Juízos consideram-se incompetentes para conhecer e julgar a demanda que o originou.

A ação que deu azo a este incidente foi proposta por Ronaldo Gonçalves, servidor público estadual, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, visando, precipuamente, à imediata cessação de descontos, sobre verba que recebe a título de "auxílio-transporte", relativos à incidência de Imposto de Renda, bem assim à restituição de *"todos os valores descontados indevidamente, entre os meses de março de 2017 a fevereiro de 2022"*, com correção monetária e juros de mora, além da condenação do ente público ao pagamento de *"honorários advocatícios, custas processuais e demais cominações legais aplicáveis à espécie"*.

Distribuída a demanda à 1ª Vara da Fazenda Pública de Araraquara, seu D. Juízo determinou a remessa do feito ao D. Juízo da Fazenda Pública de São Carlos, ao fundamento de que *"o autor reside em São Carlos"*, sendo que *"a Fazenda Pública não goza de prerrogativa de foro, mas, apenas, de Juízo Privativo onde instalada Vara da Fazenda Pública"* (fls. 63 dos autos originários).

Recebendo o processo, a MMª. Juíza de Direito da Vara da Fazenda Pública de São Carlos suscitou o presente conflito, sob o fundamento de que, exercendo o demandante, servidor público, *"suas funções na Comarca de Araraquara (fl. 61), (...) seu domicílio é o da referida comarca, consoante a regra do artigo 76, do Código Civil Brasileiro"*.

Pois bem.

A competência para processar e julgar a demanda originária do presente incidente é do D. Juízo suscitado.

O artigo 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê que as ações em que o Estado ou Distrito Federal forem demandados poderão ser propostas no foro de domicílio do autor, no da ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no da situação da coisa ou na Capital do respectivo ente federado.

O artigo 76, parágrafo único, do Código Civil, por sua vez, estabelece que o servidor público tem como **domicílio necessário** o local onde exerce perma-

Acesso ao Sumário

nentemente suas funções; dispositivo, portanto, a tratar do **domicílio legal**, ou seja, aquele estabelecido por força da norma.

A existência, entretanto, de um domicílio necessário ou legal não impede o servidor público de estabelecer sua residência, com ânimo definitivo, em outra localidade, que corresponde ao seu **domicílio voluntário**, porquanto o ordenamento jurídico pátrio reconhece expressamente a possibilidade, à pessoa natural, do domicílio plúrimo, *ex vi* do disposto no artigo 71 do Código Civil.

Segundo o escólio de SÍLVIO DE SALVO VENOSA:

> *"[...] O domicílio necessário decorre de uma presunção legal e afasta, segundo a maioria das perspectivas, o domicílio voluntário. Será necessário o domicílio das pessoas enumeradas em razão de sua função ou posição. A presunção é absoluta e visa facilitar a convivência social. Desse modo, o incapaz tem como domicílio o de seu representante ou assistente legal porque só este poderá praticar seus atos da vida civil. As outras hipóteses decorrem de uma imposição lógica: o servidor público terá como domicílio o local onde exerce sua função permanentemente, assim como o do militar. O do preso, o local onde cumpre a sentença.* ***O domicílio necessário não afasta sempre o domicílio voluntário, uma vez que nossa lei admite a pluralidade de domicílios. Assim, por exemplo, o funcionário público, além de seu domicílio legal, poderá ter outro domicílio voluntário, por residir e ter seu centro de interesses domésticos ou negociais em outra localidade. Pode exercer sua função em uma cidade e residir em outra."*** ("Código Civil interpretado" / Sílvio de Salvo Venosa; coautora Cláudia Rodrigues, 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2019. p. 334). (g.n.)

De maneira que, em havendo pluralidade de domicílios, a parte demandante tem a faculdade de propor a ação no foro do local onde exerce as suas funções ou no do seu domicílio voluntário.

Por conseguinte, ainda que, no caso *sub judice*, o domicílio voluntário do autor seja na Comarca de São Carlos, seu domicílio necessário – por ele escolhido à propositura da demanda originária – está situado na Comarca de Araraquara (cf. fls. 11/61), de modo que não havia fundamento legal para a declinação de competência, de ofício, pelo D. Juízo Suscitado.

Nesse sentido já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"Em regra, consoante dispõe o art. 76 do Código Civil, o servidor público tem domicílio necessário no lugar 'em que exercer permanentemente suas funções'. Entretanto, o fato de o servidor exercer permanentemente as atribuições de cargo público em uma determinada localidade não o impossibilita de estabelecer, voluntariamente e com ânimo definitivo, seu domicílio em outro lugar, onde estabelece o centro de seus interesses e que melhor atende à finalidade constitucional de facilitar e ampliar o*

acesso à Justiça.

Dessa forma, a existência de domicílio necessário, por si só, não impede a existência de domicílio voluntário, principalmente porque o Código Civil, nos arts. 71 e 72, permite a pluralidade de domicílios da pessoa natural. No caso em apreço, o autor desempenha suas atividades funcionais em Juazeiro-BA, mas reside em Petrolina-PE, local em que ocorreram os fatos que embasam o ajuizamento da ação.

Demais disso, na hipótese dos autos, a ação de indenização por danos materiais e morais foi proposta em face de empresa pública federal e se sujeita, portanto, à regra de competência prevista no art. 109, § 2º, da CF e no art. 51, parágrafo único, do CPC/2015. Ambos os diplomas legais preveem que, sendo a União a parte demandada, a ação poderá ser proposta na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

A jurisprudência desta Corte tem orientado que a existência de domicílio necessário não impede a existência de outro, voluntário, sendo o caso de competência concorrente, conforme se infere do precedente abaixo transcrito: (...)" (Conflito de Competência nº 147.168-BA (2016/0160088-2), Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 27.09.2017).

Em casos análogos assim se pronunciou, também, esta C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória de obrigação de fazer proposta por servidor público em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Demanda anterior, com mesmas partes, pedido e causa de pedir, proposta no local do domicílio funcional – Extinção em virtude de pedido de desistência – Juízo Suscitado que afirma entender que o servidor público pode propor a ação tanto no domicílio onde reside como em seu domicílio funcional – Nova demanda proposta no local de residência do autor – Declinação do Juízo Suscitante com base no artigo 76 do Código Civil – Impossibilidade – Domicílio necessário que possui natureza relativa – Artigo 52, § único do C.P.C. – Impossibilidade de declinação de ofício – Incidência da súmula nº 33 do STJ – Demanda com valor da causa inferior a 60 salários mínimos e cuja questão posta não se insere nas exceções previstas no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 12.153/2009 – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do Juízo Suscitante." (Conflito de Competência Cível nº 0013910-65.2021.8.26.0000, Relator Des. Magalhães Coelho, j. em 09/06/2021).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação ajuizada por servidor público estadual no seu foro de domicílio voluntário – Competência declinada de ofício – Determinada a redistribuição do feito ao foro de domicílio onde o autor exerce permanentemente suas atividades – Impossibilidade – Domicílio necessário previsto no art. 76 do Código Civil que possui natureza relativa – Precedentes – Impossibilidade de declínio de

Acesso ao Sumário

ofício – Incidência da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça – Conflito Negativo de Competência procedente para declarar a competência do juízo suscitado (MM. Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Presidente Prudente/SP).” (Conflito de Competência Cível nº 0043745-74.2016.8.26.0000, Relator Des. Renato Genzani Filho, j. em 27/03/2017).

Pelo exposto, **conhece-se do conflito** para declarar a **competência do D. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Araraquara, ora suscitado**, para apreciar e julgar a demanda de que tratam os autos originários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0021260-70.2022.8.26.0000, da Comarca de Ituverava, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE ITUVERAVA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ITUVERAVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Julgaram procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juízo Suscitante (MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Ituverava). V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.344)**

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, 20 de julho de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de adjudicação compulsória – Livre distribuição a 2ª Vara Cível de Ituverava – Redistribuição por dependência à 1ª Vara Cível da mesma Comarca, em virtude de conexão com ação de inventário – Impossibilidade – Causas de pedir e pedidos distintos – Inexistência de conexão entre as demandas – Ausência de riscos de decisões conflitantes – Hipótese que não se amolda às hipóteses do artigo 55, *caput* e § 3º, do Código Processual Civil – Eventual prejudicialidade entre os feitos

que pode ser resolvida com a sua suspensão da ação (artigo 313, V, "a", do mesmo diploma legal) – Conflito procedente – Competente o Juízo Suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE ITUVERAVA** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA MESMA COMARCA**, na ação de adjudicação compulsória ajuizada por J.A.G. em face de S.A.M. e outros (proc. nº (...)).

O feito foi livremente distribuído ao Juízo da 2ª Vara Cível, que declinou da competência, por reputar que existe conexão com a ação de inventário n. (...), em que consta o mesmo imóvel para partilha entre os herdeiros. Destacou o artigo 55, § 1º do Código de Processo Civil, diante da prejudicialidade existente entre os processos (fls. 122/123, proc. de origem).

Contemplado pela redistribuição, o Juízo da 1ª Vara Cível discordou, por entender que inexistente a prevenção do juízo do inventário, e ainda que não conexão ou continência entre as ações, tampouco identidade de pedidos ou causa de pedir. Por fim, determinou a devolução do feito (fls. 127/128, proc. de origem).

Ato contínuo, o Suscitante instaurou o incidente (fls. 132/133, proc. de origem).

É o relatório.

Trata-se de conflito negativo de competência, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto ambos os magistrados recusam a competência para julgar a ação.

Respeitado entendimento diverso, assiste razão ao MM. Juízo Suscitado.

Certo é que o instituto da conexão pretende evitar que sejam proferidas decisões antagônicas, por juízos distintos, em casos que se relacionam, podendo influenciar-se reciprocamente.

Entretanto, não se aplica à hipótese analisada o previsto no *caput* e § 3º, do artigo 55, do Código Processual Civil, já que, para ensejar a reunião de processos, exige-se identidade de pedidos e de causas de pedir ou, ao menos, a possibilidade de prolação de decisões conflitantes, o que não ocorre na hipótese.

Com efeito, no caso dos autos, não há razão suficiente a possibilitar a conexão, que é excepcional, uma vez que a regra é a da livre distribuição da ação em atendimento ao princípio do juízo natural.

Na demanda que motivou o presente incidente, J.A.G. ajuizou ação de ad-

Acesso ao Sumário

judicação compulsória em face de S.A.M. e outros, para que o imóvel situado na Rua (...), nº (...), (...), Ituverava/SP, CEP (...), seja adjudicado ao seu patrimônio, expedindo-se o competente mandado para o Cartório de Registro de Imóveis da referida Comarca (fls. 01/10 e 36/37, proc. de origem).

Já no inventário em curso perante o Juízo Suscitante decorre do falecimento de M.A.G.M. e B.A.M., que são, respectivamente, cunhada e irmão do autor da adjudicação (fls. 01/03, proc. n. (...)).

Destaca-se que o imóvel matriculado sob o n. (...) objeto do inventário, encontra-se descrito às fls. 80/83, nos autos da ação de inventário (proc. n. (...)).

Assim, neste contexto, a despeito de haver identidade parcial de partes, a reunião das ações viria em detrimento da celeridade e da duração razoável dos processos.

Outro não é o entendimento desta C. Câmara Especial:

*"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – **Ação de adjudicação compulsória – Demanda proposta perante o juízo cível – Declinação da competência e remessa dos autos à especializada da família por onde corre o inventário do espolio acionado e onde domiciliado o réu – Descabimento** – Pedido lastreado em contrato particular de compra e venda do bem imóvel disputado – **Ação que versa sobre matéria patrimonial de natureza obrigacional** – Ausentes questão relacionada ao direito de família, nos termos do art. 37, I, do CJ – Competência das Varas Cíveis, segundo o que dispõe o art. 34, I, do DL 03/69 – Remessa do feito em razão do domicílio do demandado que igualmente não justifica a declinação de competência operada pelo suscitado, em vista do que dispõe o art. 47 do CPC e da natureza relativa da regra de competência com base no domicilio das partes – Incidência do teor dos arts. 64 e 65 do CPC e da Súmula 33 do C. STJ – Aludida impossibilidade do pedido ou falta interesse processual, diante da falta de formalidades para tornar o título exigível que não constitui motivo para a declinação da competência – Conflito acolhido – Competente o suscitado (2ª Vara Cível da Comarca de Votorantim)." (TJSP; Conflito de competência cível 0019127-26.2020.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Votorantim – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020).* **(g.n.)**

Destaca-se, ainda, que *"possível risco de prolação de decisões conflitantes deve ser resolvida com a suspensão do feito, com fundamento no artigo 313, inciso V, alínea 'a' do CPC, ante a relação prejudicialidade entre as demandas[1]"*, providência foi tomada, nos termos da decisão proferida pelo Juízo do inventário às fls. 166/168, dos autos da ação n. (...).

Com isto, julga-se procedente o conflito, para declarar competente o MM.

1 (TJSP; Conflito de competência cível 0010165-77.2021.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Várzea Paulista – 1ª Vara; Data do Julgamento: 12/04/2021; Data de Registro: 12/04/2021)

Acesso ao Sumário

Juízo Suscitante (MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Ituverava).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0008898-36.2022.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA DA COMARCA DE RIBEIRÃO PIRES, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade conheceram do conflito e designaram como competente o MM. Juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Santo André, ora Suscitado", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.170)**

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, 21 de julho de 2022.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de competência – Ação de interdição com pedido de curatela provisória – Decisão, 'ex officio', declinatória de competência – Impossibilidade – Eventual mudança de domicílio no curso do processo não tem, de plano, o condão de modificar o disposto no artigo 43, do Código de Processo Civil – "Perpetuatio Jurisdictionis' – Incidência – Hipótese excepcional não configurada, vez que ausente qualquer evidência de prejuízo ao incapaz no exercício da defesa de seus interesses – Ressalte-se, ainda, que a competência é o do local onde reside a pretensa representante legal, nos termos do art. 76, do Código Civil – Conflito julgado procedente – Precedentes da Câmara Especial – Competência do Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santo André, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo da 3ª Vara de Ribeirão Pires em face do Juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Santo André, em autos de ação de interdição com pedido de curatela provisória e tutela de urgência ajuizada em face de H.C.M.

Aduz, em suma, a MMª. Juíza da Comarca de Ribeirão Pires, ora suscitante, que quando da propositura da demanda de interdição, foi esta distribuída no domicílio de T.M., na Comarca de Santo André e, portanto, por força do disposto no artigo 76 do Código Civil, o domicílio necessário do interditando é o do seu curador. Aduz, ainda, a não comprovação de ânimo definitivo do interditando de manter domicílio na Comarca de Ribeirão Pires, não podendo ser considerada a questão transitória para fixação de competência. Por fim, alega não haver comprovação de qualquer prejuízo na manutenção da competência para processar e julgar o feito do Juízo suscitado (fls. 117/121, autos de origem).

Por sua vez, o MM. Juiz da Comarca de Santo André, ora suscitado, aduz, em suma, que deve prevalecer a facilitação de acesso do juiz ao interditando, com fundamento no princípio do melhor interesse da parte incapaz, para determinação da competência do Juízo da Comarca de Ribeirão Pires, ora suscitante, para se processar e julgar o feito (fls. 110 – autos de origem).

Designado por este Relator o Juízo suscitante para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 9), a seguir opinou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pela competência do Juízo suscitado (fls. 15/18).

É o relatório.

O conflito procede, observada a previsão do artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

Desde logo, anote-se que consoante a norma prevista no artigo 43 da Lei Adjetiva, *"determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta"*.

Esse dispositivo visa instituir a regra geral da estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*), com ressalvas, ou seja, hipóteses de modificação, de modo a dirimir dúvidas e alterações no curso do processo que não sejam aqueles casos excepcionais devidamente previstos na legislação em vigor.

Leciona Daniel Amorim Assumpção Neves: *"Ao impedir que alterações supervenientes de fato ou de direito afetem a competência da demanda, o princípio da 'perpetuatio jurisdictionis' impede que o processo seja itinerante, tramitando sempre aos sabores do vento, mais precisamente aqueles gerados por mudanças de fato (por exemplo, domicílio) ou de direito (por exemplo, uma nova lei afirmando que todo torcedor da Portuguesa deve ser demandado no*

foro de seu domicílio). A fixação, por outro lado, serve também para evitar eventuais chicanas processuais de partes imbuídas de má-fé, que poderiam gerar constantemente mudanças de fato para postergar a entrega da prestação jurisdicional." ("Manual de Direito Processual Civil" – volume único, 10ª ed, Ed. Juspodivm, p. 275).

Ressalte-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que a aplicação da norma pode ser mitigada, relativizando-se a regra em prol do incapaz, desde que *"se afigure mais condizente com os interesses do interditado e facilite o acesso do Juiz ao incapaz para a realização dos atos de fiscalização da curatela."* (STJ, CC nº 109.840-PE, Rel. Min. Nancy Andrigui).

No caso, a alteração do endereço do interditado durante o trâmite do processo não é justificativa plausível para mitigação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, pois ausente qualquer evidência de prejuízo ao interditando no exercício da defesa de seus interesses, afastando-se então o juiz natural do feito e, ademais, em nada contribuiria à necessária celeridade da conclusão da lide.

De se consignar, ainda, que a competência territorial, de natureza relativa, é indeclinável de ofício, conforme dispõe a Súmula nº 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, conforme o disposto no art. 76, do Código Civil, o domicílio do incapaz é o do seu representante legal.

Nesse sentido, tem sido o entendimento perfilhado nesta CÂMARA ESPECIAL:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de interdição. Notícia de internação da *interditanda em casa de repouso localizada em área afeta à competência territorial do Foro Regional de Santo Amaro. Remessa dos autos para a Juíza suscitante. Impossibilidade. Internação que não é meio hábil para alterar o domicílio. Domicílio necessário da interditanda equivalente ao domicílio do representante legal. Inteligência do art. 76 e § único do Código Civil. Precedente. Competência do Juiz suscitado da 6ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central da Capital.* (TJSP; CC nº 0027081-26.2020.8.26.0000; Rel. Des. Rubens Fonseca; Câmara Especial – j. 29.09.2020)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de interdição e nomeação de curador combinada com pedido de tutela de urgência – Feito distribuído à Vara Única do Foro de Rio Grande da Serra – Alteração do endereço da interditada em decorrência da sua transferência para casa de repouso sediada no município de Ribeirão Pires – Redistribuição do feito para a 3ª Vara da Comarca de Ribeirão Pires – Superveniente alteração de fato não afeta a competência firmada no momento da distribuição – Princípio do perpetuatio jurisdictionis que deve ser observado – Incidência da regra do artigo 43 do Código de Processo Civil – Precedentes – Procedente o conflito – Competência

Acesso ao Sumário

do MM. Juízo suscitado. (TJSP; CC nº 0030690-80.2021.8.26.0000; Rel. Presidente da Seção de Direito Público Des. Magalhães Coelho; Câmara Especial – j. 29.09.2020)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Interdição. Prestação de contas. Alteração de endereço da interditada. Redistribuição da demanda para outro foro regional. Descabimento. 'Perpetuatio jurisdictionis'. Art. 43 do CPC. Ausência de justificativa para mitigar o princípio. Precedentes. Conflito conhecido para declarar a competência da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Tatuapé" (TJSP; CC nº 0053277-38.2017.8.26.0000; Rel. Des. Fernando Torres Garcia; Câmara Especial);

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de interdição sentenciada. Deslocamento da competência ante a mudança de domicílio da interditada. Impossibilidade. Ocorrência da 'perpetuatio jurisdictionis'. Princípio do Juiz imediato que não se aplica ao caso. Feito julgado. Ausência de prejuízo para as partes. Competência da Juíza suscitada da 6ª Vara e Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro" (Conflito de Competência 0002893-32.2021.8.26.0000, Relator Des. Dimas Rubens Fonseca)."

Do exposto, **julga-se procedente** o conflito para se declarar a competência do Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santo André, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0019386-50.2022.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE JALES, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE JALES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE JALES (Juízo Suscitante). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.766)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de agosto de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de alimentos – ação declaratória de inexistência de débito c/c cancelamento de protesto – Demanda distribuída por prevenção – Juízo suscitado que determinou a livre distribuição – Conexão não verificada – Demandas que versam sobre a cobrança de títulos e valores distintos – Ausência de risco de decisões contraditórias – Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL** em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL**, ambos da Comarca de Jales, nos autos da *ação declaratória de inexistência de débito c/c cancelamento de protesto*, movida por V.H.B.S. contra F.C.L. (Proc. (...)).

Há dissenso sobre a competência para o processamento e julgamento da ação, ante a existência de conexão (ou não) com ação em trâmite perante o Juízo suscitado (proc. nº (...)).

Alega o Juízo Suscitado que, embora se trate de ações em que figuram as mesmas partes, os títulos discutidos são distintos, entendendo pela inexistência de prevenção do Juízo por conexão (fls. 36, dos autos de origem).

Deste entendimento diverge o Juízo Suscitante, alegando que, além da identidade de partes, trata-se do mesmo negócio jurídico, o qual deu ensejo à emissão das duplicatas impugnadas em ambos os feitos. Nesse sentido, aduz a existência de conexão em razão da mesma causa de pedir remota, o que gera o risco de decisões conflitantes (fls. 1/3, destes autos).

Foi designado o MM. Juízo de Direito Suscitante (**MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE JALES**) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 5/6).

A d. Procuradoria Geral de Justiça deixou de oferecer parecer por se tratar de matéria tratada no incidente em que não está presente nenhuma das hipóteses legais de intervenção do Ministério Público (fl. 12).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, III, do Código de Processo Civil, eis que há divergência quanto à reunião ou não de feitos em razão de suposta conexão, requisito bastante para configuração do conflito.

Em outras palavras, configurada uma das hipóteses previstas no Diploma Processual Civil, qual seja, a declaração de incompetência por dois juízos para conhecer de uma mesma demanda em razão de divergência quanto à necessidade de reunião de feitos por força da suposta conexão existente entre eles, o conflito deve ser conhecido a despeito da inexistência de recurso manejado pela parte contra a decisão que acolheu a preliminar de incompetência.

Assentada tal premissa, deve ser reconhecida a competência do Juízo suscitado.

Isto porque, malgrado realmente ambas as demandas decorram da mesma relação obrigacional, a cobrança em cada um dos processos se refere a duplicatas diversas, ou seja, os pedidos são distintos.

Veja-se que no Proc. nº (...), em trâmite no Juízo suscitado, tem por objeto a declaração de inexistência do débito, referente às 03 (três) Duplicatas de nº. 15484, 14594 e 14474, no valor de R$ 18.364,68 (dezoito mil trezentos e sessenta e quatro reais e sessenta e oito centavos), todas com data de vencimento em 31 de maio de 2022, estampado nos protestos nº. 111595, 111596 e 111597, registrado em nome da Requerente, junto ao 2º Tabelionato de Notas e Protestos de Jales/SP.

No feito em que suscitado o presente conflito (nº (...)) tem por objeto sustação dos efeitos do protesto objeto do apontamento nº 112310, referente à Duplicata Mercantil nº 001, emitida em 03/05/2022, vencida em 15/05/2022, no valor de R$ 2.667,00 (dois mil, seiscentos e sessenta e sete reais) (fls. 30 dos autos de origem).

Não há, portanto, a possibilidade de decisões conflitantes ante a distinção no que toca às notificações de débito discutidas em ambos os processos, o que torna desnecessária a reunião de feitos por conexão.

Nesse sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Execução de título extrajudicial – Decisão que declinou da competência em razão de eventual conexão com outra execução – Inadmissibilidade – Períodos distintos – Conexão não verificada – Inaplicabilidade do art. 55, § 3º do Código de Processo Civil – Ausência de risco de decisões conflitantes – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado (6ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos)." (TJSP; Conflito de competência cível 0034340-72.2020.8.26.0000; Relator: Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Crim); Órgão Julgador: Câmara Es-

Acesso ao Sumário

pecial; Data do Julgamento: 22/10/2020; Data de Registro: 22/10/2020).

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA*. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL DE COTAS CONDOMINIAIS. Embora as execuções tenham por causa de pedir o inadimplemento das cotas condominiais, fato é que os títulos exequendos são diversos e objetivam a *cobrança de períodos distintos*. *Conexão* não configurada. Risco de decisões conflitantes inexistente. Não cabe ao magistrado de mesmo grau de jurisdição alterar decisão proferida por outro juízo. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE." (TJSP; Conflito de competência cível 0048078-35.2017.8.26.0000; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 29/01/2018; Data de Registro: 01/02/2018).

Se assim é, impõe-se o reconhecimento da competência do Juízo suscitante.

Ante o exposto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE JALES (Juízo Suscitante).**

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0019895-78.2022.8.26.0000, da Comarca de Cananéia, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE CANANÉIA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JÚRI E EXECUÇÕES CRIMINAIS DE OSASCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de jurisdição e declararam a competência do Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CANANÉIA). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.687)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 4 de agosto de 2022.

Acesso ao Sumário

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Execução de pena restritiva de direito aplicada em substituição à pena privativa de liberdade – Executado que declara nos autos sua mudança de domicílio à área de jurisdição do Juízo suscitante – Tentativa frustrada de intimação do executado para dar continuidade ao cumprimento da pena – Remessa do feito ao juiz da condenação – Descabimento – Interpretação literária e sistemática do disposto no art. 528-A das NSCGJ que imputa ao juízo de domicílio do executado a competência para a execução da pena em meio aberto – Única tentativa de intimação do sentenciado que não exaure completamente a competência do Juízo suscitante **– Necessidade de esgotamento das possibilidades de localização do executado – Aplicação por analogia do disposto no § 3º, do art. 256, do Código de Processo Penal – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito de jurisdição conhecido para declarar a competência do Juízo da Vara Única da Comarca de Cananéia (Juízo suscitante).**

VOTO

VISTOS.

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CANANÉIA em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JÚRI E EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE OSASCO, nos autos da execução da pena de prestação de serviços à comunidade imposta a Marcos Felipe Antonio, cuja condenação originária à pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, bem como o pagamento de multa no total de 50 dias-multa, em decorrência da prática dos crimes previstos nos artigos 184, § 2º c.c. 29, *caput* , todos do Código Penal (Proc. nº 0045114-96.2009.8.26.0405).

Divergem os Juízos quanto à competência para a execução da pena de prestação de serviços à comunidade imposta ao sentenciado, em decorrência de sua declaração de mudança de endereço para a jurisdição do Juízo Suscitante. Contudo, o reeducando não foi localizado (fl. 57).

Acesso ao Sumário

Diante da informação acima mencionada, o Juízo Suscitante determinou a remessa do feito ao Juízo Suscitado para que este adote as medidas pertinentes (fl. 64).

O Juízo Suscitado, porém, entende que incumbe ao Juízo Suscitante a adoção das medidas necessárias para a localização do executado, pois o último endereço declarado por ele situa-se em sua jurisdição. Ademais, ressalta que não há nos autos informações que o sentenciado tenha voltado a residir na comarca de Osasco (fl. 68).

Foi designado o Juízo suscitado **(MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JÚRI E EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE OSASCO)** para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 79/80).

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do presente conflito e declaração da competência do Juízo Suscitado para prosseguir no feito até final decisão (fls. 85/88).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de jurisdição, com fundamento no artigo 114, I, do Código de Processo Penal, pois ambos os Juízos se declaram incompetentes para o conhecimento do pedido.

Trata-se de execução de pena de prestação de serviços à comunidade imposta ao sentenciado que no curso da demanda informou sua mudança de endereço para a jurisdição do Juízo Suscitante, contudo não foi localizado, conforme certificado (fl. 57).

Melhor analisando os autos, revejo o meu posicionamento anterior e desta forma entendo ser competente o Juízo Suscitante para apreciar e julgar o feito.

Imperioso destacar que a competência do juízo da execução penal, nos termos do artigo 528-A das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, *verbis*:

> *"Art. 528-A. Na inexistência de endereço do réu condenado à pena em 'meio aberto', cuja execução somente se inicia após o cadastramento da guia: penas restritivas de direito, sursis e medida de segurança de tratamento ambulatorial, a competência para recebimento e formação do processo de execução da pena compete ao Juízo da Execução Criminal do local da infração penal."*

Desta forma diante da informação prestada pelo sentenciado nestes autos que passaria a residir na Comarca de Cananéia (fl. 40), foi correta a redistribuição dos autos para o Juízo Suscitante, competente para adotar as medidas cabíveis para cumprimento da pena imposta ao réu, possuindo o Juízo Suscitado competência subsidiária apenas quando o executado não tiver sido encontrado.

Contudo, conforme entendimento sedimentado nesta C. Câmara Especial, deve ser aplicado por analogia o procedimento previsto no art. 256, § 3º

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Penal que apenas considera estar o réu local incerto ou desconhecido, após esgotadas todas as tentativas de obter informações acerca de sua localização:

> *"Art. 256. A citação por edital será feita:*
>
> *(...).*
>
> § 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos."

Contudo, após a realização de uma única tentativa de intimação do réu no endereço declarado, sem êxito (fl. 57), o Juízo Suscitante determinou a imediata remessa dos autos ao Juízo Suscitado prolator da r. sentença condenatória.

Entretanto, sequer houve qualquer tentativa de pesquisa do endereço do réu pelos sistemas *Bacenjud*, *Renajud* ou até mesmo a expedição dos ofícios de praxe para obtenção do seu atual domicílio, de modo que se revelou, absolutamente, extemporânea a remessa dos autos ao Juízo Suscitado.

Nesse sentido já decidiu esta Colenda Câmara Especial em casos semelhantes:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Execução de pena restritiva de direito aplicada em substituição à pena privativa de liberdade – Guia de execução expedida ao suscitante com jurisdição sobre o endereço do executado constante nos autos – Remessa do feito ao juiz da condenação, após tentativa frustrada de intimação do executado para dar cumprimento à pena – Descabimento – Previsão do art. 66 da LEP c.c. interpretação literária e sistemática do disposto no art. 528-A das NSCGJ e Comunicado CG Nº 1182/2017 que imputa ao juízo de domicílio do executado a competência para a execução da pena em meio aberto – Única tentativa de intimação do executado que não exaure a competência do juízo – Necessidade de esgotamento das possibilidades de localização do executado – Precedente – Conflito acolhido. Competência do suscitante (1ª Vara Criminal da Comarca de Poá)."* (TJSP; Conflito de jurisdição nº 0021718-58.2020.8.26.0000; Relator: Des. Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Comarca: São Paulo; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 02/12/2020).
>
> *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – EXECUÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA – COMPETÊNCIA – LOCAL DE DOMICÍLIO DO RÉU –* DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DO DOMICÍLIO DO RÉU – NÃO EXAURIMENTO – *INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 528-A DAS NORMAS DA CORREGEDORIA – Juízo de domicílio do executado que, após uma única tentativa de intimação no endereço declinado nos autos, remeteu-os ao juízo prolator da sentença – Diligências tendentes à localização do atual domicílio do réu que de-*

vem ser exauridas – Prematura aplicação do art. 528-A das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça – Precedente desta Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Limeira." (TJSP; Conflito de jurisdição nº 0021993-07.2020.8.26.0000; Relatora: Desª. Daniela Maria Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Comarca: Limeira; Data do Julgamento: 28/10/2020; Data de Registro: 28/10/2020).

"CONFLITO DE JURISDIÇÃO – EXECUÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – REMESSA DO JUÍZO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO PARA A 1ª VARA DE NOVO HORIZONTE, ONDE TRAMITOU O PROCESSO DE CONHECIMENTO, EM RAZÃO DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO RÉU – DESCABIMENTO – 1. O Provimento CG nº 22/2018, que dispõe sobre o acréscimo do artigo 528-A nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, segundo o qual na inexistência de endereço do réu condenado à pena em meio aberto, a execução penal será conduzida pelo Juízo da Execução Criminal do local da infração, não se aplica ao caso concreto. 2. Oportuno ressaltar que em momento algum foram realizadas diligências pelo juízo suscitado no sentido de localizar o atual endereço do réu, o qual declarou nos autos estar residindo na própria Comarca de São José do Rio Preto. 3. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento junto ao Juízo suscitado." (TJSP; Conflito de jurisdição nº 0008313-52.2020.8.26.0000; Relator: Des. Luís Soares de Mello (Vice-Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Comarca: São José do Rio Preto; Data do Julgamento: 17/03/2020; Data de Registro: 17/03/2020).

Ante o exposto, conheço do conflito negativo de jurisdição e declaro a competência do Juízo suscitante **(MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CANANÉIA).**

Remetam-se estes autos com urgência à Vara Única da Comarca de Cananéia para adoção das medidas cabíveis.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0016724-16.2022.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA CAPITAL e interessado FABIO RENATO LOURENÇO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

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 das Execuções Criminais de São José do Rio Preto. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 68.447)**

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, 18 de agosto de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Execução da pena de dias-multa aplicada a réu solto, encaminhada para a Vara de execuções do local em que proferida a condenação. Impossibilidade. Ação que deve tramitar no foro do domicílio do sentenciado. Celeridade e efetividade na satisfação da execução da pena de multa. Competência do Juiz suscitado da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DO FORO CENTRAL DA BARRA FUNDA, COMARCA DA CAPITAL**, em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, nos autos da ação de execução de pena de multa nº 1003057-24.2021.8.26.0050, na qual o Ministério Público busca a execução da pena pecuniária de multa no valor de R$ 399,99 (trezentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos) imposta a Fabio Renato Lourenço, na ação penal nº 0097325-63.2016.8.26.0050, que tramitou na 28ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda.

Sustentou que se trata de execução de multa penal envolvendo executado egresso, com endereço residencial em São José do Rio Preto, cujo processo tramitou na 28ª Vara Criminal de São Paulo. Aduziu que há de se distinguir as execuções de multa de executados presos e soltos, e, no caso do solto, a ação de execução de multa deverá ser ajuizada perante a vara das execuções criminais

Acesso ao Sumário

onde reside o executado, com fulcro no artigo 51 do Código Penal, artigo 46, § 5º, do Código de Processo Civil c.c. o artigo 1º da Lei nº 6830/1980 e o artigo 530 das Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral de Justiça.

Processado o conflito de jurisdição, foi designado o MM. Juiz de Direito suscitado da Vara das Execuções de São José do Rio Preto 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 Fabio Renato Lourenço pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, proposta pelo Ministério Público na 1ª Vara de Execuções Criminais do Foro Central da Capital, após o trânsito em julgado da condenação do executado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

O Juiz da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto encaminhou os autos para o juízo da execução criminal do local da condenação. Recebido o feito, o Juiz da 1ª Vara das Execuções Criminais do Foro Central da Barra Funda suscitou o presente conflito.

Inicialmente, cumpre salientar que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 3.150, datado de 13 de dezembro de 2018, houve por bem conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal, nos termos a seguir transcritos:

"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018"[1].

Ressalte-se que tal decisão, dotada de efeito *erga omnes*, uma vez que, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, apresenta eficácia contra todos e efeito vinculante, torna ineficaz qualquer resolução ou provimento anteriormente emanados das instâncias inferiores.

Verifica-se, ainda, que, após mencionado julgamento, este E. Tribunal passou a acolher a interpretação dada:

1 Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADIN 3.150. Data de julgamento: 13/12/2018.

Acesso ao Sumário

"Agravo em Execução Penal. Decisão judicial que julgou extinta a punibilidade do sentenciado, mesmo sem o pagamento da multa. Recurso da defesa. Ressalvado o entendimento do relator, esta Câmara tem orientação sedimentada de que, a despeito da Lei nº 9.268/96 – que alterou o artigo 51, do Código Penal, fazendo da multa dívida de valor –, a pena de multa não perdeu sua natureza de sanção penal, de sorte que, não paga a pena pecuniária, não se pode declarar a extinção da punibilidade, mesmo que cumprida a pena privativa de liberdade. Aplicação do princípio da colegialidade. Recurso provido"[2].

Cabe ressaltar, ainda, que, conquanto sejam aplicáveis as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, uma vez que os dias-multa mostram-se revestidos da natureza de sanção penal condenatória, devem ser executados por quem detém a legitimação prioritária para sua cobrança, ou seja, pelo Ministério Público na Vara de Execução Penal.

Todavia, iniciado seu trâmite, verificou-se que o sentenciado tem seu domicílio em caráter permanente no foro do juízo suscitado, conforme documento de fls. 04/05 e 18 dos autos de origem.

Ante tal circunstância, necessária a observância ao artigo 530 das Normas Gerais de Serviço da Corregedoria de Justiça, que dispõe sobre a competência para as execuções penais, inclusive as de réus soltos:

"Art. 530 – Sempre que o condenado passar a cumprir pena ou fixar residência em localidades diversas daquele onde teve início a execução, os respectivos autos serão imediatamente remetidos ao juízo competente para o prosseguimento."

Cabe, aqui, ressalvar a distinção no entendimento desta Câmara Especial nos casos em que o sentenciado se encontra preso, situação diversa da presente, uma vez que a execução pecuniária encontra melhor efetividade se tramitar no domicílio onde o sentenciado possui moradia e eventuais bens, em detrimento do domicílio provisório e forçado, decorrente da sua momentânea custódia estatal.

Além do mais, evita-se a excessiva e custosa expedição de cartas precatórias para citação, intimações e penhoras, além da realização de diligências por mais de um juízo.

Acesso ao Sumário

Por fim, como a presente execução é regida pela Lei das Execuções Fiscais, à qual se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil, vale registrar o contido no artigo 46, § 5º, da mencionada legislação processual:

"§ 5º. A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado."

Desse modo, como o sentenciado não cumpre medida restritiva de liberdade em estabelecimento prisional, a execução da pena de multa deverá tramitar

2 São Paulo. Tribunal de Justiça. Agravo de Execução Penal 9003869-66.2017.8.26.0050. Relator: Laerte Marrone 14ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda – 4ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 15/08/2019.

no juízo do foro de seu domicílio.

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do Juiz de Direito suscitado da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto.

Exceções de Suspeição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição nº 0017587-69.2022.8.26.0000, da Comarca de Taquaritinga, em que é excipiente GUILHERME GIBERTONI ANSELMO, é excepto LEOPOLDO VILELA DE ANDRADE DA SILVA COSTA (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram o incidente. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.614)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 12 de julho de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO. Ação Penal. Não configuração das hipóteses previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil e no artigo 254 do Código de Processo Penal. Prolação de decisões judiciais fundamentadas e legais, que podem desagradar aos interesses particulares do excipiente, sem tornar o Magistrado suspeito, e devem ser desafiadas pelas vias recursais apropriadas. Incidência da Súmula nº 88 deste E. Tribunal de Justiça. Incidente de suspeição rejeitado.

VOTO

VISTOS.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de exceção de suspeição oposta por **GUILHERME GIBERTONI ANSELMO** contra o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Taquaritinga, **Dr. LEOPOLDO VILELA DE ANDRADE DA SILVA COSTA**, com fundamento no artigo 254, inciso I, do Código de Processo Penal.

Alega, em suma, o excipiente, que o MM. Juiz de Direito excepto não dispõe da necessária imparcialidade para julgar a ação penal contra si proposta, na medida em que teria incorrido em exageros na condução do processo, em prejuízo ao excipiente, ao proferir decisões com *"inverdades manifestas"*, bem como expressando *"desejo íntimo de que o excipiente fosse preso e, assim permanecesse por toda a instrução"* (fls. 05). Alega, ademais, que o excepto, ao prestar informações no bojo do *Habeas Corpus* nº 2034254-96.2022.8.26.0000, teria prestado *"afirmações desconexas com a realidade dos autos originários, com o objetivo precípuo de ver o excipiente encarcerado ou prejudicado no exercício do seu sagrado direito de defesa"* (fls. 05).

Pugna, portanto, o excipiente pelo reconhecimento da suspeição do Magistrado excepto (fls. 02/54), juntando documentos a fls 55/655.

Houve manifestação do Excepto, que não reconheceu a alegada suspeição (fls. 657/670), seguida da juntada de documentos (fls. 671/752).

O presente incidente foi recebido no seu efeito meramente devolutivo (fls. 760/A).

Encaminhados os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, adveio parecer pela rejeição do presente incidente (fls. 767/769).

É o relatório.

O presente incidente de suspeição deve ser rejeitado.

Verifica-se que o excipiente encontra-se processado, nos autos da ação penal nº 0008588-02.2011.8.26.0619, em trâmite na 1ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga/SP, por incursão nas penas do artigo 33, *caput* , e do artigo 35, ambos da Lei nº 11.343/06, e do artigo 16, *caput* , e parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Segundo alega o excipiente, teria o Magistrado excepto incorrido em *"diversos exageros, sempre em prejuízo do excipiente, fosse proferindo decisões com inverdades manifestas, fosse expondo seu desejo íntimo de que o excipiente fosse preso, e assim permanecesse por toda a instrução, fosse, ainda, prestando informações em Habeas Corpus (mais precisamente, no HC n. 2034254-96.2022.8.26.0000), com afirmações desconexas com a realidade dos autos originários, com o objetivo precípuo de ver o excipiente encarcerado ou prejudicado no exercício do seu sagrado direito de defesa"* (fls. 05 – SIC).

Como exemplos da alegada parcialidade do Magistrado excepto, o excipiente destaca: 1. a decisão que decretou sua prisão preventiva (eivada de inverdades, segundo aduz); 2. as assertivas de que *"desejava fazer toda a instrução*

com o excipiente preso", quando em atendimento, via *Teams* , ao patrono do excipiente; 3. informações prestadas, em *Habeas Corpus* impetrado pela defesa (*Habeas Corpus* nº 2034254-96.2022.8.26.0000, julgado em 16 de junho de 2022, pela 3ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça), alheias à realidade dos autos.

Ora, em relação à decretação da prisão preventiva do excipiente, não se observa, na decisão proferida, qualquer situação que possa dar ensejo à alegada suspeição do Magistrado excepto, posto que cingiu-se, ao longo de 15 (quinze) laudas, a relatar, minuciosamente, todos os inúmeros incidentes processuais provocados pelo excipiente e seus advogados, à época, sejam constituídos e dativos, de modo a impedir o regular andamento do feito.

Ademais, certo é que o douto Magistrado não decretou a prisão preventiva de ofício, mas o fez após manifestação do douto representante do Ministério Público, que apontou similaridade entre a atuação da defesa quando da primeira instrução do feito (que foi anulado por decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 524.182/SP, do Colendo Superior Tribunal de Justiça), e os expedientes atualmente utilizados *"para obstar o regular prosseguimento do feito, em especial a realização de audiência de instrução, debates e julgamento"*.

Ademais, ao fundamentar a necessidade da decretação preventiva do excipiente, o Magistrado excepto baseou-se exclusivamente na legislação de regência (artigo 312 do Código de Processo Penal), doutrina abalizada e Jurisprudência de Tribunais Superiores, bem como nos elementos constantes dos autos, com demonstração da necessidade de se assegurar o regular andamento do feito.

Ora, em momento algum da longa decisão, o Magistrado *a quo* externa juízos de valor que pudessem demonstrar qualquer prejulgamento ou inimizade em relação ao excipiente. Cinge-se, consoante já destacado, a demonstrar, *pari passu*, os diversos estratagemas utilizados pelo acusado e seus defensores, de modo a manter o feito estagnado desde 25 de janeiro de 2020, sem que fosse possível realizar a instrução processual do feito (sucessão de patronos, inclusive dativos, suspeita de ocultação, conforme certificado por Oficial de Justiça, e alegada impossibilidade de acesso ao ambiente virtual da audiência, via *Teams*).

Por fim, ainda, ressalte-se que o Magistrado excepto, inclusive, fez observação expressa na decisão a respeito da necessidade, por parte das autoridades responsáveis pelo cumprimento da ordem, de respeito e observância do disposto no artigo 7º, inciso V, da Lei nº 8.906/94, relativa à prisão em Sala de Estado Maior.

Nada, há, portanto, na decisão referida, de irregular que possa dar azo à alegada quebra de imparcialidade por parte do Magistrado excepto.

Em relação à alegada predisposição à condenação pelo Magistrado *a quo*, ao asseverar de que *"desejava fazer toda a instrução com o excipiente preso"*,

Acesso ao Sumário

quando em atendimento, via *Teams*, ao patrono do excipiente, não se constata, da oitiva integral da audiência (disponível em: endereço eletrônico constante do texto original, acesso em 06 de julho de 2022), qualquer indicativo de suspeição do Magistrado, seja por meio de suas assertivas, seja por meio de sua polidez no atendimento ao causídico.

Ora, percebe-se que, em momento algum, o Magistrado excepto, manifestou qualquer predisposição acerca da culpabilidade do excipiente ou do mérito da demanda, cingindo-se a destacar que sua decisão fora tomada e deveria ser respeitada, de modo que, acaso o excipiente ou seu patrono da mesma discordassem, poderiam fazer uso dos recursos cabíveis e previstos na legislação processual.

Excertos da conversa, no sentido referido, a afastar qualquer parcialidade, podem ser colhidos abaixo:

> 1. *Advogado: "Olha, Excelência, Vossa Excelência me conhece; a gente até pode ter tido alguns arranca-rabo naquele processo do ....*
>
> *Juiz: É; discussão processual não levo para o lado pessoal de forma alguma"* (por volta de 03'23"); e
>
> 2. *Juiz: "Doutor, eu vou fazer essa Audiência com ele preso. Posso até liberar ele depois, dependendo do que acontecer. Agora, o senhor pode tentar liberar ele no Tribunal"* (por volta de 10'19").

Em relação à assertiva destacada pelo excipiente, merece destaque a contextualização prévia, consoante abaixo:

> *Adv: "Excelência, se eu conseguir me reorganizar no escritório e estar presente na Comarca amanhã, Vossa Excelência o soltará depois da audiência?*
>
> *Juiz: "Doutor, amanhã está marcada a oitiva das testemunhas de acusação.*
>
> *(...)*
>
> *Não, não vai terminar a instrução amanhã"*
>
> *(...)*
>
> *Eu vou fazer toda a instrução com ele preso"* (fls. 617)

Ora, salta aos olhos que o real sentido da frase dita pelo Magistrado excepto foi no sentido de que a discussão relativa à necessidade da prisão preventiva decretada se encontrava encerrada, tendo sido os fundamentos exaustivamente expostos na decisão proferida, de modo que, até aquele momento processual, não haveria qualquer fundamento em sua rediscussão, sendo possível a realização de toda a instrução processual com o excipiente preso.

Portanto, neste ponto, ademais, afasta-se qualquer alegação de parcialidade por parte do Magistrado excepto.

Acesso ao Sumário

Por fim, no atinente à alegação de que teria o Magistrado excepto, nos autos do *Habeas Corpus* nº 2034254-96.2022.8.26.0000, prestado informações *"fantasiosa(s) e alheia(s) à realidade dos autos da ação penal, para assim prejudicar o excipiente"*, igualmente, não se pode acolher o presente incidente.

Ora, compulsando-se os autos do *Habeas Corpus* impetrado, bem como os documentos juntados a fls. 626/646, constata-se que o Magistrado excepto cingiu-se a elaborar relato minucioso do feito, como forma de subsidiar a Colenda Câmara Julgadora de subsídios para bem decidir acerca do pedido de revogação da prisão preventiva formulado.

Ademais, certo é que, nos autos do *Habeas Corpus* referido, a defesa do excipiente não apontou, por meio de petição, qualquer irregularidade (ou versão *"fantasiosa e alheia à realidade dos autos da ação penal"*) nas informações prestadas pelo Magistrado excepto, o que faz crer utilizar-se da argumentação como mero recurso de reforço a suas pretensões de afastamento do mesmo do julgamento do presente feito.

Em suma, portanto, consoante destacado, no caso concreto, **n**ão está configurada qualquer hipótese legal de suspeição do Magistrado *a quo*. O que restou evidenciado é que o Magistrado excepto proferiu decisões contrárias aos interesses do excipiente, no exercício da atividade jurisdicional, o que não significa, por si só, que seja parcial ou tenha interesse em prejudicá-lo.

Em verdade, verifica-se que o excipiente demonstra mero inconformismo com o conteúdo das r. decisões. No entanto, conforme Súmula nº 88 deste E. Tribunal de Justiça, *"reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa"*.

Nesse sentido há diversos precedentes desta Colenda Câmara Especial, *verbis*:

> *"INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL COMUM. PARCIALIDADE E PREJULGAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Indeferimento da concessão das benesses da gratuidade processual e da tutela antecipada. Decisões judiciais suficientemente fundamentadas. Excessiva litigiosidade entre as partes que prejudica o regular andamento do feito. Alegações genéricas desprovidas de qualquer sustentáculo probatório. Hipóteses insculpidas no artigo 145 do CPC que são de natureza subjetiva. Presunção relativa de parcialidade do magistrado que demanda prova inequívoca, não produzida pela excipiente. Decisões de cunho jurisdicional desfavoráveis aos interesses da virago que não maculam a parcialidade do julgador e devem ser desafiadas pelas vias recursais apropriadas. Súmula nº 88 do TJSP. Exceção rejeitada"* (TJSP, Exceção de Suspeição 0025961-

45.2020.8.26.0000, Relatora: Daniela Maria Cilento, Órgão Julgador: Câmara Especial, Data do Julgamento: 05/02/2021);

"Incidente de suspeição. Alegação de violação ao artigo 145 do Código de Processo Civil, em ofensa à regra da imparcialidade do juiz natural. Não configuração. Descabimento do incidente, que não se subsume a qualquer das hipóteses taxativas do art. 145 do CPC. Inconformismo com atos jurisdicionais passíveis de recurso. Aplicação da Súmula 88 deste E. Tribunal. Incidente rejeitado" (TJSP, Incidente de Suspeição Cível nº 0001526-70.2021.8.26.0000, Relator: Des. Guilherme G. Strenger, Data de julgamento: 03/03/2021); e

"Incidente de Suspeição – Autos de Cumprimento de sentença de obrigação de prestação de alimentos – Incidente de suspeição calcada na assertiva de interesse do magistrado na solução da causa – Inocorrência das hipóteses previstas no artigo 145, e seguintes, do Código de Processo Civil – Ausência de provas da alegada parcialidade do Magistrado – Eventual prolação de decisão contrária ao excipiente não implica parcialidade – Precedente – Incidente rejeitado" (TJSP, Incidente de Suspeição Cível nº 0039406-33.2020.8.26.0000, Órgão Julgador: Câmara Especial, Comarca: Marília, Relator: Des. Xavier de Aquino (Decano), Data de julgamento: 08/04/2021).

Destaque-se, inclusive, que, nos mesmos autos da Ação Penal nº 0008588-02.2011.8.26.0619, o excipiente já opôs exceção de suspeição contra o E. Magistrado, Dr. Ayman Ramadan, que anteriormente era o responsável pela instrução do feito – e determinou providência análoga àquelas determinadas pelo ora excipiente –, cujo desfecho foi o desacolhimento, conforme ementa que segue, *verbis*:

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Alegação de suspeição do excepto por proferir decisões em que se entendeu ter havido prejulgamento e julgamento da causa em favor da acusação – Inadmissibilidade – Magistrado que refutou a suspeição fundamentando pormenorizadamente a tomada de cada uma das decisões do processo – Incidente, ademais, que não se lastreia em qualquer fato concreto que possa indicar parcialidade do excepto – Parcialidade do juiz que não se caracteriza pela simples prolação de decisões desfavoráveis ao excipiente – Inocorrência das hipóteses legais previstas no artigo 135 do CPC – Exercício regular da atividade jurisdicional passível de correção pelas partes mediante a interposição de recurso adequado – Incidente que não serve como sucedâneo de recursos processuais próprios – Necessidade, outrossim, de especificação precisa do benefício a ser obtido pelo suposto excepto – Exceção rejeitada" (TJSP, Exceção de Suspeição 0160659-03.2011.8.26.0000, Relator: Martins Pinto, Órgão Julgador: Câmara Especial, Foro de Taquaritinga

Acesso ao Sumário

– 1ª. Vara Judicial, Data do Julgamento: 17/10/2011, Data de Registro: 18/10/2011).

Cumpre registrar, de todo modo, que, posteriormente (após anulação do feito, por decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça), é que o Dr. Ayman Ramadam declarou sua suspeição no feito, com comunicação ao Egrégio Conselho Superior da Magistratura, sendo de se destacar que os motivos em nada se relacionavam àqueles apontados pelo excipiente.

Ademais, eventuais discordâncias com as decisões judiciais devem ser manifestadas pelas vias adequadas, em busca da reforma, e não por meio de incidente de suspeição, para obter a anulação das decisões e a substituição do Magistrado, em flagrante afronta ao princípio do juiz natural.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito o incidente.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2154086-26.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente S.S.D.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, nos termos constantes do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 68.321)**

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, 27 de julho de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: 'HABEAS CORPUS'. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006). Execução de medidas socioeducativas em meio aber-

Acesso ao Sumário

to. Decisão que indeferiu o pedido de suspensão da prestação de serviços à comunidade e o acompanhamento remoto da liberdade assistida. Adolescente que, em razão de gestação, integra grupo de risco para infecção pelo coronavírus. Unidades acolhedoras que constituem ambientes com inevitável aglomeração de pessoas. Acolhimento. Ordem concedida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor da adolescente **S.S.D.**, com pedido de medida liminar, sob o argumento de que a paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de ato do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital, em razão da decisão proferida a fls. 99/101 dos autos nº (...), que indeferiu o pedido de suspensão do cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade e de acompanhamento remoto da medida de liberdade assistida.

Sustenta, em síntese, que a paciente, adolescente de 18 (dezoito) anos de idade, está no segundo mês de gestação, segundo relatório da equipe técnica do SMSE/MA. Não obstante, o magistrado *a quo* indeferiu o pedido de suspensão e acompanhamento remoto, desconsiderando o pleito e a concordância do Ministério Público, assim como a condição da adolescente, que integra o grupo de risco para infecção pelo coronavírus (COVID-19), conforme orientações do Ministério da Saúde e a Recomendação nº 62/20 do Conselho Nacional de Justiça. Argumenta que o objetivo das medidas socioeducativas é garantir o direito à saúde da adolescente (art. 1º, § 2º, Lei 12.594/12), também assegurado constitucionalmente (art. 227 da Constituição Federal). Defende que a paciente gestante deve ser protegida com absoluta prioridade, aduz que a decisão é *extra petita* e sem fundamentação idônea, contrariando o princípio da inércia e as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. Afirma que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos garante o dever especial de proteção às crianças e aos adolescentes (Opinião Consultiva n. 17) e que o Comentário Geral n. 24 do Comitê sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas demonstra preocupação com o fato de crianças e adolescentes receberem uma proteção menor do que adultos em matérias de direitos às garantias judiciais. Requer a concessão da medida na forma liminar, determinando-se a suspensão do cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade e o acompanhamento remoto da medida de liberdade assistida e, ao final, a concessão da ordem.

Deferida a medida liminar para a suspensão do cumprimento da prestação

Acesso ao Sumário

de serviços à comunidade e o acompanhamento remoto da liberdade assistida (fls. 53/56), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 64/68).

É O RELATÓRIO.

Verifica-se que, por sentença proferida em 18 de janeiro de 2022, nos autos n. (...), foram aplicadas à paciente as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, à razão de 04 horas semanais, e de liberdade assistida, ante a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, "*caput*", da Lei 11.343/2006 (fls. 80/85 daqueles autos).

Iniciada a execução das medidas socioeducativas, autos n. (...), foi elaborado o Plano Individual de Atendimento – PIA (fls. 15/21), entretanto, a paciente não iniciou, de fato, o cumprimento da medida de prestação de serviços à comunidade, pois somente esteve presente na apresentação à unidade acolhedora, também "oscilando" no cumprimento da medida de liberdade assistida, conforme relatório da assistente social (fls. 29/30).

Intimada pessoalmente a dar continuidade ao cumprimento das medidas, deixou de comparecer à MSE/MA (...) – CREAS (...) (fls. 30/31), apresentando-se no dia 30 de maio de 2022, ocasião em que noticiou estar no segundo mês de gestação (fls. 34/35).

Assim, requereu a Defensoria Pública a suspensão da medida de prestação de serviços à comunidade e o acompanhamento remoto da liberdade assistida, por estar a paciente gestante, e, assim, mais vulnerável à Covid-19.

O Ministério Público opinou pelo acolhimento do pedido ao destacar *"o risco de exposição a ambientes de grande circulação, diante do aumento dos números de infecção por coronavírus"*, fundamentando que *"a premissa para o prosseguimento das atividades socioeducativas em período de pandemia continua a ser a preservação dos direitos à vida e à saúde de todas e todos adolescentes, estejam ou não em cumprimento de medida socioeducativa, bem como de seus familiares e das trabalhadoras e trabalhadores dos serviços de medida. Tal premissa decorre da adoção dos princípios que norteiam a doutrina da proteção integral (artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei do SINASE)"* (fls. 43).

No entanto, apesar disso, a autoridade impetrada indeferiu o pedido, ao argumento de não existiam recomendações da equipe técnica nesse sentido, que o acompanhamento pela instituição continua ocorrendo, a adolescente demonstrou adesão e vontade de continuar cumprindo as medidas, bem como que deixou de comprovar situação de risco na gestação, a justificar a suspensão da medida e o acompanhamento remoto.

Ora, em 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde declarou Emer-

Acesso ao Sumário

gência em Saúde Pública de Importância Nacional (Portaria nº 188/2020) e, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou publicamente situação de pandemia em relação ao novo coronavírus (COVID-19). Diante disso, em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (COVID-19), no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo (Recomendação nº 62/2020). As recomendações visam a, dentre outros fins, proteger a vida e a saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de Justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfecções.

Conforme artigo 3º, I, alíneas *"a"*, *"b"* e *"c"*, da Recomendação CNJ nº 62/2020, recomenda-se aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas a reavaliação das medidas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão, sobretudo daquelas: *"a) aplicadas a adolescentes gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até 12 anos de idade ou por pessoa com deficiência, assim como indígenas, adolescentes com deficiência e demais adolescentes que se enquadrem em grupo de risco; b) executadas em unidades socioeducativas com ocupação superior à capacidade, considerando os parâmetros das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus no 143.988/ES; e c) executadas em unidades socioeducativas que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus"*.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, o Conselho Superior da Magistratura deste E. Tribunal de Justiça editou o Provimento nº 2.546 de 18 de março de 2020, em que, no artigo 4º, *caput* e § 1º, prevê, respectivamente, que *"os adolescentes, internados provisoriamente, que sejam gestantes e lactantes e aqueles portadores de doenças que possam ser agravadas com a COVID-19, tais como doenças pulmonares crônicas, portadores de cardiopatia, diabetes insulinodependentes, insuficiência renal crônica, HIV, doenças autoimunes, cirrose hepática, em tratamento oncológico, deverão ser colocados em liberdade, pelo juízo competente, assim que tome conhecimento da situação, mediante comunicação do diretor da unidade da Fundação CASA"* e *"também serão colocados em liberdade os adolescentes que cumprem a medida de internação e não tenham praticado*

crime com violência ou grave ameaça à pessoa e se enquadrem nas hipóteses do caput. Em liberdade, os adolescentes serão acompanhados à distância por técnico da Fundação CASA".

No caso, a paciente se enquadra em grupo de risco, pois está gestante, condição que pode conduzir a um agravamento do seu estado geral de saúde ou do bebê a partir do contágio com o novo coronavírus.

Além do mais, apesar de existir nos autos notícia de que a paciente recebeu as duas doses da vacina contra a COVID-19 (fls. 15/21), é sabido que a vacina não impede a infecção e não significa proteção absoluta.

Assim, considerando que o grupo de risco para infecção pelo coronavírus COVID-19 compreende pessoas gestantes, e tendo em vista, ainda, que as unidades acolhedoras de acompanhamento da prestação de serviços à comunidade constituem ambientes com inevitável aglomeração de pessoas, reputa-se que as providências sugeridas são pertinentes ao resguardo da saúde da paciente, em época de pandemia, sobretudo ante as incertezas do impacto das novas variantes da cepa Ômicron.

Revela-se prudente, portanto, diante de tal quadro, determinar a suspensão do cumprimento da medida de prestação de serviços à comunidade, assim como o acompanhamento remoto da paciente pela equipe técnica do SMSE/MA, pelo menos até o termo final da gestação, quando a decisão poderá ser reavaliada, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, **CONCEDE-SE** a ordem, para determinar a suspensão do cumprimento da medida de prestação de serviços à comunidade e o acompanhamento remoto da paciente pela equipe técnica do SMSE/MA até o termo final da gestação da paciente.

Incidentes de Suspeição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Suspeição Cível nº 0019199-42.2022.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é excipiente ESTER DA SILVA OLIVEIRA, é excepta NATÁLIA ASSIS MASCARENHAS (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a presente exceção de suspeição e impedimento oferecida em face da MM(a). Juíza Dra.

Acesso ao Sumário

Natália Assis Mascarenhas. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.786)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 12 de agosto de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Câmara Especial – Incidente de Impedimento e Suspeição – Hipótese que não se enquadra no rol taxativo de causas de impedimento do artigo 144 do Código de Processo Civil e suspeição do artigo 145 do mesmo Diploma – Interpretação restritiva – Incidente de impedimento e suspeição rejeitado.

VOTO

VISTOS.

Cuida-se de incidente de suspeição e impedimento apresentado por Ester da Silva Oliveira, através de seu advogado Dr. Francisco Doraci Arruda Gomes, em face da MM(a). Juíza de Direito, Dra. Natália Assis Mascarenhas, titular da 1ª Vara Judicial da Comarca de Santana de Parnaíba, nos autos do processo nº 1000389-69.2019.8.26.0529.

De maneira idêntica ao alegado no incidente de suspeição e impedimento nº 0019197-72.2022.8.26.0000, sustenta o excipiente que, em razão de desavença deste patrono com a magistrada em outro feito, a excepta passou a persegui-lo e a atuar de forma parcial nos demais feitos em que o excipiente patrocina, prejudicando, assim, seus clientes.

Afirma que a excepta frequentemente o impede de falar nos autos, assim como em audiências, e até mesmo constrange testemunhas arroladas pelo excipiente, com o intuito de constrangê-lo, cerceando, ainda, o seu direito de defesa.

Ressalta ter oferecido incidente de suspeição e impedimento em face da excepta em todos os processos em que atua para que seus clientes não sofram maiores prejuízos.

Pugna pelo reconhecimento da suspeição e do impedimento da magistrada, assim como a remessa dos autos ao seu substituto legal (fls. 01/05 dos autos nº 0003889-92.2021.8.26.0529).

A MM(a). Juíza Dra. Natália Assis Mascarenhas não reconheceu sua suspeição ou seu impedimento para o processamento do feito de origem (fls. 10/11

Acesso ao Sumário

dos autos nº 0003889-92.2021.8.26.0529).

O incidente foi recebido, neste Tribunal de Justiça, no efeito meramente devolutivo (fls. 03/04).

Remetidos os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça, adveio manifestação pela rejeição do incidente de suspeição e impedimento (fls. 09/13).

É o relatório.

Inicialmente, destaca-se que nem seria o caso de conhecimento deste incidente, uma vez que ausentes os requisitos legais previstos nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil. Contudo, o incidente merece ser conhecido com a finalidade de isolar quaisquer dúvidas sobre a conduta da excepta, o que também é evidenciado pelo próprio interesse público.

A excipiente atribui parcialidade à MM(a). Juíza Dra. Natália Assis Mascarenhas, autoridade judiciária excepta, na condução dos autos nº 1000389-69.2019.8.26.0529, alegando suposta desavença entre o seu patrono, Dr. Francisco Doraci Arruda Gomes, e a i. magistrada em outro feito, tendo ela, a partir daí, constrangido o seu causídico nos demais feitos em que este atua como patrono, cerceando, inclusive o seu direito de defesa.

Ao prestar informações, a MM(a). Juíza Dra. Natália Assis Mascarenhas apresentou relato detalhado do processo e rejeitou a alegada suspeição e o impedimento, esclarecendo que, *verbis*:

> *"(...)*
>
> *No caso, não ocorre qualquer das hipóteses elencadas no artigo 145 do Código de Processo Civil que motive a suspeição desta Magistrada. Não conheço nenhuma das partes e nem seus advogados e não possuo qualquer interesse no julgamento da causa em favor de uma ou outra parte, mas sim, que o feito seja concluído dentro do quanto previsto em lei.*
>
> *Não tenho qualquer desavença com o nobre patrono. O que ele chama de desavença é um suposto cerceamento do direito de defesa em outro processo (1008407-16.2018.8.26.0529 1), onde ele também figura como patrono, o que também não ocorreu.*
>
> *Alega ainda o nobre advogado que intimidei as testemunhas durante audiência de instrução e julgamento dos autos 1008407-16.2018.8.26.0529. Entretanto, não tenho o costume de intimidar testemunhas ou partes, tendo apenas sido enfática no dever legal de falar a verdade, exatamente o que preconiza o Código de Processo Civil. O que se observou naquela audiência, foi uma evidente contradição entre o que foi dito pelas partes e testemunhas, o que é mérito do processo, e será julgado com imparcialidade e de acordo com os ditames da Lei.*

É válido destacar que o incidente de suspeição daqueles autos (n. 0005202-59.2019.8.26.0529) foi recebido por este E. Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

sem efeito suspensivo e julgado improcedente. (*...)" (fls. 10/11 do feito nº 0003889-92.2021.8.26.0529).*

Em que pesem os argumentos deduzidos pela excipiente, nenhum dos motivos por ele elencados demonstram as hipóteses legais de impedimento previstas no artigo 144 do Código de Processo Civil, que preceitua:

"Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II – de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III – quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII – em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII – em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX – quando promover ação contra a parte ou seu advogado."

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que a previsão da norma legal acerca do impedimento é taxativa e não admite interpretação extensiva, não se enquadrando, portanto, na situação que deu ensejo ao presente incidente.

De igual maneira, do atento exame deste incidente, não se extrai efetiva demonstração de qualquer conduta da MM(a). Juíza excepta que se amolde às hipóteses de suspeição previstas no artigo 145, do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na

causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

(...)

Saliente-se que, aludido dispositivo legal também é interpretado restritivamente, encerrando rol taxativo de casos de suspeição, conforme consolidado entendimento jurisprudencial:

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. HIPÓTESES ELENCADAS NO ART. 145 DO CPC/2015. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA HIPÓTESE ANCORADORA DA INTERPOSIÇÃO DO INCIDENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES JURISDICIONAIS. EXCEÇÃO REJEITADA (ExSusp 216/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/10/2020, DJe 19/10/2020)"

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. SUSPEIÇÃO. MAGISTRADO. HIPÓTESES. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CONFRONTO ANALÍTICO. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. 1. O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O Tribunal de origem enfrentou fundamentadamente as matérias apresentadas, inexistindo falha na prestação jurisdicional. 3. Nos termos da iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as hipóteses de suspeição são taxativas e devem ser interpretadas restritivamente, de modo a não comprometer a independência funcional do magistrado. 4. A contratação de prestação de serviços advocatícios por magistrado, mormente se o vínculo já se extinguiu antes mesmo do ajuizamento do processo em que o causídico atua e no qual se alega a existência de favorecimento, não está entre as causas de suspeição do artigo 145 do Código de Processo Civil de 2015. 5. Não se mostra suficiente para comprovar a existência de amizade íntima entre o juiz e o advogado de uma das partes o fato de o causídico ter prestado em momento anterior serviços de advocacia para o magistrado. 6. Para a comprovação adequada do dissídio jurisprudencial é insuficiente a mera transcrição de ementas dos

Acesso ao Sumário

paradigmas, sem a realização do necessário cotejo analítico entre os acórdãos impugnado e paradigma, demonstrando a similitude fática entre as decisões confrontadas. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1783015/AM, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020)"

Assim, verifica-se que a excipiente, através desta via processual, nitidamente manifesta inconformismo em face de decisões proferidas pela excepta em diversos processos em que atua o seu patrono, que estão assentadas no livre convencimento motivado, porém, contrárias aos interesses dos clientes de seu causídico.

E, bem se sabe que a insurgência contra decisões judiciais deve ser manejada pelos meios processuais previstos na legislação, não se prestando a exceção de suspeição para essa finalidade.

A propósito:

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – Ação revisional de alimentos com pedido de tutela de urgência ***– Arguição de parcialidade da juíza excepta – Suspeição não verificada – Arguição fundada na atuação estritamente jurisdicional da Magistrada, que proferiu decisões contrárias aos interesses do excipiente, mas que se encontram fundamentadas, decorrentes do princípio do livre convencimento motivado – Insurgência contra as decisões contrárias ao interesse do excipiente que devem ser veiculadas através dos recursos ordinários cabíveis – Incidência da Súmula nº 88 deste e. TJSP – Ausência de indícios de parcialidade ou de atos tendentes ao favorecimento de qualquer dos litigantes – Exceção de suspeição rejeitada. (TJSP; Incidente de Suspeição Cível 0021979-23.2020.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível –*** 8ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 09/11/2020; Data de Registro: 09/11/2020)***"***

"INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO – Arguição de parcialidade do Magistrado na condução de ações ajuizadas por Juiz de Direito – Alegação de decisões lacônicas, antagônicas e sem sentido, desprovidas de fundamentação adequada – Excipientes que não comprovam nenhuma das hipóteses previstas na legislação pertinente ao caso – Não caracterização ***– Inconformismo com atos jurisdicionais passíveis de recurso próprio – Suposta infringência aos deveres funcionais do juiz deve ser atacada pelo expediente adequado – Aplicação da Súmula 88 deste E. Tribunal –*** Não comprovação das hipóteses do art. 145 do CPC ***– Precedentes – Exceção rejeitada. (TJSP; Incidente de Suspeição Cível 0019715-33.2020.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Bragança Paulista –*** 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/10/2020; Data de Registro: 13/10/2020)"

Acesso ao Sumário

Lembre-se, por fim, que reiteradas decisões judiciais, contrárias aos interesses da parte, quando no cumprimento do exercício da atividade jurisdicional, não manifestam a suspeição do julgador, conforme entendimento sumulado neste Tribunal de Justiça:

> ***Súmula 88: Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa.***

O caso tratado neste incidente, portanto, não encerra qualquer hipótese de impedimento e suspeição.

Assim, não demonstradas quaisquer das hipóteses de suspeição descritas no rol taxativo do artigo 145 do Código de Processo Civil e impedimento previstas no artigo 144 do Código de Processo Civil, e evidenciado o inconformismo do excipiente com decisões contrárias a seus interesses prolatadas em diferentes processos em que atua como patrono, está claro que a presente exceção não tem outro propósito a não ser o afastamento da Magistrada excepta, o que não se admite, por frustrar o princípio do Juiz natural e dirigir a distribuição e condução do feito à vontade e arbítrio do interessado.

Por fim, oportuno ressaltar que, em pesquisa realizada por este Relator, verifiquei que o patrono Dr. Francisco Doraci Arruda Gomes já ofereceu diversas representações contra a MM(a) Juíza Dra. Natália Assis Mascarenhas junto à Corregedoria deste Tribunal, sendo, no entanto, todas rejeitas, sob o fundamento de que o patrono faz acusações graves contra a magistrada sem nenhuma prova, visando rever suas decisões, que decorreram da livre convicção motivada da magistrada. Não bastasse, ofertou contra a mesma magistrada a reclamação disciplinar n° 0002163-79.2020.2.00.0000 junto ao Conselho Nacional de Justiça, que decidiu pelo seu arquivamento, haja vista não haver nos autos indícios reveladores de ilícito administrativo por parte da magistrada.

Ante o exposto, **rejeito a presente exceção de suspeição e impedimento** oferecida em face da MM(a). Juíza Dra. Natália Assis Mascarenhas.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1039130-71.2018.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS DO RECANTO DOS CURIMBATAS – APREC, é agravado AMBRÓSIO NATALINO AGUILAR.

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 67.949)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE -PRESIDENTE).

São Paulo, 1º de julho de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, 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. Inadmissibilidade (tema 882). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento 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. 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.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interpostos por Associação dos Proprietários do Recanto dos Curimbatas – APREC contra decisão que, em demanda de cobrança, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nºs 1.280.871/SP e 1.439.163/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos, e contra decisão que **NEGOU SEGUIMENTO 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. Alega a validade da cobrança, pois o adquirente conhecia a formação da associação de moradores e suas atribuições, assim como se beneficiaria dos serviços prestados pela agravante e, embora não tenha assinado um termo expresso de anuência à entidade, providenciou por longo período o regular pagamento, fato que implica na assunção tácita da responsabilidade de participar dos rateios das despesas realizadas para a manutenção e conservação da associação. Assinala que a obrigação de contribuir para as despesas de manutenção estão atreladas ao usufruto das benesses ofertadas pela associação, independentemente da qualidade de associado do proprietário.

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, as teses firmadas nas E. Cortes Superiores sob o regime dos recursos repetitivos e sob a sistemática da repercussão geral não se aplicam 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. Neste sentido, também, 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. **Luiz 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 nas decisões recorridas 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 deci-

Acesso ao Sumário

diu 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. 2016/2017.

Por sua vez, 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. 2014/2015.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 1873/1878) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela inexigibilidade das cobranças de taxas de manutenção feitas por associação de moradores a proprietário, após sua desfiliação.

Confira-se trecho do V. Acórdão: "*No caso sub judice, diversamente do alegado pela autora, o requerido manifestou validamente sua vontade de desligamento da associação, conforme notificação extrajudicial de fls. 131/133, recebida em 6/02/2018 pelo Presidente da Associação, conforme certidão do Cartório de Registro de Títulos e Documentos de José Bonifácio. Considerando que a ação tinha por objeto inicial a cobrança das prestações relativas ao período de outubro/2017 a setembro/2018, deve ser acolhido em parte o recurso para exclusão de qualquer cobrança com vencimento após 06/02/2018, sendo eficaz a manifestação de desligamento do requerido*" (fls. 1877).

As decisões agravadas, nestes termos, apenas aplicaram a sistemática da repercussão geral e o regime dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.030, I, "a" e "b", do CPC.

Acesso ao Sumário

No tocante à possibilidade de desfiliação da associação de 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 a esta Presidência 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.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1052074-54.2020.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Renato Mingardi da Silva e agravados Estado de São Paulo e outro.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.000)**

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 julho de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO – Decisão monocrática que indeferiu o processamento do recurso ordinário.

– Incabível recurso ordinário contra Acórdão deste Tribunal proferido em julgamento de apelação em mandado de segurança. Previsão legal expressa (arti-

Acesso ao Sumário

gos 102 e 105, incisos II, "b" e III, da CF). Erro grosseiro. Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto por Renato Mingardi da Silva (fls. 1/7), com fundamento nos artigos 1.021 do Código de Processo Civil e 253 e seguintes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra decisão desta Presidência que, em cumprimento aos artigos 102 e 105, inciso III, da Constituição Federal, não recebeu o recurso ordinário dada a configuração de erro grosseiro na interposição.

Alegou o agravante, em síntese, que não restou configurado erro grosseiro na interposição do recurso constitucional, vez que a decisão denegatória combatida adveio deste Tribunal. Além disso, obstar o prosseguimento do recurso ordinário impede a parte de ver seu reclamo julgado pelo Tribunal competente e afronta os princípios do juiz natural e do acesso à justiça, garantias constitucionais vigentes na ordem jurídica.

Pontuou, ainda, que no caso deve ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, em consonância com o entendimento jurisprudencial do col. STJ.

Por fim, requereu o provimento do agravo para que seja admitido e julgado o recurso ordinário.

É o relatório.

A considerar que o recurso está a impugnar a decisão de fls. 217/218, que obstou o seguimento do recurso ordinário, conheço do recurso como agravo interno, na medida em que é o previsto na legislação processual vigente como o cabível para este propósito, conforme art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, o cabimento do Recurso Ordinário é restrito à hipótese de denegação de segurança em mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (artigo 105, II, b, da Constituição Federal).

Por sua vez, o artigo 1.027 do Código de Processo Civil ao disciplinar o recurso ordinário expressamente dispõe:

Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário:

I – (...)

II – pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do

Acesso ao Sumário

Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

No caso, trata-se de Acórdão deste Tribunal que em exercício de competência recursal e não originária reformou a sentença para denegar a ordem impetrada, motivo pelo qual impera a observância dos supramencionados artigos 102 e 105, inciso III, da Constituição Federal e o artigo 1027, inciso II, alínea "a", do Código de Processo Civil.

Ademais, inviável cogitar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal na hipótese, porquanto se trata de evidente erro grosseiro: *"[...] 1. O princípio da fungibilidade incide quando preenchidos os seguintes requisitos: a) dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; e c) que o recurso interposto erroneamente tenha sido apresentado no prazo daquele que seria o correto. A ausência de quaisquer desses pressupostos impossibilita a incidência do princípio em questão" (AgRg no AgRg no AREsp n. 616.226/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 21/5/2015).* (AgInt nos EDv nos EAREsp nº 732.616/RS, Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. em 26/10/2016, publicado em DJe 3/11/2016).

Neste sentido, é o entendimento cristalizado na Corte Superior:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONFIRMA A SENTENÇA. ERRO GROSSEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. 1. Cuida-se de inconformismo* ***contra Acórdão do Tribunal de origem que confirmou a sentença denegatória do Mandado de Segurança.*** *(...) 2. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em Recurso Ordinário, os Mandados de Segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão for denegatória. 3.* É firme o posicionamento do STJ de que não cabe Recurso em Mandado de Segurança contra acórdão do Tribunal proferido em Apelação em Mandado de Segurança*, configurando erro grosseiro a interposição equivocada, o que inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Segue precedentes: AgRg no AREsp 474.821/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 21.8.2014; AgRg no AREsp 522.589/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.8.2014; AgRg no AREsp 508.493/RR, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24.6.2014. 4. Recurso Ordinário não conhecido.* (RMS 56526/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN – SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 05/06/2018 Data da Publicação/Fonte DJe 23/11/2018)

> *PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDI-*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

NÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. HIPÓTESE DE RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. 1. ***A jurisprudência do STJ é no sentido de que constitui erro grosseiro interpor Recurso Ordinário, em vez de Recurso Especial, contra acórdão de Apelação e Remessa Necessária em Mandado de Segurança.*** *2. Recurso Ordinário não conhecido.* (RMS 55575/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN – SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 05/06/2018 Data da Publicação/Fonte DJe 23/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO QUE DECIDIU APELAÇÃO. INCABIMENTO. AUSÊNCIA DE DECISÃO DE ÚNICA INSTÂNCIA. ERRO GROSSEIRO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO A QUAL RECONHECEU A CONFIGURAÇÃO DE ERRO GROSSEIRO NA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. MANIFESTA INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO. I – (...) II – É incabível o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança contra acórdão que julga apelação, porquanto ausente provimento judicial de única instância, como prevê o art. 105, II, da Constituição da República: "julgar, em Recurso Ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão*". III – (....) Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV – (...) V – Considera-se manifestamente inadmissível e enseja a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão a qual reconheceu como inadequado o recurso interposto, sem possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, por tratar-se de erro grosseiro. VI – Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 5% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.* (AgInt no Ag 1433563/SP, Relª. Ministra REGINA HELENA COSTA – Órgão Julgador T1 – PRIMEIRA TURMA – Data do Julgamento 24/10/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 10/11/2017).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N.3 DO STJ. NÃO ADMISSÃO DE RECURSO ORDINÁRIO. FUNGIBILIDADE ENTRE RECURSO ESPECIAL E

Acesso ao Sumário

RECURSO ORDINÁRIO. ERRO GROSSEIRO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A inadmissão do recurso ordinário no caso dos autos se deve ao fato de que do acórdão a quo teve-se a oportunidade de interpor recurso especial. 2. A jurisprudência do STJ não admite a aplicação do princípio da fungibilidade quando o recorrente utiliza recurso ordinário nas hipóteses de recurso especial, tendo em vista a ocorrência de erro grosseiro. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no Ag 1433666/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/12/2016 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2016).

De toda sorte, a aplicação da fungibilidade somente seria possível se o recurso tivesse trazido todos os requisitos necessários para o conhecimento como recurso especial, o que não se verificou na hipótese.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2003393-64.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são agravantes J.E.V., J.R.V., M.E.V.M., J.F.V., M.R.V., B.R.V., S.R.V. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e N.C.M.V., é agravado J.L.E.

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 54.563)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 13 de julho de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VÍCIOS DE JULGAMENTO E VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Alegação de fundamentação insuficiente. Descabimento. Desnecessidade de exame pormenorizado de cada uma das alegações das partes V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE (tema 339). Alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Necessidade de prévia análise de normas infraconstitucionais. Repercussão geral, afastada no E. STF no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (tema 660). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por (...) contra decisão que, em demanda de investigação de paternidade, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, e abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT. Alega que foi demonstrada interpretação diversa da tese de repercussão geral. Aduz que a rejeição à coisa julgada e o deferimento da prova pericial afrontam entendimento consolidado da E. Suprema Corte.

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 não comporta provimento.

Com efeito, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu ser exigido que o acórdão ou decisão sejam fundamentados – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa:

Acesso ao Sumário

"*Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.*"

Por outro lado, a Repercussão Geral é o instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao E. Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o art. 1.035 do CPC, *verbis*: "*O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)*".

O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assinalou que a controvérsia relativa à afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não apresenta repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais, conforme se infere da sua ementa:

"*Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.*"

No caso em apreço, a ofensa reflexa à Constituição Federal é evidente, uma vez que houve a necessidade de prévia análise da alegação de violação aos arts. 485, V, 502 e 937, do CPC. Por conseguinte, correta a decisão agravada ao reconhecer a ausência de repercussão geral nas teses suscitadas pelos recorrentes.

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a" e "b", do CPC.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 3000204-61.2021.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravantes Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outra e agravados Nivalda Diener Rosa e outro.

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 38.774)**

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, 21 de julho 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.

– Afastamento da coisa julgada. Possibilidade. Ação

Acesso ao Sumário

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. 01/09 e 10/14) 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.

Alegam as agravantes, em síntese, que o título judicial deve prevalecer, com aplicação de correção monetária pela Lei 11.960, pela TR. Afirmaram, ainda, que a preservação da coisa julgada está prevista no próprio item 4, do tema 905/STJ.

Asseveraram, por fim, que a decisão da turma julgadora violou os artigos 502, 503, 505, 508, 535, § 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.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

Inicialmente, observa-se que o presente recurso se insurge somente contra a não preservação da coisa julgada quanto à atualização monetária e será analisado no limite em que apresentado.

Com efeito, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, b, do Código de Processo Civil, proferiram-se as decisões agravadas em conformidade com as teses dos Temas 905/STJ e 810/STF, *verbis*:

> 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 aplica-

Acesso ao Sumário

dos 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."

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.

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 instrumen-

tos 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).

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*:

Ademais, os critérios de atualização de débitos judiciais, em regra, são disciplinados por meio de regras de aplicação imediata, sem que ofenda a coisa julgada. Tanto o C. STJ, como o STF já se pronunciaram pela aplicabilidade imediata das normas que definem índices de atualização de débitos judiciais:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUROS DE MORA. MP N. 2.225-45/2001 E MP N. 2.180-35/2001. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. SUSPENSÃO DO FEITO. MATÉRIA DISTINTA DA DISCUTIDA NOS RECURSOS ESPECIAIS AFETADOS. 1. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema relativo aos juros de mora e, no julgamento do AI n. 842.063/RS, cristalizou sua jurisprudência, segundo a qual tem o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 aplicabilidade imediata, com incidência sobre as ações propostas antes de sua entrada em vigor, por ser norma de natureza eminentemente processual, de modo que aplicável aos processos em andamento. 2. Não havendo similitude entre a matéria discutida nos autos e aquela tratada nos recursos especiais afetados, não há falar em suspensão do feito. 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 1164682/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/02/2016). (fls. 41).

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em

Acesso ao Sumário

perfeita consonância com os paradigmas julgados pelas Cortes Superiores.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo dos recursos, deixa-se de infligir às agravantes 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 Criminal nº 0003304-26.2015.8.26.0246/50002, da Comarca de Ilha Solteira, em que é agravante A.A.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.695)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 25 de julho de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO (Tema 339/STF).

HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (Tema 339/STF).

3. Agravo interno não provido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 508/511) que, com fundamento no Tema 339 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal.

Sustenta a Defesa, em síntese, que o mencionado tema não constitui óbice ao seguimento do apelo extremo, repisando argumentos trazidos nesse reclamo e alegando que a continuidade delitiva foi aplicada sem a devida utilização de elementos concretos. Afirma, ainda, que a decisão profligada não apresentou justificativa para a negativa de seguimento, pretendendo, assim, a remessa de seu recurso para a Corte Suprema (fls. 534/539).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 555/557.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do r. despacho de fls. 559/560, para a remessa, oportunamente, dos autos aos Tribunais Superiores, competentes para a apreciação dos agravos de fls. 514/520 e 522/533.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Houve a interposição de recurso extraordinário pela Defesa apontando, entre outras teses, violação ao artigo 93, IX, Constituição Federal (fls. 467), argumentando que o acórdão teria se utilizado de fundamentação genérica e abstrata, sem motivação concreta quer quanto aos critérios utilizados na dosimetria da pena, quer quanto à fixação do regime carcerário (fls. 460/470).

Sucede que, quando do juízo de prelibação da insurgência, verificou-se que a questão constitucional indicada no recurso extraordinário já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua observância era necessária, em obediência à previsão legal (artigos 1030, I, "a", da Lei Adjetiva Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 508/511).

Revendo a questão, pelo estudo das ponderações de fls. 534/539, constato que os argumentos defensivos não demonstram a existência de distinção ou outra peculiaridade capaz de afastar do caso concreto a aplicação do Tema 339 da Corte Suprema.

Nesse diapasão, o teor do recurso extraordinário e dos v. acórdãos de fls. 435/446 e 477/479 justificam a incidência da sistemática da repercussão geral. Nesse sentido, destaca-se:

[...]

Acesso ao Sumário

No tocante às penas, a sentença comporta reforma.

Elevou-se a básica do estupro, na proporção de 1/8 por cada uma das quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis identificadas. Indicou-se, em síntese, que o acusado cometera o delito à força e com ameaças, intimidando a vítima ainda por meio dos lugares aos quais a levava, bem como exibiu personalidade deturpada na ação diante de filha bebê e na forma agressiva e reificante como tratava a enteada, nesta provocando grave trauma.

Ocorre que, conquanto os invocados contornos da infração de fato indiquem culpabilidade maior e justifiquem censura diferenciada, a rigor todos se confundem, convergindo para o emprego de violência e as consequências disso para a ofendida. Suficiente, portanto, único acréscimo de 1/6.

Desse modo, nesta etapa da dosimetria, a pena de cada estupro é fixada em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Cumpre ainda afastar a nota de reincidência e o correspondente aumento, pois os citados documentos de fls. 166/171 e 72 não indicam data de trânsito em julgado das prévias condenações.

Deve-se ainda excluir, nos estupros, a agravante do art. 61, II, "f", do CP. Mesmo que se aceite inexistência de "bis in idem" no reconhecimento da majorante do art. 226, II, do mesmo diploma, incerto se o acusado se prevaleceu das relações domésticas ou de coabitação para cometer os delitos.

Como já ressaltado, os abusos começaram em motel, quando a menor contava 12 anos, e, de 2012 a 2015, foram praticados em diversos lugares. Não se sabe, a rigor, se os estupros dentro do lar familiar ocorreram antes dos 14 anos da vítima, pois ela mesma não esclareceu tal questão. E a dúvida, como é cediço, só pode favorecer o réu.

Adequada a exasperação de metade com fulcro no art. 226, II, do CP, já que Anderson era padrasto da ofendida.

A pena de cada estupro então passa a ser de 14 anos de reclusão.

Acertado ainda o acréscimo de 2/3 por continuidade delitiva. Conforme declarado pela vítima, o apelante a molestou centenas de vezes, quase todo dia, no decorrer de três anos.

Em resultado, a sanção pelos estupros é fixada em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Quanto ao crime do art. 241-B do ECA, cumpre reduzir as básicas aos pisos legais. A culpabilidade foi a normal para a espécie delitiva, em nada destoando da reprovação já fornecida pelo tipo penal.

Deve-se também afastar a continuidade delitiva, pois se trata de crime permanente, com consumação que se protrai no tempo.

Em consequência, lembrando-se que excluída a recidiva, as respectivas sanções ficam definidas nos patamares mínimos de 01 (um) ano de re-

Acesso ao Sumário

clusão e 10 (dez) dias-multa.

Ante o concurso material de infrações, o total das reprimendas é estabelecido em 24 (vinte e quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa de 10 (dez) diárias.

Superior a corporal a oito anos, inviável regime inicial diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do CP.

[...]

[...]

Não afastados os argumentos da sentença para a censura diferenciada na primeira etapa do cálculo, todos devidamente alicerçados nas peculiaridades do caso concreto. Ao revés, foram considerados válidos. "Indicou-se, em síntese, que o acusado cometera o delito à força e com ameaças, intimidando a vítima ainda por meio dos lugares aos quais a levava, bem como exibiu personalidade deturpada na ação diante de filha bebê e na forma agressiva e reificante como tratava a enteada, nesta provocando grave trauma" (fl. 444). À evidência, não se trata de fundamentos abstratos ou genéricos. O aresto apenas entendeu que todos se confundiam, "convergindo para o emprego de violência e as consequências disso para a ofendida". Assim, restringiu-se o aumento a 1/6 nessa fase.

Quanto à continuidade, manteve-se a fração de 2/3 de acréscimo porque, "conforme declarado pela vítima, o apelante a molestou centenas de vezes, quase todo dia, no decorrer de três anos". Adotou-se para a escolha o consagrado critério de aumento de acordo com o número de crimes praticados, respeitada a proporcionalidade. A conclusão sobre a quantidade de delitos, como se viu, decorreu do quanto apurado na instrução criminal, em especial as palavras da própria ofendida.

Logo, em um caso ou outro, não houve motivação genérica ou abstrata, nem ofensa ao princípio da proporcionalidade

[...]

Como se denota do excerto transcrito, as questões debatidas no apelo extremo foram tratadas nos arestos. Dessa forma, a r. decisão está em conformidade com o manifestado pelo Pretório Excelso no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, que fixou o Tema 339, no sentido de que "o acórdão ou a decisão **deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão"** (grifo nosso).

Portanto, resta demonstrado que o paradigma da Corte Suprema ajusta-se perfeitamente à hipótese dos autos, sendo de rigor a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno, devendo a Secreta-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

ria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 559/560.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 9155052-60.2005.8.26.0000/50003, da Comarca de Ribeirão Pires, sendo agravantes Saúde Abc Planos de Saúde Ltda. e outros e agravado Município de Rio Grande da Serra.

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 38.843)**

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, 2 de agosto de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.

– A matéria referente à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde é matéria idêntica à tratada no leading case RE N. 651.703/PR – Tema 581/STF.

– Determinação expressa do E. STF para aplicação do tema 581/STF ao caso em análise.

Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 567/575) contra decisão que em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "b" do Código de Processo Civil, negou segui-

mento ao recurso extraordinário por reconhecida identidade de matérias com orientação firmada pela Corte Superior em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 651.703/PR.

Alegou o agravante, em síntese, equivocada aplicação do paradigma. Aduziu que o Tema 581 do STF é direcionada às operadoras de planos de saúde e que as atividades da Agravante não se confundem e nem se equiparam à operação de planos de assistência à saúde.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Ressalte-se que a aplicação do Tema 581/STF ao caso em análise se deu por determinação expressa do E. Supremo Tribunal Federal, como se vê do Ofício de fls. 551.

Com efeito, em cumprimento ao art. 1.030, inc. I, alínea b do Código de Processo Civil a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no RE n. 651.703/PR (Tema 581) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixou a seguinte tese: *As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88*.

Não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento referente a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 651.703/PR, correspondente ao Tema nº 581 – ISS – Incidência – Plano – Saúde.

Consigne-se, por oportuna, reprodução de trecho do v. Acórdão da Turma Julgadora convergente às teses aplicadas na sistemática dos repetitivos – *verbis*:

> Impende o exame do mérito da apelação visto o reconhecimento da omissão.
>
> Aduz a apelante que sua atividade deve subsumir-se na figura jurídica do seguro, todavia a questão examinada não está circunscrita à capitulação legal da atividade exercida pela apelante, mas, sobretudo, sobre a incidência do Imposto Sobre Serviços em face de sua atividade. De notar que no contrato de seguro saúde o segurado pode escolher o hospital e médico que cuidarão de sua saúde ao passo que nos planos de saúde há uma rede credenciada ou rede própria. No caso sob exame a própria apelante na inicial diz que os serviços serão prestados pela rede própria ou credenciada (fls. 7). Juntou contratos (fls. 68/119). A par desta questão relevante é verificar se há prestação de serviço apta a permitir a incidência do Imposto Sobre Serviços.
>
> Bem de ver que a prestação de serviços aos associados forra-se ao pagamento do tributo quando a atividade não é onerosa. Entretanto, a

Acesso ao Sumário

prestação de serviços a terceiros deflagra a viabilidade da incidência do Imposto Sobre Serviços, já que na administração dos contratos de adesão aos planos de saúde há onerosidade para os aderentes. Incide, pois, o ISSQN no que pertine aos serviços de administração dos planos de saúde. A jurisprudência é referta nesse sentido.

Confira-se a propósito arestos sobre o tema envolvendo Cooperativa Médica com quadro de associados em situação análoga à da apelante que é sociedade empresária limitada (fls. 20) e prevê a distribuição de pró-labore (fls. 26) e de lucros (fls. 27/28).

"De sorte que, quando a cooperativa pratica atos consistentes no exercício de suas atividades em benefício de seus associados, não há incidência do tributo. A controvérsia cinge-se, portanto, aos atos não cooperados, consistentes na prestação de serviços de administração de planos de saúde, na qual as cooperativas firmam com terceiros ato negocial, através de contrato de adesão de prestação de serviços médico-hospitalares, e destes recebam determinado valor para a realização do serviço, evidenciando com esta hipótese uma obrigação de fazer... Porém, a incidência do ISS não se dá pela totalidade do valor percebido, mas tão somente em relação ao valor atinente à taxa de administração retida pela cooperativa". (Apelação Cível nº 559.571.5/5-00 – Jundiaí – Relator Desembargador Eutálio Porto). Consignou-se no voto o julgado da lavra do Ministro Luiz Fux, do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"O ISS não incide sobre os atos praticados pelas cooperativas médicas consistentes no exercício de atividades em prol dos associados que prestam serviços médicos a terceiros (atos cooperados). 2. Deveras, os atos não cooperados, vale dizer, aqueles decorrentes de relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde a terceiros, sujeitam-se à incidência do ISS, tendo como base de cálculo tão somente a receita advinda da cobrança da taxa de administração. Isto porque a receita tributável não abrange os valores pagos ou reembolsados aos cooperados, haja vista não constituírem parte do patrimônio da Cooperativa. Exegese do artigo 79, da Lei 5.764/71 c/c os artigos 86 e 87, do mesmo diploma legal" (Recurso Especial Nº 875.388-SP (2006/0175502-5), Relator – Ministro LUIZ FUX).

Ante o exposto, provejo os embargos declaratórios para integrá-los com o exame da parte reconhecidamente omissa, negando-se provimento ao recurso de apelação e mantendo-se a lúcida decisão (fls. 328/330), com ressalva apenas no que concerne à condenação às custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor da causa. Houve imoderação no patamar da condenação aos honorários advocatícios que devem ser mitigados para o importe de 10% do valor da causa com atualização monetária a partir do ajuizamento, ante a incidência do princípio da causalidade consagrado na máxima de que quem deu causa ao processo e perdeu a ação deve responder pelos custos

Acesso ao Sumário

para obviar detrimento ao patrimônio da parte vencedora. (fls. 421/423).

Ressalte-se ser impertinente a análise da alegação da agravante que tem atividade diversa da descrita no Tema 581/STF, porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matéria fática, que não se coaduna com o recurso extraordinário conforme preceituado na Súmula 279, da Corte Superior.

Ademais, como já afirmado, a aplicação do tema decorreu de expressa determinação do Supremo Tribunal Federal.

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita harmonia com os paradigmas julgados pelas Cortes Superiores.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1500050-24.2020.8.26.0592/50002, da Comarca de Tupã, em que é agravante JEFERSON HENRIQUE SEVERIANO DA COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1785/1786. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.839)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 12 de agosto de 2022.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMEN-

Acesso ao Sumário

TO A RECURSO ESPECIAL.

RECURSO COM MATÉRIA RELATIVA À REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Entendimento de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito (Tema 280/STF).

2. Fixada a interpretação de que é possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal (Tema 647/STF).

3. Agravo interno não provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 1616/1618) que, com fundamento nos Temas 280 e 647, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso especial com base nos artigos 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal, e, no mais, não o admitiu.

Alega a Defesa, em síntese, que a r. decisão ofendeu o princípio da colegialidade, uma vez que, mesmo com caráter monocrático, adentrou no mérito, extrapolando, assim, as atribuições do relator. Sustenta, ademais, ser o caso de reforma do r. *decisum* para afastar a aplicação dos mencionados precedentes do Pretório Excelso, asseverando terem sido incorretamente utilizados no caso concreto. Pretende, assim, a remessa do apelo extremo ao Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 1740/1765).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 1778/1783.

Registra-se, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1785/1786, para a remessa, oportunamente, dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para a apreciação dos agravos de fls. 1621/1694

Acesso ao Sumário

e 1697/1725.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

O recurso, entretanto, não merece provimento.

Houve a interposição de recurso especial pela Defesa sustentando, entre outras teses, a ocorrência de violação de domicílio, argumentando que a garantia constitucional se estende aos locais de trabalho e que não havia elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a situação flagrancial a justificar o ingresso no local, observando, ainda, que nada de ilícito teria sido apreendido em sua residência. Pugnou, ademais, pela restituição dos bens, aduzindo não ter havido comprovação de que provenientes do tráfico, bem como que o perdimento teria afetado terceiros não envolvidos na prática delitiva (fls. 1489/1577).

Sucede que, quando da análise do juízo de prelibação do reclamo, observou-se que as questões trazidas à discussão já foram submetidas ao rito da sistemática de repercussão geral, sendo sua aplicação necessária conforme previsão legal (artigos 1030, I, "b" do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 1616/1618).

Revendo a questão, constato que a argumentação defensiva trazida à baila no agravo de fls. 1740/1765 não é capaz de demonstrar a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade que permita afastar a referida aplicação dos Temas 280 e 647 da Corte Suprema ao caso concreto.

Nessa linha, o teor do recurso especial e do v. acórdão de fls. 1424/1450, justificam a aplicação da sistemática da repercussão geral. A propósito:

[...]

Também não ocorreu qualquer ilegalidade na diligência policial, em razão de suposta violação de domicílio.

Segundo a Constituição Federal (artigo 5º, XI), não haverá violação de domicílio quando ocorrer flagrante delito ou desastre, dispensando-se, dessa forma, a obrigatoriedade de consentimento do morador ou, ainda, ordem judicial.

Assim, a entrada em domicílio alheio, para a viabilização de prisão em flagrante, não viola o aludido princípio constitucional.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. ARTIGO 499. ARROLADAS TESTEMUNHAS. NÃO ENCONTRADAS E NÃO SUBSTITUÍDAS NO MOMENTO DA INSTRUÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DECLARAÇÕES POR ESCRITO JUNTADAS E VALORADAS NA SENTENÇA. 2. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA E APREENSÃO DE

DROGA NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE SEM MANDADO JUDICIAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. POSSIBILIDADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 3. INOCÊNCIA. ALEGAÇÃO. ANÁLISE INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. 4 ORDEM DENEGADA. 1. Não há que se falar em nulidade se não restou evidenciado qualquer prejuízo à defesa do paciente pelo indeferimento da oitiva das testemunhas em sede de diligências complementares, que, sendo conhecidas antes, não foram arroladas em tempo oportuno, e que em nada poderiam colaborar para alterar o convencimento judicial. Declarações trazidas por escrito e que chegaram a ser avaliadas pelo magistrado. 2. O estado de flagrância constitui exceção expressa na Constituição da República à inviolabilidade do domicílio, autorizando a entrada em domicílio alheio para viabilizar a prisão em flagrante (artigo 5º, inciso XI da CF). 3. Análise da inocência do paciente incompatível com a via eleita do habeas corpus, por demandar análise pormenorizada do conjunto probatório. 4. Ordem denegada" (STJ, 6ª Turma, MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, HC nº 55.392/SP, Rel. j. 15/05/2008, DJe 02/06/2008 grifei). Configurou-se, portanto, flagrante de crime permanente, situação que, repita-se, torna prescindível o mandado judicial.

Merece especial destaque decisão do Pretório Excelso (Recurso Extraordinário nº 603.616/Rondônia 05/11/2015) que, em aresto relatado pelo eminente MIN. GILMAR MENDES e por expressiva maioria, assim reconheceu, aliás, com repercussão geral:

"A entrada forçada em domicílio só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro de 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" (grifei).

Não se desconhece, é bem verdade, que os Tribunais Superiores, mais recentemente, têm mitigado esse posicionamento, exigindo indícios veementes de cometimento do crime para que o ingresso no domicílio se torne legítimo.

Ocorre que, no presente caso, além da certeza do cometimento do crime, decorrente de prudente, ampla e prévia investigação policial, inclusive com interceptações telefônicas, a residência do acusado Jeferson era mencionada como ponto de distribuição das drogas, o que derruba a argumentação de ilegalidade da diligência policial.

No entanto, impende destacar que a apreensão das drogas em poder do acusado Rodrigo ocorreu na via pública, ou seja, no exato momento em que ele regressava de Paraguaçu Paulista e tinha como destino a residência do corréu Jeferson.

Como se vê, nada de ilegal ou irregular foi cometido.

Assim, rejeito as preliminares arguidas e passo à análise do mérito.

Ao que consta da denúncia, no dia 07 de março de 2020, por volta de

Acesso ao Sumário

11 horas, próximo ao trevo secundário da cidade de Herculândia, comarca de Tupã, Rodrigo Martins Cardoso e Jeferson Henrique Severino da Costa, agindo em concurso e identidade de propósitos, transportavam e traziam consigo, para fins de tráfico, 04 (quatro) pedras de crack, com peso líquido de 392,09g (trezentos e noventa e dois gramas e nove centigramas), o que faziam sem autorização legal ou regulamentar.

Consta, ainda, que em data incerta, mas antes de 07 de março de 2020, associaram-se os acusados para o fim de praticar o tráfico ilícito de entorpecentes.

Apurou-se que, por meio de monitoração telefônica, autorizada judicialmente e decorrente da operação denominada DISE 43/2020, ficou devidamente demonstrado que o acusado Jeferson era o responsável pela compra das drogas na cidade de Paraguaçu Paulista, enquanto o corréu Rodrigo era o encarregado pelo transporte das substâncias entorpecentes daquela cidade até a comarca de Tupã, local em que seriam distribuídas e vendidas a terceiros.

Assim, no dia 06 de março de 2020, Jeferson entrou em contato com Rodrigo e com ele combinou o transporte da droga que havia adquirido na cidade de Paraguaçu Paulista, que seria realizado no dia seguinte, ou seja, 07 de março de 2020.

Isso ficou demonstrado pelos diálogos interceptados, comprovando que, por volta de 13h49mi do dia 06 de março de 2020, Rodrigo recebeu uma ligação de Jeferson e foi até a residência dele acertar o transporte dos entorpecentes e, depois, por volta de 21h14min, novamente Jeferson telefonou para Rodrigo e confirmou o transporte para o dia seguinte.

Assim, na manhã do dia dos fatos, por volta de 09h41min, conforme se observa do diálogo anexado aos autos, policiais conseguiram interceptar uma ligação telefônica de Jeferson para Rodrigo, na qual perguntava a localização deste último, que dizia estar chegando.

Então, através de análise das ERBs, os policiais descobriram que Jeferson estava na cidade de Paraguaçu Paulista à espera de Rodrigo, que estava a caminho daquela cidade, aproximadamente entre as cidades de Quatá e Paraguaçu Paulista.

Com isso, ficou apurado que Jeferson estava na cidade de Paraguaçu Paulista com as drogas à espera de Rodrigo, que estava rumando até o local para transportar a droga à residência de seu comparsa Jeferson.

Diante de tais informações, os policiais civis realizaram campana nas rodovias que davam acesso à cidade de Tupã e, quando o acusado Rodrigo se aproximou do trevo secundário de Herculândia, acabou abordado e surpreendido na posse de 04 (quatro) pedras de crack, para entrega a terceiros.

Indagado a respeito, Rodrigo admitiu que foi até a cidade de Paraguaçu Paulista pegar a droga com o acusado Jeferson e transportá-la até Tupã. Confirmou, também, que em data pretérita, utilizando o mesmo modus

Acesso ao Sumário

operandi, realizou outro transporte de drogas para o acusado Jeferson, confirmando, assim, que eles estavam associados para a realização do tráfico de drogas.

Por fim, os policiais civis foram até a residência do acusado Jeferson e o prenderam em flagrante.

[...]

[...]

Descabido, do mesmo modo, o pedido de restituição do dinheiro, do veículo e dos bens móveis e imóveis, porquanto não comprovada, mesmo que indiciariamente, a alegada origem lícita.

De mais a mais, sequer há necessidade de expressa declaração de perda dos produtos dos crimes, uma vez que dito perdimento constitui, nos termos do artigo 91, II, "a", do Código Penal, mero corolário da própria condenação.

[...]

Consoante se depreende do primeiro excerto transcrito, houve a pontuação específica dos elementos concretos ponderados como justificativa para o ingresso no local sem mandado judicial, inclusive com menção à "ampla e prévia investigação". Dessa forma, o r. aresto está em conformidade com o posicionamento do Pretório Excelso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO (Tema 280) que, por maioria, reconheceu a repercussão geral e fixou a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo que 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.

Por outro lado, o segundo trecho destacado do aresto, dando conta do perdimento de bens apreendidos em decorrência da mercancia espúria, mostra a correção na aplicação do Tema 647 do STF, fixado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 638.491/RO, no sentido de que é possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Verifico, assim, que os paradigmas da Corte Suprema se ajustam perfeitamente à hipótese dos autos, sendo de rigor a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ressalto, de outro lado, que, diversamente do alegado pela douta Defesa em seu reclamo, a decisão combatida não fere o princípio da colegialidade. O juízo de prelibação do apelo extremo foi exercido nos limites da competência do

Presidente previstos na lei adjetiva civil (artigo 1.030), que engloba, também, a incidência imediata dos precedentes vinculantes (artigo 1.030, inciso I, do CPC) ensejando, como no caso, a negativa de seguimento ao recurso especial (artigo 1,030, I, "b", da Lei Processual Civil), rememorando-se que tal disciplina contida na legislação processual civil se aplica ao processo penal, nos termos do artigo 638 do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, destaco, também, elucidativo trecho da r. decisão do E. Min. Luiz Fux[1]:

> *(...) Deveras, o instituto da repercussão geral, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigo 102, § 3º, da Constituição da República), resultou em verdadeira cisão na competência funcional quanto ao julgamento do recurso extraordinário, nos seguintes moldes: 1) a matéria de direito constitucional dotada de repercussão geral é julgada pelo Supremo Tribunal Federal; 2) o restante da matéria de fato ou de direito é apreciada pelo Tribunal de origem. Nesse sistema de repartição de competências, é evidente que, uma vez decidida a matéria em sede de repercussão geral, cabe exclusivamente ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Ao realizar essa atividade, o Tribunal de origem deverá efetuar o cotejo entre os fatos provados nos autos e a norma jurídica haurida da decisão oriunda da Corte Suprema, quando isso for cabível, ou apontar a distinção, quando não se constatar essa correlação (distinguishing). Assim, cabendo essa incumbência à Corte precedente, não pode o STF avocar competência que não consta expressamente do catálogo numerus clausus constante da Constituição Federal. Isso porque a própria legislação processual vigente prevê, em seu artigo 1.030, como competência do tribunal que recebe a petição de recurso extraordinário, a negativa de seguimento do recurso em face de decisão que guarda conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de Repercussão Geral. Nesse sentido: "Art. 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;" (...)".*

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1785/1786.

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0009492-28.2006.8.26.0318/50000, da Comarca de Leme, sendo agravante Prefeitura Municipal de Leme e agravado J.A.C. (falecido).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.870)**

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, 19 de agosto de 2022.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.

– A questão referente à possibilidade de a Fazenda Pública poder 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, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.045.472/BA – TEMA 166/STJ.

Manutenção do decidido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.030, § 2º do Código de Processo Civil (fls. 79/100) contra decisão que em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso especial pela identidade da matéria decidida no acórdão, à luz da orientação firmada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.045.472/BA.

Alega o agravante, em síntese, equivocada a aplicação da Súmula 392/STJ, que não houve erro da Administração ao lançar o tributo com base nos da-

dos que constavam no registro do imóvel, mas omissão do contribuinte ao não comunicar o falecimento do proprietário no momento oportuno. Portanto, não teria havido erro imputável à Administração Municipal quando do lançamento elaborado com base nas informações que constavam no registro do imóvel.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no REsp nº 1.045.472/BA (Tema 166/STJ), DJ de 18.12.2009, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a seguinte tese: *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.*

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao REsp. n. 1.045.472/BA, sob a técnica de casos seriais, haja vista a questão abordada referente à possibilidade de a Fazenda Pública poder 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, bem como inviável a substituição da CDA para correção de vícios do lançamento e/ou inscrição da dívida:

> Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição e, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos será inviável, simplesmente, substituir-se a CDA.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão atacado convergente ao paradigma aplicado, *verbis*:

> Como se vê dos autos a apelante ingressou com este executivo fiscal em face de JOSÉ ANTÔNIO CAVACHIOLLI, em 26/10/2006 para receber IPTU, referente aos exercícios de 2002 a 2005 (fls. 3 e 4).
>
> Veja-se que à fls. 34, juntou-se certidão de óbito, dando conta do falecimento do executado na data de 25/02/1990.
>
> Como reiteradamente decidido por esta E. Décima Quinta Câmara de Direito Público, a substituição da CDA, nos termos do § 8º, do artigo 2º, da

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

lei nº 6.830/80, somente é possível para a correção de erro material, não para a alteração do contribuinte, por ser a legitimidade de parte, uma das condições da ação.

Aliás, 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. (fls. 56).

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1040576-51.2019.8.26.0196/50001, da Comarca de Franca, em que é agravante SILVANA DE FREITAS BRITO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado(a) PORTOCRED S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

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 70.977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 22 de agosto de 2022.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. A propositura de ação cautelar de exibição de documentos ban-

cários é cabível como medida preparatória, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável e o pagamento do custo do serviço (tema 648). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Silvana de Freitas Brito contra decisão que, em demanda de exibição de documento, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.349.453/MS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Afirma que o Resp Repetitivo nº 1.349.453/MS não fez especificação quanto ao modo correto para envio do pedido administrativo, sendo que a interpretação do V. Acórdão guerreado é prejudicial à parte hipossuficiente da relação.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.349.453/MS, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à

Acesso ao Sumário

instituição financeira não atendido em prazo razoável e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. Confira-se a fls. 95/96.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 69/75) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela falta de interesse de agir da agravante, devido a não comprovação do envio regular do prévio pedido à instituição financeira.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"A apelante limitou-se a juntar a cópia da notificação (fls. 09/10). Em tempos em que as empresas disponibilizam diversos canais de atendimento (sites, canais de serviços ao consumidor, telefones, chats) para contato direto com o consumidor, a única prova juntada torna-se frágil e insuficiente.* ***E ainda, deixou de recolher os custos do serviço. Nota-se que não constou na notificação telefone para cientificar a autora sobre o valor da postagem ou mesmo e-mail para envio dos documentos solicitados.*** *Além disso, o endereço para onde deveriam ser enviados os documentos mencionado no AR (escritório do advogado – fl. 09) é distinto do endereço da autora (fl. 01), o que exigia apresentação de procuração com poderes específicos, considerando tratar-se de documentos protegidos por sigilo fiscal, o que justifica a recusa (implícita) em fornecê-los. Esses mesmos motivos servem para justificar a ausência de interesse processual, na modalidade necessidade e adequação. É preciso ter um mínimo de razoabilidade no pedido de obrigação de fazer. É sabido ainda que, atualmente, as instituições financeiras contam com acesso via Internet aos extratos e cópias dos contratos"* (fls. 72).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001076-35.2019.8.26.0080, da Comarca de Cabreúva, em que é apelante OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE CABREÚVA, é apelado MANOEL ARNALDO DE AZAMBUJA E SILVA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 38.718)**

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, 4 de julho de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada improcedente – Recurso de apelação interposto pelo Oficial Registrador de Imóveis – Ilegitimidade recursal – Incidência do disposto no art. 202 da Lei 6.015/1973 – Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 413/435) interposta pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Cabreúva contra a r. sentença que julgou improcedente a dúvida, determinando o registro dos títulos apresentados (fls. 403/405).

Sustenta, o recorrente, em síntese, que o apelado apresentou requerimento de registro de alteração contratual com conferência de bens imóveis, em que o valor atribuído ao bem é muito inferior ao de mercado, revelando a nulidade do

ato porque elaborado com valor simulado, repercutindo diretamente nos emolumentos. Alega, ainda, que lhe compete fiscalizar os documentos apresentados, recusando registro em caso de valor flagrantemente equivocado.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 478/479).

É o relatório.

A apelação interposta pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Cabreúva não deve ser conhecida, ante a ilegitimidade do delegatário para recorrer da sentença proferida no procedimento de dúvida.

A legitimidade para recorrer é restrita ao interessado, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado, nos termos do que estabelece o art. 202 da Lei 6.015/1973:

"Da sentença, poderão interpor apelação, com os efeitos devolutivo e suspensivo, o interessado, o Ministério Público e o terceiro prejudicado."

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do julgamento da apelação nº 1000073-45.2019.8.26.0080, que versava sobre situação semelhante à dos autos[1]:

(...) Daí se infere a ilegitimidade recursal do oficial registrador. Em atividade tipicamente administrativa, o Juiz Corregedor Permanente requalifica o título apresentado a registro, não sendo dado ao delegatário impugnar a decisão daquele cuja função é justamente avaliar o acerto da nota devolutiva apresentada.

Consoante nos ensina o Desembargador Ricardo Henry Marques Dip:

"O registrador não é parte nem tem interesse no processo de dúvida, de sorte que não pode, sequer com o título de terceiro, apelar da sentença de improcedência" (Lei de Registros Públicos Comentada – Lei 6.015/1973, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1078).

O mesmo julgado destaca outras decisões do Conselho Superior da Magistratura Paulista:

(...) em se tratando de dúvida, a legitimidade para a interposição de apelação restou delimitada pelo artigo 202 da Lei Federal 6.015/73, que a limitou ao próprio interessado, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado, não se incluindo o registrador neste rol. A ausência de legitimidade se justifica diante da natureza da atuação dos órgãos censórios, em grau de superioridade hierárquica, descabendo, por isso, qualquer indagação ou manifestação de inconformismo[2]*.*

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recurso de apelação requerido pelo ex-in-

Acesso ao Sumário

1 Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator Desembargador Ricardo Mair Anafe; data do julgamento: 26.04.2021.

2 Apelação Cível nº 098928-0/7; Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Luiz Tâmbara; data do julgamento: 07.05.2003.

terventor do 2º Tabelião de Notas de Osasco – Ilegitimidade recursal – Precedentes – Recurso não conhecido". De início, destaque-se que o recorrente, na qualidade de interventor, não tem legitimidade e interesse – tal como os Tabeliães e interinos –, para suscitar dúvida nem para recorrer da decisão nela proferida[3].

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço** do apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015117-03.2021.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante R.M.A. EMPRESA SIMPLES DE CRÉDITO EIRELLI, é apelado SEGUNDO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.702)**

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, 4 de julho de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTO DE IMÓVEIS – Contrato particular de compra e venda – Valor atribuído ao bem negociado que dispensa escritura pública (artigo 108 do Código Civil) – Ingresso no fólio real obstado por violação ao princípio da continuidade – Vendedor que figura como compromissário comprador no ofício imobiliário, não como titular do domínio – O título de transmissão do imóvel só pode ter ingresso e dar

3 Apelação Cível nº 0052045-13.2012.8.26.0405; Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador José Renato Nalini; data do julgamento: 06.11.2013.

causa a um registro 'stricto sensu' se nele constarem, como afetados, os titulares dominiais – Dever do Oficial de fiscalizar o recolhimento dos impostos devidos por força dos atos que lhe forem apresentados em razão do ofício – Dúvida procedente – Apelação a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por *R.M.A. Empresa Simples de Crédito – EIRELI* contra a r. sentença, proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 2º Oficial de Registros de Imóveis da Comarca de São José do Rio Preto, mantendo a recusa ao registro do instrumento particular de compra e venda referente ao imóvel matriculado sob nº 91.223, da referida serventia extrajudicial (fls. 67/69).

Aduz a apelante, em síntese, que a exigência posta quanto à outorga da escritura pública relativa ao negócio antecedente – compromisso de compra e venda – e seu consequente registro como condição para o posterior registro do contrato de compra e venda apresentado não se justifica e sequer encontra amparo legal, de modo que deve ser autorizado o ingresso do título na tábua registral para salvaguardar os interesses dos envolvidos e até mesmo de terceiros. No mais, insurge-se contra o r. decisório sob o argumento de que desbordou do que foi exigido e motivou a suscitação da dúvida registral (fls. 78/91).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 112/115).

É o relatório.

Pretende a recorrente o registro do *contrato particular de compra e venda* referente ao imóvel matriculado sob nº 91.223 do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São José do Rio Preto.

O Oficial encontrou óbice ao registro, nos seguintes termos (fls. 21):

"Foi apresentado o recibo de pagamento referente ao compromisso de venda e compra registrado sob nº 3/91.223, todavia necessário a apresentação de escritura pública definitiva em nome do Edson Bertellini de Lima, isso porque referido documento não possui o efeito translativo da propriedade, situação a qual ocorre apenas quando o objeto do contrato é oriundo de loteamento registrado pelo loteador, conforme dispõe o artigo 26, § 6º, da Lei 6766/79.

Essa nota devolutiva está amparada pelo o processo 2014/35956, da Corregedoria Geral da Justiça, bem como pela Apelação Cível nº 0012160-45.2010.8.26.0604.

Obs. Após o registro da escritura acima, o compromisso apresentado entre Edson e a firma RMA, poderá ser registrado, mas também após a

Acesso ao Sumário

quitação deverá também ser providenciado a escritura definitiva conforme já acima mencionado".

De acordo com o contrato celebrado, denominado instrumento particular de contrato de venda e compra de imóvel quitado, firmado em caráter irrevogável e irretratável, *Edson Bertellini de Lima* vendeu a *RMA Empresa Simples de Crédito Eireli* o box nº 97, localizado no 9º pavimento do Edifício Garagem Automática Hércules, situado na Rua Voluntários de São Paulo, nº 3.173, pelo valor de R$ 3.500,00, cujo preço foi pago à vista (fls. 22/24).

Bem caracterizados os elementos necessários à configuração do contrato de compra e venda: coisa, preço e consentimento (artigo 482 do Código Civil).

E devido ao valor atribuído ao bem negociado, inferior a 30 salários mínimos, desnecessária a escritura pública (artigo 108 do Código Civil).

Definido, então, que se trata de compra e venda, não promessa de compra e venda ou cessão de promessa de compra e venda, para o ingresso do título no fólio real, em obediência ao princípio da continuidade, aquele que figurou como vendedor deve ostentar a condição de proprietário.

Por força do princípio da continuidade, qualquer título de transmissão do imóvel só pode ter ingresso e dar causa a um registro *stricto sensu* se nele constarem, como afetados, referidos titulares de domínio.

Entrementes, não é isso que sucede com o contrato de compra e venda em testilha, pois quem figurou como vendedor foi o compromissário comprador.

Analisada a certidão da matrícula imobiliária (fls. 31/32), o vendedor *Edson Bertellini de Lima* é mero compromissário comprador (R.03), não titular dominial. *José Ricardo Fernandes Salomão* e sua mulher *Emilia Sorai Feres Pereira Salomão* ainda ostentam a condição de proprietários (R.02).

O contrato de compromisso de compra e venda, desde que irretratável e levado a registro, atribui tão somente o direito real de aquisição, nos termos dos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil.

Daí a razão da exigência formulada para que, precedentemente ao registro do contrato particular de compra e venda, fosse efetuado o registro do título aquisitivo de *Edson Bertellini de Lima*.

Frise-se que, pelo 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 registro"* (Carlos Ferreira de Almeida, *apud* Ricardo Dip, *Registro sobre Registros*, nº 208).

É o que diz a Lei nº 6.015/73:

"Art. 195 – Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade

do registro.

Art. 237 – Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará o 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 das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente".

Cabe notar, ainda, que, para o ingresso do título no registro imobiliário, observado que o Registrador tem o dever de fiscalizar o recolhimento dos impostos devidos por força dos atos que lhe forem apresentados em razão do ofício, sob pena de responsabilidade pessoal (artigo 289 da Lei nº 6.015/73), é imprescindível a comprovação do pagamento do imposto devido – ITBI – ou de sua não-incidência ou isenção, quer se trate da transmissão do domínio, quer se trate de cessão de direito do promitente comprador, na forma do direito local (Lei Complementar nº 323, de 27 de outubro de 2010, do Município de São José do Rio Preto).

Nesse cenário, justifica-se a confirmação do juízo negativo de qualificação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000476-36.2021.8.26.0341, 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: "Deram parcial provimento ao recurso, a fim de afastar a condenação da apelante ao pagamento de custas, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.752)**

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, 16 de agosto de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DESAPROPRIAÇÃO – RODOVIA EM IMÓVEL RURAL – AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE – ÁREA DESAPROPRIADA GEORREFERENCIADA – NECESSIDADE DE CERTIFICAÇÃO PELO INCRA, DA INSCRIÇÃO JUNTO AO CAR E DE APRESENTAÇÃO DE CCIR – ÓBICE REGISTRAL MANTIDO – PAGAMENTO DE CUSTAS, ENTRETANTO, QUE É INDEVIDO – PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Concessionária Auto Raposo Tavares S.A.*** (CART) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Maracaí, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa de registro da carta de adjudicação expedida nos autos de ação de desapropriação, em razão da necessidade de georreferenciamento da área desapropriada, devidamente certificada pelo INCRA, assim como da especialização da reserva legal junto ao CAR e da apresentação do Certificado de Cadastro de Imóveis Rurais – CCIR (fls. 135/146).

Aduz a apelante, em síntese, que não se trata de ato voluntário de transferência de propriedade; que a planta e o memorial descritivo constantes do título permitem sua perfeita identificação; que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade e não se trata de desmembramento ou parcelamento de imóvel rural, não estando sujeita às imposições legais do georreferenciamento; que o Decreto nº 62.504/1968 dispõe que desmembramento de imóveis por desapropriação por utilidade pública independe de autorização do INCRA, de maneira que seria dispensável o georreferenciamento da área para certificação no referido órgão; que a Lei nº 10.267/2001 não se aplica aos casos de desapropriação por utilidade pública; que o imóvel desapropriado é parte da Rodovia e não

Acesso ao Sumário

se trata de imóvel rural e sim, de equipamento público de infraestrutura; que os prazos previstos no inciso VII do art. 10 do Decreto-Lei nº 4.449/2002 ainda não se escoaram; que a área desapropriada tem características de imóvel urbano, o que afasta a necessidade de inscrição junto ao CAR/SISCAR e da apresentação do CCIR. Pede ainda que se exclua a sua condenação ao pagamento de custas, por falta de previsão legal.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 167/171).

É o relatório.

A apelante, concessionária de serviço público, por sentença proferida em ação judicial, obteve a desapropriação, por utilidade pública, de parte de imóvel objeto da matrícula nº (...) do Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Maracaí, mas o título recebeu qualificação negativa (fls. 64/74).

Desde logo, importa lembrar que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registral, ainda que limitada aos seus requisitos formais 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 tal premissa, é indiscutível que a aquisição da propriedade imobiliária por meio da desapropriação judicial encerra forma originária.

No entanto, a despeito do referido caráter originário, a partir da redação dos artigos 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, notadamente pela repercussão no imóvel objeto da desapropriação parcial no aspecto da especialidade objetiva.

No caso concreto, foi realizado o georreferenciamento da área desapropriada, consoante se observa da planta e memorial descritivo (fls. 25/26), em que consta a sua exata localização conforme as coordenadas de seus vértices, como previsto na Lei de Registros Públicos. Destarte, nesse particular, o óbice ao pretendido registro não merece subsistir.

De outra sorte, a necessidade de sua certificação pelo INCRA consta do art. 9º, do Decreto nº 4.449/2002.

Não se olvida dos prazos de carência estabelecidos no mencionado art. 10 de referido Decreto que, na hipótese, ocorreria em vinte e dois anos.

Contudo, georreferenciada a descrição perimétrica da área desapropriada, como ocorre *in casu*, ainda que não expirado o prazo de carência, afigura-se imprescindível a apresentação, no Registro de Imóveis competente, da certificação expedida pelo *INCRA*, confirmando a inexistência de 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 D. Corregedor Geral da Justiça, à época, Desembargador José Mário Antonio Cardinale:

> *"Foi questionado, outrossim, se 'aqueles que optarem pelo georreferenciamento* já, deverão atender de imediato a certificação de que trata o § 1º do artigo 9º do Decreto 4.449/02, ou poderão fazê-lo dentro do prazo que for entendido como aplicável'. Obviamente, a providência deverá ser imediata. A obtenção do certificado de não sobreposição emitido pelo INCRA é parte integrante e relevante do sistema de individualização imobiliária disciplinado no dito decreto. Logo, não é de se admitir o ingresso, no fólio real, de identificação truncada; incompleta. Nem parceladamente, a prestações. Configura a certificação verdadeiro requisito a ser observado. Aliás, sua exigência é um dos aspectos essenciais do mapeamento cadastral que se almeja erigir. Destarte, a bem da própria higidez do Registro Imobiliário, deverá ser desqualificado o ingresso da nova descrição quando o memorial não vier devidamente certificado. Do contrário, ferir-se-ia a lógica da estrutura concebida e se correria o risco, até, de permitir a vulneração da tábua por modificação aventureira das características da área rural, uma vez que sem a chancela de segurança do órgão oficial responsável. Além disso, a certificação diferida para o futuro poderia nunca chegar, criando-se perplexidade acerca do destino a ser dado àquela descrição precipitadamente abrigada".

Não vinga, 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*.

Nos autos, cumpre anotar, não há demonstração de manifestação do INCRA e tampouco comprovação de aprovação por parte do Município da mudança de destinação do imóvel desapropriado, razão pela qual não há como ser afastada a exigência.

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.

Sobre o tema, já se manifestou 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"* (Apelação nº 790-6/6, Rel. Des. Ruy Camilo, j. em 27/5/2008).

E mais recentemente, em hipótese bastante semelhante, ficou decidido:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação de imóvel rural – Aquisição originária da propriedade – Rodovia em área rural – Áreas desapropriadas georreferenciadas – Necessidade de certificação pelo INCRA e de registro no Cadastro Ambiental Rural – CAR – Nega-se provimento à apelação"* (Apelação Cível 1000288-86.2021.8.26.0553, Rel. Des. Ricardo Anafe, 02/12/2021).

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, o que confirma a necessidade do cumprimento das exigências. A propósito, também há decisões recentes 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."* (Apelação Cível 1001639-44.2018.8.26.0539, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. 25/06/2019).
>
> *"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 legali-*

Acesso ao Sumário

dade e da especialidade objetiva – Dúvida procedente – Apelação a que se nega provimento." (Apelação Cível 1000463-37.2021.8.26.0341, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 14/12/2021).

Se o óbice registral subsiste, como exposto, deve-se entretanto reformar a r. sentença no ponto em que carreou o pagamento das custas à interessada (artigo 207 da Lei nº 6.015/73). No processo da dúvida é cabível, em tese, a condenação em custas, quando mantido o indeferimento da inscrição; porém, nas leis paulistas que disciplinam a matéria (Lei nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003, e Lei nº 11.331, de 26 de dezembro de 2002) ainda não há concreta e específica previsão para tanto, de maneira que não incide, por ora, o artigo 207, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** à apelação, a fim de afastar a condenação da apelante ao pagamento de custas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003282-09.2020.8.26.0655, da Comarca de Várzea Paulista, em que são apelantes NEILA CRISTINA FERREIRA ALVES BARBOSA e BRUNO EVANGELISTA DE JESUS ALVES BARBOSA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE VÁRZEA PAULISTA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação e julgaram improcedente a dúvida, v u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.757)**

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, 16 de agosto de 2022.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA* –

CORREGEDORIA PERMANENTE QUE TEM COMPETÊNCIA PARA ANALISAR AMPLAMENTE O TÍTULO APRESENTADO A REGISTRO – ESPECIALIDADE OBJETIVA CUMPRIDA NO INSTRUMENTO CONTRATUAL, QUE IDENTIFICA O IMÓVEL VENDIDO TAL COMO ELE ESTÁ DESCRITO NA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA – NÃO É SUFICIENTE, PARA IMPEDIR O REGISTRO *STRICTO SENSU*, A DIVERGÊNCIA ENTRE AS DESCRIÇÕES DO IMÓVEL TRAZIDAS PELO CADASTRO IMOBILIÁRIO MUNICIPAL E PELA MATRÍCULA – IMÓVEL URBANO QUE PODERIA ESTAR DESCRITO APENAS COM REFERÊNCIA À MATRÍCULA (ARTIGO 2º, *CAPUT*, DA LEI Nº 7.433/1985 C.C. ART. 225, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 6.015/1973 – DÚVIDA IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Neila Cristina Ferreira Alves Barbosa** e **Bruno Evangelista de Jesus Alves Barbosa** (fls. 470/486) visando à reforma da r. sentença (fls. 463/467) que julgou procedente a dúvida suscitada, mantendo a recusa do Oficial do Registro de Imóveis e Anexos de Várzea Paulista de ingresso no registro de instrumento particular de compra e venda do imóvel de matrícula nº 10.914.

A Nota de Devolução nº 19.159, protocolada sob nº 33.159 (fls. 14), indicou como motivo de recusa do ingresso do título:

> *"Consta da anexada certidão de cadastro imobiliário com valor venal (protocolo nº 3965/2020), datada de 17 de julho de 2.020, expedida pelo órgão competente do Município de Várzea Paulista, Estado de São Paulo, que o imóvel transacionado apartamento **910**, do Bloco **01**, do empreendimento imobiliário denominado **Residencial Paraíso**, localizado no **BAIRRO PROMECA**, objeto da matrícula 10.914, deste Oficial de Registro de Imóveis, possui a 'Área Predial' de **58,71155 m²**, **divergindo** da citada matrícula 10.914, onde consta **71,7274 m²**; cuja área 58,71155 m², **sequer, consta da referida matrícula 10.914**, o que deverá ser regularizado."*

Alegam os apelantes, inicialmente, que a r. sentença é *ultra petita* porque exarou exigência quanto à correção do nome do bairro em que localizado o imóvel, que não havia sido deduzida pelo Oficial. No mérito, sustentam, em síntese, que o imóvel está suficientemente descrito no título que se pretende registrar

e que as informações periféricas constantes do carnê de IPTU e da certidão de cadastro imobiliário não podem fundamentar a recusa, até porque a designação cadastral não é um elemento obrigatório. Acrescentam que a divergência de área relativamente ao imóvel decorre dos critérios diversos adotados pelo Município para o cálculo do IPTU, conforme a legislação municipal aplicável, e aqueles estabelecidos pela NBR 12.721, que trata de custos de construção para incorporação imobiliária. No tocante ao fato de a certidão de valor venal constar bairro diverso, não há ofensa ao princípio da especialidade objetiva.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 523/526).

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a alegação de julgamento *ultra petita*, uma vez que a Corregedoria Permanente tem a competência de analisar amplamente o título apresentado a registro e apontar outros elementos não trazidos pelo Oficial para a recusa do ato administrativo de inscrição postulado.

Nesse sentido, se a sentença, ao fundamentar a procedência da dúvida, eventualmente considerou que a especialidade objetiva não havia sido atendida também pela divergência quanto ao bairro em que situado o imóvel, nulidade alguma existiria.

Superada a questão, no mérito, a r. sentença não prevalece.

Neila Cristina Ferreira Alves Barbosa apresentou a registro *contrato particular de compra e venda, mútuo e alienação fiduciária em garantia – Programa Minha Casa, Minha Vida* – de nº 8.55554019205, com caráter de escritura pública, na forma do § 5º do artigo 61, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, firmado em 05 de junho de 2020, instruído com instrumento particular de retificação datado de 04 de agosto de 2020. O imóvel ali referido tem a seguinte descrição:

> *"Imóvel havido conforme R.01 da matrícula 7448 do Oficial de Registro de Imóveis de VARZEA PAULISTA/SP, cuja proprietária instituiu e especificou o empreendimento imobiliário 'Residencial Paraíso', conforme registro 403 datado de 10/04/2019, gerando a abertura da Matrícula 10.914 do OFICIAL DE REGISTRO DE IMOVEIS DA COMARCA DE VARZEA PAULISA/SP, assim descrito e caracterizado: UM APARTAMENTO, sob o número 910 (novecentos e dez), TIPO 9, do BLOCO 1, localizado no 9º andar, do empreendimento imobiliário RESIDENCIAL PARAÍSO, situado na rua Vitoria Regia, sob número 199 (cento e noventa e nove), Bairro Promeca, nesta cidade e comarca de Várzea Paulista, dispensando-se a sua inteira descrição nos termos do artigo 2º da Lei 7433/85. Inscrição Cadastral nº 32.028.234"* (fls. 20 a 36 e 94 a 96).

A certidão de matrícula nº 10.914 (fls. 106 a 113) se refere ao apartamento transacionado, mediante a seguinte descrição:

*"**UM APARTAMENTO**, sob o número **910 (novecentos e dez), "Tipo 9"**, do **Bloco 1**, localizado no **9º andar**, do empreendimento imobiliário **RESIDENCIAL PARAÍSO**, situado na **RUA VITÓRIA RÉGIA**, sob o **nº 199 (cento e noventa e nove)**, Bairro Promeca, nesta cidade e comarca de **Várzea Paulista**, Estado de São Paulo, **com 01 (uma) vaga de garagem descoberta**, contendo: 01 (uma) sala jantar/estar, 01 (uma) varanda coberta, 02 (dois) dormitórios, 01 (um) banheiro, 01 (uma) cozinha, 01 (uma) área de serviço e área de circulação; com área privativa de **48,8000 m²**, área de uso comum de divisão não proporcional de **12,0000 m²**, área de uso comum de divisão proporcional de **10,9274 m²**, totalizando uma área de **71,7274 m²**, corresponde a **0,17402%**, equivalente a **82,9375 m²** do terreno e coisas de uso comum do condomínio, cabendo-lhe o direito de uso de 01 (uma) vaga indeterminada de garagem no estacionamento descoberto, a qual é inalienável, indivisível, acessória e indissoluvelmente ligada à unidade autônoma, com as seguintes confrontações: confronta-se pela frente, com a área de uso comum para estacionamento de veículos; do lado direito, confronta com a área de uso comum para estacionamento de veículos; do lado esquerdo, confronta com a unidade autônoma de número 911; e, nos fundos, confronta com a unidade autônoma de número 909."*

O Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Várzea Paulista, todavia, recusou o registro do título por existir divergência entre a certidão de cadastro imobiliário expedida pelo Município de Várzea Paulista (fls. 105) e a certidão de matrícula do imóvel.

A certidão de cadastro imobiliário expedida pelo Município de Várzea Paulista menciona que o imóvel possui área predial de 58,71155 m², não correspondente, portanto, à informada na matrícula.

Vê-se, então, que a divergência na descrição do imóvel não se refere ao título em comparação com o assento, mas entre a certidão de cadastro imobiliário expedida pelo Município de Várzea Paulista e a matrícula do imóvel.

Todavia, a descrição do imóvel feita na matrícula é a que goza de fé pública e, por isso, prevalece sobre eventual descrição do imóvel levada a efeito pelo Município em seus cadastros.

Ademais, a designação cadastral não é elemento essencial à descrição do imóvel na matrícula, tanto que o artigo 176, § 1º, 3, "b", da Lei nº 6.015/73, dispõe que a escrituração do imóvel urbano conterá a designação cadastral, se houver. Confira-se:

"Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

(...)

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação:

a – se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área;

b – se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver".

No mesmo sentido é o item 57, I, "c", do Capítulo XX, do Tomo II, das NSCGJ:

"57. A identificação e caracterização do imóvel compreendem:

I – se urbano:

(...)

c) a designação cadastral, se houver".

No caso, a designação cadastral está contida tanto na matrícula nº 10.914 quanto no contrato apresentado a registro, indicando que o imóvel está cadastrado no Município sob nº 32.028.234.

Assim, ainda que a designação cadastral fosse elemento essencial da matrícula – o que já se viu que não é –, não haveria razão para se negar o registro, porque ela existe e consta tanto do assento imobiliário quanto do contrato levado à inscrição no fólio real.

A divergência entre a área considerada pelo Município em seu cadastro e a contida na matrícula após o registro do condomínio edilício não configura impedimento nem compromete a especialidade objetiva.

O imóvel está perfeitamente caracterizado na matrícula e no contrato, daí porque não se justifica a recusa do Oficial quanto ao registro do título.

Ademais, os critérios do Município para a aferição de área e a incidência do imposto predial, como se vê da legislação municipal anexada aos autos, levam em conta as partes cobertas do imóvel, desconsiderando as descobertas.

De fato, o Município de Várzea Paulista instituiu o Plano Diretor pela Lei Complementar nº 167/06[1], e o Código Tributário Municipal pela Lei Complementar nº 160/05[2], onde os artigos 10 e 28, respectivamente, consideram área construída apenas as que sejam cobertas. E a NBR 12.721, que trata do cálculo dos custos de construção para incorporação imobiliária, nos termos do art. 53 e 54 da Lei nº 4.591/64, considera também as áreas descobertas.

Enquanto a legislação do Município de Várzea Paulista considera área construída apenas as áreas cobertas, a NBR mencionada considera a área real total da unidade autônoma a soma das áreas cobertas e descobertas reais e condominiais que definem a área total da unidade autônoma considerada (item

Acesso ao Sumário

1 (Endereço eletrônico constante do texto original)
2 (Endereço eletrônico constante do texto original)

3.7.1.3)[3].

Essa divergência entre os diplomas legais é a provável razão para a divergência de área predial constante na certidão de cadastro imobiliário expedida pelo Município de Várzea Paulista em comparação com a área da matrícula.

De todo modo, não era preciso descobrir qual a razão da divergência apontada, haja vista que o imóvel está perfeitamente descrito no título celebrado, correspondente àquele que consta no fólio real.

Não bastasse, a Lei nº 7.433/1985, que dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas, contenta-se com a descrição do imóvel pela menção à matrícula em se tratando de imóveis urbanos e desde que sua descrição e caracterização estejam presentes na certidão do Cartório de Registro de Imóveis. Confira-se o *caput* do artigo 2º:

> *"Art* 2º – Ficam dispensados, na escritura pública de imóveis urbanos, sua descrição e caracterização, desde que constem, estes elementos, da certidão do Cartório do Registro de Imóveis".

E o artigo 225, § 1º e § 2º, da Lei nº 6.015/1973, assim estabelecem:

> *"Art. 225 – Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.*
>
> § 1º As mesmas minúcias, com relação à caracterização do imóvel, devem constar dos instrumentos particulares apresentados em cartório para registro.
>
> *§ 2º Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior".*

Bastava, portanto, descrever o imóvel por remissão ao que sua matrícula contém, para que o requisito da especialidade objetiva fosse cumprido.

Havendo perfeita correspondência entre a descrição do imóvel contida no instrumento de contrato e na certidão de matrícula, não há que se falar em desatendimento do princípio da especialidade objetiva, impondo-se, portanto, a improcedência da dúvida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação e **julgo improcedente** a dúvida.

Acesso ao Sumário

3 (Endereço eletrônico constante do texto original)

NOTICIÁRIO

ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA (Desembargador)

Discurso proferido em nome dos atuais Presidentes de Seção, na Inauguração dos retratos dos Desembargadores Getúlio Evaristo dos Santos Neto, Gastão Toledo de Campos Mello Filho e Fernando Antonio Torres Garcia na Galeria de Retratos das Presidências de Seção (Cerimônia realizada em 21.06.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Hoje o Tribunal, novamente, se reúne nesse ato solene, que é de suma importância e que não pode ser esquecido, para homenagear três Presidentes de Seção do biênio 2018 e 2019; os eminentes Desembargadores Getúlio Evaristo dos Santos Neto, Gastão Toledo de Campos Mello Filho e Fernando Antonio Torres Garcia. São Desembargadores por todos conhecidos, da mais alta capacidade jurídica e pessoal.

Tive a honra de trabalhar com Sua Excelência, o Desembargador Getúlio Evaristo dos Santos, no Órgão Especial, onde percebi o brilhantismo dos seus votos e de suas manifestações. Tive também a honra e o privilégio de trabalhar com o Desembargador Gastão Campos Mello, na então 12ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, onde eu fui Substituto, e Sua Excelência era ali Juiz Titular. Ali nos mostrava os caminhos a seguir dizendo e ditando sempre o melhor Direito. E o Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, tenho a honra hoje de estar ao lado de Sua Excelência, atual Corregedor- Geral de Justiça, acompanhando o trabalho sereno e firme de Vossa Excelência.

Envio a Vossas Excelências um grande abraço, um reconhecimento pelo trabalho realizado por todos os senhores. E a mim cabe, apenas, essas palavras iniciais para dar abertura a essa solenidade, e saudando todos os presentes, e que sejam muito bem-vindos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo neste ato solene, como eu repito, de alta grandeza, que registra na história o retrato de eminentes Desembargadores Presidentes anteriores.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Inauguração dos retratos dos Desembargadores Getúlio Evaristo dos Santos Neto, Gastão Toledo de Campos Mello Filho e Fernando Antonio Torres Garcia na Galeria de Retratos das Presidências de Seção (Cerimônia realizada em

21.06.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Normalmente, Senhor Presidente, eu usaria da palavra falando de improviso e de maneira mais informal, como faz parte da minha personalidade, mas a relevância desse momento me obriga a pelo menos seguir o roteiro breve, prometo, para que esteja, pelo menos, à altura da relevância deste evento.

Aqui estou por generosa, mas incauta, delegação, dos meus colegas também do Tribunal de Justiça. E digo isso, "incauta", porque, provavelmente, esta singela oração que profiro não estará, absolutamente, de acordo com esse momento, com a solenidade deste momento de inauguração dos retratos dos Presidentes das Seções de Direito Público, Direito Privado e Direito Criminal, no biênio 2018 e 2019. Intimamente espero que não se arrependam desta delegação e dessa generosidade. Todavia, essa é uma tarefa para a qual eu não poderia faltar, no momento em que o Tribunal de Justiça presta uma homenagem a três de seus integrantes que tiveram a árdua missão de conduzir as Seções que o compõe neste biênio de 2018 2019.

Sempre afirmei, e estou convicto disso, que as instituições - e a instituição do Tribunal de Justiça - são sempre maiores que os seus componentes. O Tribunal de Justiça é muito maior do que nós que, neste momento, o compomos e o integramos. Mas, a instituição não é, por outro lado, se não a expressão real e concreta de seus integrantes. Por esta razão é que temos que celebrar a tradição em torno do qual essa cerimônia se desenvolve. Ao revisitar a tradição, todavia, não devemos apenas reverenciar o passado, mas nos inspirarmos para a construção do presente, dar respostas aos seus questionamentos e refletir sobre o futuro.

Feliz é a instituição, digo eu, que pode ter em seus quadros Juízes, servidores públicos, homens públicos, da envergadura intelectual e ética dos Desembargadores Getúlio Evaristo dos Santos Neto, Gastão Toledo de Campos Mello Filho e Fernando Antonio Torres Garcia.

Ao Desembargador Gastão coube a gestão da maior e mais complexa das Seções do Tribunal de Justiça. Grande em tamanho dos seus componentes, no número extraordinário de recursos, na responsabilidade de julgar, não só na questão de significativo alcance patrimonial, mas, sobretudo, de enorme relevância social, como as questões afetas ao Direito de Família. E o fez com inegável dedicação e esforço. Basta lembrar as 172.000 decisões proferidas no âmbito desta Presidência no ano de 2018, isso sem prejuízo do brilho do seu intelecto, com o que deve receber o reconhecimento de seus pares e da instituição que integra desde o ano de 1978.

Ao Desembargador Fernando Torres Garcia a gestão da não menos com-

plexa Seção de Direito Criminal, chegando à sua Presidência com que definiu como coesão de entendimentos a refletir a sua personalidade agregadora, cordial, gentil. Traços que convivem com sua seriedade como gestor que procurou conferir, e nisso teve inegável sucesso, uma extraordinária eficiência em processos sensíveis que tratam de temas como a garantia do devido processo legal, a presunção da inocência e a efetividade da lei penal, da aplicação da lei penal.

Ao Desembargador Getúlio Evaristo dos Santos a também difícil, também sei eu, mas também grata, tarefa de presidir a Seção de Direito Público, aquela que zela pela concretização dos interesses públicos, pela guarda da probidade administrativa, pela defesa e concretização dos direitos fundamentais e sociais. Também ali chegou como candidato único a revelar a admiração, a reverência que seus pares lhe dedicam em razão da sua carreira. Exemplar Juiz técnico, mas sensível, que já proferiu decisões de significativo alcance para a vida democrática. E eu me permito aqui, peço licença, para fazer um agradecimento pessoal ao Desembargador Getúlio, pela maneira sempre gentil, republicana, com que me acolheu no momento da nossa transição de gestão, procurando ali, então, eu, absolutamente perdido nos meandros dessa Seção gigantesca, me orientar com zelo e com dedicação. Muito obrigado, Presidente Getúlio, pela sua conduta republicana. E sucedê-lo é uma tarefa difícil, muito difícil, e, também, dialeticamente fácil. Difícil porque a comparação seria inevitável, do seu brilho intelectual, da sua experiência extraordinária administrativa e minhas limitações. Fácil porque sempre procurei mirar no exemplo de Vossa Excelência.

Caminhando para o final da oração é preciso também, neste momento, uma palavra de reconhecimento aos integrantes das equipes de Assessoria das Presidências das Seções e, também, aos nossos Servidores. Trabalho árduo, exaustivo, competente, anônimo, sem o qual, todavia, essas estruturas administrativas gigantescas seriam ingovernáveis.

Todos os que, de alguma maneira, participaram da alta administração do Tribunal de Justiça, sabem que essa é uma tarefa árdua, complexa, difícil e de inúmeras críticas e incompreensões. Por essas razões, e tantas outras que, neste momento, é que a instituição o saúda e os reconhece, sempre na esperança, como o Desembargador Fernando, de tê-los novamente integrando a alta administração do Tribunal de Justiça.

E terminando essa singela oração eu digo que as palavras não são mais do que signos linguísticos convencionais que permitem a comunicação humana. Não são as coisas, não são os objetos e não são, sobretudo, os sentimentos; estão em seu lugar, mas não são os objetos e não são os sentimentos, daí a natural dificuldade, às vezes, de expressarmos com exatidão este momento. E diante das minhas limitações e na impossibilidade de buscar a palavra exata que possa refletir este reconhecimento pelo trabalho desenvolvido, eu traduzo em um sin-

Acesso ao Sumário

gelo “muito obrigado”.

E obrigado a todos pela atenção.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso proferido em nome dos homenageados, por ocasião da Inauguração dos retratos dos Desembargadores Getúlio Evaristo dos Santos Neto, Gastão Toledo de Campos Mello Filho e Fernando Antonio Torres Garcia na Galeria de Retratos das Presidências de Seção (Cerimônia realizada em 21.06.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Excelentíssimo Senhor desembargador Paulo Magalhães da Costa Coelho, Eminente Presidente da Seção de Direito Público no biênio 2020 e 2021, a quem agradecemos a generosidade da saudação, fruto, evidentemente, da amizade, do respeito que nos une. E saiba, Vossa Excelência, que cumpriu muito bem o mandato que lhe foi outorgado. Estava temeroso, mas não havia o que temer.

Minhas senhoras e meus senhores, após termos percorrido algumas décadas na Magistratura, pela bondade de Deus, e generosidade de nossos pares, assumimos, em janeiro de 2018, Getúlio, Gastão e eu, respectivamente, as Egrégias Presidências das Seções de Direito Público, Privado e Criminal. Foram momentos de expectativa, mercê do novo que se avizinhava, especialmente em função de matérias das quais estávamos distantes havia anos, como todas aquelas julgadas na Colenda Câmara Especial. Além disso, competia-nos, doravante, toda a funcionalidade operacional das nossas respectivas Seções. Sem dúvida, tarefa trabalhosa e espinhosa, mas por demais amenizada diante da estrutura eficiente recebida dos nossos antecessores, Desembargadores Luiz Antonio de Godoy, Ricardo Henry Marques Dip e Renato de Salles Abreu Filho. Com a inestimável e imprescindível colaboração de nossas Juízas e Juízes Assessores, todos aqui homenageados nas pessoas dos Magistrados Carla Themis Lagrotta Germano, Karina Ferraro Amarante Innocencio e Ana Carolina Vaz Pacheco de Castro, bem como de todos os nossos Servidores, nos mais variados setores desse Tribunal de Justiça, a quem agradecemos em nome dos Diretores Wagner Luiz Andriote, Regina Célia Salmazo e Maria Fernanda Abbati dos Santos, os dois anos da gestão fluíram proveitosamente com muito respeito e harmonia entre as três Presidências.

Acesso ao Sumário

Também não foi diferente na convivência que tivemos no Conselho Superior da Magistratura, na Câmara Especial de Presidentes, sempre com o obje-

tivo único de bem prestar a jurisdição, com eficiência e qualidade. Enfim, dois anos de muita amizade, dedicação, aprendizado e seriedade, mas igualmente de imensa recompensa, com pleno desprendimento de vaidades pessoais.

E nesta tarde fala aos nossos corações esta honraria, inigualável e que a poucos é reservada, de termos descerrados e perpetuados nossos retratos nas galerias das três Presidências de Seção ao lado de notáveis Magistrados do Judiciário Bandeirante; motivo de extremo orgulho e de indizível contentamento. Tradição que se mantém e que deve ser cultuada, pois não há futuro sem o respeito e o reconhecimento aos que muitos deram de si para o engrandecimento desta Corte de Justiça. Paradigma do cenário jurídico nacional, principalmente numa sociedade imediatista, em que somente o presente importa.

De minha parte, emoção infinita e eterno agradecimento, pois tive a honra e o privilégio, na condição de mais moderno, de ombrear no Colendo Conselho Superior da Magistratura, além de Getúlio Evaristo dos Santos Neto e Gastão Toledo de Campos Mello Filho (aliás, Gastão, meu preceptor na Magistratura antes mesmo da minha posse como Juiz Substituto de Osasco), com homens de reputação ilibada e ícones desta Corte Paulista, como Manoel de Queiroz Pereira Calças, Artur Marques da Silva Filho, Geraldo Francisco Pinheiro Franco e José Carlos Xavier de Aquino.

Aos nossos familiares, esposas, filhas, filhos, netas e netos, a gratidão pelo suporte incondicional. Em suma, trabalhamos com afinco e determinação, como se Juízes novatos fôssemos, com o mesmo denodo que tivemos quando assumimos, no século passado - parece pesado, mas foi no século passado - a jurisdição como Juízes Substitutos, o que nos remete à sempre oportuna lição de Calamandrei, que assim se expressou: “o Juiz que se habitua a fazer Justiça é como o sacerdote que se habitua a dizer missa. Feliz o velho pároco de província que até o dia último dia sente, ao dirigir-se ao altar com vacilante passo senil, aquela perturbação que jovem padre sentiu quando de sua primeira missa. Feliz o Magistrado que até o dia que precede o limite de idade sente, ao julgar, aquela consternação quase religiosa que o fez tremer quando Juiz de terceira teve de dar a sua primeira sentença”.

Até hoje Getúlio, Gastão e eu assim nos sentimos, carregando, ademais, a sensação do dever cumprido.

Muito obrigado por me ouvirem.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso de encerramento da Inauguração dos retratos dos Desembarga-

Acesso ao Sumário

dores Getúlio Evaristo dos Santos Neto, Gastão Toledo de Campos Mello Filho e Fernando Antonio Torres Garcia na Galeria de Retratos das Presidências de Seção (Cerimônia realizada em 21.06.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

É uma honra imensa para mim este ato, como Presidente do Tribunal de Justiça, porque são três amigos. Getúlio Evaristo dos Santos Neto é um amigo de, mais ou menos, 37 anos, de antes da Magistratura. Ele, o Eduardo [Cortez de Freitas] Gouvêa e eu nos encontrávamos sábado sim, sábado não, para uma prática desportiva. O Gastão, grande Gastão [Toledo de] Campos Mello [Filho], o homem sereno e célere do Órgão Especial, sempre sereno e célere. E o nosso caríssimo Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente da Seção de Direito Criminal, que é o Corregedor-Geral da Justiça e um excelente profissional. São três excelentes profissionais.

Getúlio Evaristo dos Santos [Neto] é meu amigo de longa data, foi um grande coordenador na Seção de Direito Público, da qual também faço parte. Todos que foram Juízes Substitutos em 2º Grau vão se lembrar que, naquele momento que ele assumiu, ele colocou o Juiz Substituto em 2º Grau e os Desembargadores, não no mesmo nível hierárquico funcional, mas no mesmo nível funcional dentro dos gabinetes. O Desembargador Getúlio Evaristo dos Santos tem uma presença muito marcante dentro do Direito Público, não só pelo seu conhecimento, sua postura sempre séria, sempre disposto a ouvir a todos, mas também pela sua postura conciliadora. É uma pessoa que tem uma memória do Tribunal de Justiça, que poucos, poucos mesmos, têm; e transmite muito bem isso à Seção de Direito Público. Então, ter o seu retrato ali é fantástico, não há a menor dúvida. Está aí porque para o Paulo [Magalhães da Costa Coelho] foi tão árduo e foi tão fácil, já que ele estava tentando copiar o nosso caríssimo Getúlio Evaristo dos Santos.

O Desembargador Gastão Toledo de Campos Mello Filho é um homem que sempre está estudando, não para nunca. Ele tem sempre um ponto, destacado pela imensa sapiência dentro do Órgão Especial. Como Presidente de Seção fez alterações procurando equalizar uma série de problemas que existiam. Ele tomou a frente e assim o fez. É um homem que merece os meus aplausos, apesar da sua suave ironia e, às vezes, um pouco de seu sarcasmo, mas sempre, sempre, sempre sereno e célere.

Acesso ao Sumário

O Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia seguiu grandes exemplos, foi um grande Presidente da Seção de Direito Criminal, tanto que depois foi eleito Corregedor-Geral da Justiça com uma ampla vantagem de votos, por todas as Seções. É um profissional muito dedicado, extremamente dedicado. É a primeira vez que eu trabalho junto com o Doutor Fernando, mas sou testemunha

da sua dedicação, do seu empenho, do seu amor à instituição.

E como disse antes, como já foi dito, essa é uma cerimônia que não pode ser esquecida, ela tem que ser cultuada. Porque todo mundo procurou dar o melhor de si ao Tribunal de Justiça, o melhor de si à instituição, assim como todos aqueles cujos novos retratos virão. Nós temos isso em comum, nós, Magistrados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um orgulho imenso da nossa instituição, um orgulho imenso da nossa Magistratura, dos nossos Servidores e toda a prestação jurisdicional que é dada dia a dia por todos nós.

Meus parabéns, muitíssimo obrigado. Declaro encerrada essa sessão solene.

Obrigado.

ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Marcelo Lopes Theodsosio, Laerte Marrone de Castro Sampaio e Heitor Luiz Ferreira do Amparo (Cerimônia realizada em 14.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes)

Eu diria, Senhor Presidente, que hoje não é dia para que eu me estenda, e nem pretendo me estender. Meu discurso será de improviso. Em primeiro lugar, saudar os três empossados: Marcelo Lopes Theodosio, amigo do tempo de Santo André; o Desembargador Laerte Marrone de Castro Sampaio é de uma família de quem eu sou eterno devedor; e nosso querido amigo de 40 anos de Araraquara, Heitor Luiz Ferreira do Amparo, que fez a comarca crescer e se desenvolver e, ao cabo da sua gloriosa carreira, veio nos brindar aqui com a sua presença na condição de Desembargador. O que tenho a dizer é que é uma alegria incomensurável, depois de mais de 30 anos, os senhores chegarem aqui para tomarem posse como Desembargadores.

Uma alegria redobrada é poderem tomar posse como Desembargadores acompanhados dos amigos, pais, mães, filhos e esposas. Eu não tive a oportunidade de ter minha mãe e meu pai na minha posse. Sei o amor que o Presidente teve pelos seus pais, lamentei profundamente o passamento do Doutor Anafe. Conheci e fui aluno do pai do Doutor Guilherme. E, também, conheci o Doutor Mariano, pai do Corregedor-Geral. O fato de nós recebermos aqui, na cerimônia de posse, o Desembargador Walter Theodosio, que foi integrante do Órgão Especial e desse Tribunal no tempo em que eu ainda era Juiz Substituto, vindo dos gloriosos e valiosos quadros do Ministério Público. Dona Rosália, genito-

Acesso ao Sumário

ra do Laerte. O pai do Laerte, que infelizmente não está mais cumprindo sua missão no plano terreno, mas que marcou profundamente a vida de cada um de nós, como o Doutor Theodosio. A família do Desembargador Amparo, seus pais também já partiram, mas aqui está a sua valiosa esposa, os três filhos, um deles nosso colega, os outros, do Direito. Seus amigos, que vieram testemunhar esse momento tão importante desse Tribunal.

Essas abençoadas paredes – nosso Tribunal já vai para o seu sesquicentenário –, que testemunharam tantas posses, hoje estão em festa novamente, comemorando a ascensão de três homens dignos, excelentes Magistrados, pessoas humanas ímpares. É um orgulho, um privilégio, e coroa a minha presença nesse Tribunal, contar com as amizades sinceras de Vossas Excelências. Não tive o prazer de judicar ao lado do Doutor Theodosio, mas sou amigo íntimo de Sua Excelência, como também sou muito amigo do estimado Desembargador Amparo. E judiquei ao lado de Laerte. Laerte é um prodígio, porque com menos de 10 anos na carreira já abrilhantava o Gabinete do Presidente Dirceu de Mello.

O que eu posso dizer a todos é que o nosso Tribunal é um Tribunal que jamais trabalhou tanto como no período da pandemia. É um Tribunal que conta com nomes de primeira linha, tanto no âmbito escolar quanto no âmbito jurisdicional. Esse Tribunal é a casa de todos nós e tudo o que eu tenho, não posso dizer pelos outros, eu devo a esta Casa.

Desejo que cada um dos Senhores, no desenvolvimento das suas vidas profissionais, faça pelo Tribunal o quanto já fizeram em primeiro grau e o quanto vêm fazendo pelos amigos e pelos seus entes queridos. Sei do amor que o Marcelo nutre pelo pai e pela mãe. E é uma inveja muito grande saber, Doutor Theodosio, que o senhor está aqui e eu não pude contar com o meu pai e minha mãe. Mas, Doutor Theodosio, me permita tomá-lo emprestado por alguns minutos e comemorar como se fosse meu pai. Sei do amor que o Marcelo nutre pelos seus dois filhos, porque foi assim que ele me apresentou o Diego e a Laura. Que eles sigam trilhando o mesmo caminho que você tem apontado para cada um de nós. Posso dizer do amor que o Laerte tem pelo pai e pela mãe – parente distante da família da minha esposa. Sei do amor que a Dona Rosália, Doutora Rosália, Advogada, Marrone de Castro Sampaio, e o Rogério têm por você e têm pelos seus filhos. Seus filhos, que são os seus galardões, e vêm demonstrando ao longo dos anos todo este valor. Hoje eu pude conhecer pessoalmente Maria Clara e já conheci o João Pedro e o Tiago em outra ocasião. Sou testemunha de quantas vezes você, nas sessões, referiu o orgulho que tem da sua prole. Com relação ao Heitor, senhor presidente, eu quero dizer que, no carnaval de 1947, no Rio de Janeiro, ganhou a escola de samba Portela, com o enredo "Honra ao mérito". E por que estou falando do Carnaval de 47? Porque é o ano em que nasceu o Heitor, na mesma cidade em que Vossa Excelência nasceu. Se bem que agora Vossa Ex-

Acesso ao Sumário

celência não é mais do Rio, nós o adotamos recentemente. E ele trilhou 40 anos em Araraquara e testemunhou a transformação, e mais do que testemunhou, foi artífice das transformações que a Comarca de Araraquara vivenciou com o apoio dos Presidentes que estão aí atrás de Vossas Excelências. Também a você, meu amigo, Desembargador Amparo, desejo passagem a mais exitosa possível.

E encerro dizendo do meu orgulho de ser Juiz de São Paulo, da minha gratidão de ter sido convidado, porque mérito não tenho, mas a amizade é forte, de ter participado desse momento histórico na vida de cada um e de testemunhar a todos os presentes, que uma vantagem que o Tribunal de São Paulo tem é de que nós temos quadros de reposição da melhor qualidade. Juntos, fazendo Justiça, 24 horas. Parabéns, sejam muito felizes.

Senhor Presidente, muito obrigado pela palavra.

ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Marcelo Lopes Theodsosio e Laerte Marrone de Castro (Cerimônia realizada em 14.07.2022).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, em nome de quem eu cumprimento todas as autoridades presentes nessa cerimônia. Senhores Servidores, meus familiares, Senhoras e Senhores.

Senhor Presidente, eu peço, em primeiro lugar, licença para agradecer as gentis palavras do Desembargador Roberto [Caruso Costabile e] Solimene, fruto de amizade e de um coração amplo, amigo. O que ele comentou na fala, a ausência do pai do Laerte, eu também vivo o mesmo momento. Gostaria muito que o meu pai estivesse aqui, minha mãe também, mas já se foram. E o Marcelo, que usufrua desse momento sagrado, na companhia do seu pai. Quero também agradecer ao Desembargador Artur [César] Beretta [da Silveira], pela recepção que me deu quando eu tomei posse, abrindo as portas da Seção de Direito Privado. Muito obrigado, Desembargador. Agradecer também aos ilustres componentes da minha Câmara, a 12ª Câmara de Direito Privado: Desembargadores José Jacob Valente, Tasso Duarte de Melo, Sandra Maria Galhardo Esteves e Antonio Mário de Castro Figliolia. Antonio Mário, que foi Substituto em Araraquara, enquanto eu judicava na Comarca.

Senhor Presidente, eu gostaria de começar a minha fala lembrando uma passagem curiosa na minha carreira. Não me lembro o ano exato, mas tivemos uma correição ordinária na comarca, em que o Corregedor-Geral se chamava

Gilberto Passos de Freitas. Chegou à comarca com as melhores das intenções, como sempre os Corregedores chegam, e, de repente, me avisaram que ele gostaria que eu fizesse a abertura formal dos trabalhos. Os Juízes não têm o hábito de fazer discursos, fiquei tomado de desespero para dizer a palavra certa, mas tinha que cumprir a missão, falar em nome dos Juízes. E comecei da mesma maneira que vou começar quando me dirigir à Vossa Excelência nesse momento. Então eu disse e repito agora: Senhor Presidente, nós, Juízes, não somos tribunos, estamos acostumados a observar, a ouvir e viver a maior parte de nossas vidas no silêncio dos gabinetes ou escritórios, não raro, noite adentro, tendo como companhia nossa consciência.

Mas, hoje, dia especial em minha vida, tomado pela emoção, e creio que todos que estão tomando posse hoje estão assim, dirijo aos senhores algumas palavras vindas do coração, de amor à carreira que escolhi e de agradecimento.

Desde os bancos acadêmicos, na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, tinha o desejo de me tornar Juiz de Direito. Dividia meu sonho com outros colegas que se tornaram Desembargadores desse Tribunal, como Joaquim Garcia Filho, Narciso Orlandi Neto, Afonso Celso de Andrade Marques e Luis Antonio Vasconcellos Boselli. A carreira me encantava e não via a hora de completar o curso e poder me candidatar a uma vaga no Poder Judiciário.

Em 1976, fui aprovado no concurso de ingresso, sonho realizado. Naquele momento, nascia o segundo sonho: um dia me tornar Desembargador. Nos primeiros meses de carreira tive a felicidade de trabalhar ao lado de dois eminentes Desembargadores José Percival Albano Nogueira e Nelson Altemani, então Juízes de Direito no Foro Distrital de São Miguel Paulista, e deles recebi conselhos que me foram úteis o resto da carreira. Juiz Substituto da 38ª Circunscrição Judiciária trabalhei ao lado de Rubens Zumstein, Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Diretor do Fórum, Magistrado completo, meu paradigma, que me mostrou a verdadeira dimensão e responsabilidades do cargo que ocupava. Segui adiante, me promovendo para a Comarca de Guariba, primeira entrância na época, e Novo Horizonte, segunda entrância, levando comigo os conselhos recebidos. Em 1983 fui promovido para a 2ª Vara Criminal de Araraquara e, a partir de maio de 1985, passei a ser titular da 2ª Vara Cível da Comarca. Designado Diretor do Fórum pelo inesquecível desembargador Marcos Nogueira Garcez, em 02/12/1987, permaneci no cargo por 34 anos e meio, de forma ininterrupta, sendo reconduzido pela última vez por Vossa Excelência.

Ao longo desses anos, procurei transmitir aos Juízes Substitutos que pela comarca passaram, vários deles hoje Desembargadores neste Tribunal, as lições recebidas, mostrando a todos a importância do exercício do cargo com dignidade, responsabilidade, comprometimento e que todas as suas decisões fossem fruto do seu convencimento, mas sem se tornarem meros aplicadores do

Acesso ao Sumário

texto de lei. Deveriam buscar o real objetivo da norma para que essas decisões fossem justas e não apenas legalmente perfeitas. Essa foi a mensagem, Senhor Presidente, que passei a todos os Substitutos que judicaram na Comarca de Araraquara. Foram 39 anos e meio nesta comarca, referência no Estado pela qualidade dos seus Magistrados e Servidores.

Senhor Presidente, no mês de agosto completarei 46 anos de carreira e amo essa carreira cada vez mais. Chego a esta Corte realizando o segundo sonho. E como o primeiro Magistrado que fez toda a carreira no interior do Estado. Honrado por integrá-la, estou ciente e consciente das novas responsabilidades. O compromisso hoje prestado, tenha certeza, será cumprido integralmente.

Senhor Presidente, nada seria possível e conquistado sem o apoio das pessoas que seguem ao nosso lado. Em primeiro lugar, meus pais, Heitor Alves do Amparo e Terezinha Ferreira do Amparo, amigos, presentes em todos os momentos, a quem devo a minha formação moral e intelectual; minha esposa Sônia Elisabete Brandini do Amparo, anjo da guarda diuturnamente presente em minha vida, companheira, mãe exemplar; os meus sogros, Antônio Brandini e Maria Moro Brandini, que me estimularam permanentemente a seguir carreira; os meus filhos, Adriana Brandini do Amparo, Juíza de Direito, Aline Brandini do Amparo, Advogada, e André Luiz Brandini do Amparo, Advogado e Analista do Ministério Público, razão de tudo, sempre presentes, amigos e participativos; dos meus genros, Carlos Emanuel Tavares e Denis Morelli, integraram a família com amor, tornando ela mais forte, os nossos laços mais fortes. Senhor Presidente, deixo aqui também uma mensagem aos Servidores das Comarcas por onde passei, vários deles presentes nesta cerimônia, que seguiram ao meu lado nessa longa caminhada, com lealdade, comprometimento, meu eterno agradecimento. Por fim, agradeço a Deus, por ter permitido que essas pessoas estivessem ao meu lado e com sua luz divina guiado meus passos nessa longa jornada. Que esse mesmo Deus nos proteja hoje, sempre e por toda a eternidade.

Muito obrigado.

LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião De sua Posse Solene e dos Desembargadores Marcelo Lopes Theodsosio e Heitor Luiz Ferreira do Amparo (Cerimônia realizada em 14.07.2022).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Ricardo Mair Anafe, na pessoa de quem saúdo as demais autoridades aqui presentes.

Acesso ao Sumário

Minhas Senhoras e meus Senhores, tímido e introspectivo, despido de boa oratória, confesso, já à partida, que experimentei certa aflição – tal como sucedera no já longínquo janeiro de 1991 – ao saber que o protocolo previa um discurso, ainda que breve, do empossando. Pensei, admito, em abrir mão da prerrogativa, mas a relevância do ato me fez rabiscar breves linhas. Linhas curtíssimas, Senhor Presidente, que consistem em rápidas palavras de agradecimento, de contentamento e de esperança. E que vão na sequência.

Agradeço inicialmente a Deus, que me deu força para alcançar este momento. Também devo agradecer a meus pais, Laerte, que certamente está feliz no céu, e Rosalia, que me criaram e educaram com todo o carinho e nunca deixaram de dar o apoio necessário nas horas difíceis que passei (que não foram poucas). Aos meus avós, Costabile, Amélia e Maria José, que hoje fazem festa junto com o meu pai no céu, na companhia de quem passei boa parte da minha infância, mercê dos compromissos profissionais de meus pais, que trabalharam duro para sustentar os filhos, de quem sempre recebi muito carinho e incentivo. Aos meus filhos, João Pedro, Tiago e Maria Clara, que são a minha maior alegria. Aos meus irmãos, Rogério e Gustavo José, meus companheiros de sempre. A meu tio José Marcos, a quem sempre tive como um irmão mais velho, o único que teve a coragem, não esqueço, de assistir aos meus exames orais nos concursos da Magistratura e do Ministério Público.

Agradeço ainda aos meus amigos e peço sinceras desculpas por citar apenas alguns. Amigos e compadres, Airton, um outro irmão que a vida me deu; Marco Fabio, Daniela, Mariângela. Não posso também deixar de mencionar Clara Maria, a excelente mãe de meus filhos e que foi minha companheira. E não tenho como esquecer dos amigos e amigas que fiz na Magistratura – e aqui peço escusas para não fazer menções individuais, a fim de evitar grande injustiça –, desde o tempo em que Juiz Substituto em Santo André, passando pelas Comarcas, já como Juiz Titular, de Mirante do Paranapanema, Presidente Venceslau e São Paulo, até chegar a esta Corte. Por fim, gostaria de agradecer aos funcionários e funcionárias com quem trabalhei durante todo este período, incluindo os integrantes do meu gabinete.

Acesso ao Sumário

Feitos os agradecimentos, de certo, incompletos, gostaria de dizer da minha alegria por atingir o último grau da Magistratura do Estado de São Paulo, que abracei há 31 anos e meio. Foram, desde aquela tarde de 11/01/1991, anos duros, mas gratificantes. E me sinto hoje recompensado por alcançar o cargo de Desembargador. Em arremate, nessa rápida fala, manifesto ter a esperança de que minha jornada na Magistratura bandeirante não alcançou ainda seu termo. Pretendo seguir nesta caminhada, encetada faz mais de 31 anos e que agora ganha uma nova fase pedindo ao Criador que me dê sabedoria e força suficientes para enfrentar mais esse desafio na judicatura.

Fico por aqui, Senhor Presidente, já é hora de terminar. Foram poucas e simples palavras, mas sinceras. Muito obrigado a todos.

MARCELO LOPES THOEDOSIO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Heitor Luiz Ferreira do Amparo e Laerte Marrone de Castro (Cerimônia realizada em 14.07.2022).

Senhor Presidente, Desembargador Ricardo Mair Anafe, na pessoa de quem eu cumprimento todas as autoridades presentes nessa solenidade. Como eu sou o último, sigo os passos de Vossa Excelência, que sempre diz que o discurso tem que ser curto e bom. E se for curto, não precisa ser bom. Então, eu nem vou discursar, eu só vou fazer uns agradecimentos.

Começo agradecendo o meu querido amigo Roberto [Caruso Costabile e] Solimene, Orador pelo Tribunal; cumprimentando também o Doutor Laerte [Marrone de Castro Sampaio], do meu concurso, e o Doutor Heitor [Luiz Ferreira do Amparo].

Ingressei nesse Tribunal como Escrevente em janeiro de 1987, também trabalhando no Tribunal de Alçada Criminal de 88 a 90. Em 91, junto com o Laerte, aos 26 anos, tomei posse como Juiz Substituto no Concurso 160º. Iniciei a carreira na Comarca de Avaré e depois em Santo André como Substituto. E aqui uma homenagem específica ao meu querido amigo, irmão, Desembargador José Maria Câmara Júnior; ao Juiz Sérgio Noboru Sakagawa, que na época também era titular lá; e ao Ministro Paulo [Dias de] Moura Ribeiro, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que era Diretor do Fórum de Santo André.

Fui Titular nas Comarcas de Itaí, Porto Feliz, 1ª Vara de Cubatão, 3ª de Santo André, esta por 11 anos, e 1ª Vara Cível do Foro Regional de Vila Prudente, Capital. Durante quatro meses de 2011 e no biênio 2012/2013, tive muita honra de ser convocado como Juiz Assessor da Presidência nas gestões do Desembargador [Antonio Carlos] Viana Santos, in memoriam, e do meu querido Presidente, aqui presente, Ivan [Ricardo Garisio] Sartori, a quem eu tenho muita gratidão e agradeço. Em 2014, fui removido para o cargo de Juiz Substituto de Segundo Grau na 11ª Câmara de Direito Público, em que atuei por oito anos, laborando com os Desembargadores, que presto minhas homenagens, Luis [Antonio] Ganzerla, in memoriam, Pedro Cauby [Pires de Araújo], que já está aposentado e, na ativa, Aroldo [Mendes] Viotti, Ricardo [Henry Marques] Dip, [José] Jarbas [de Aguiar] Gomes, que está aqui presente, Oscild de Lima Júnior, também aqui presente, e Afonso [de Barros] Faro [Júnior], também aqui

Acesso ao Sumário

presente. Ao meu gabinete de assessoria, Guilherme, William, Alexandre, Ana Regina, Juliana, André e Elizete, que está aposentada, todos muito competentes e dedicados, eu agradeço o convívio e o comprometimento. Aos meus pais, Walter Theodósio, aqui presente, e Maria Teresa, in memoriam, minha eterna gratidão. Meus enteados, filhos do coração, Diego e Laura, familiares, irmão, Walter Theodósio Júnior, agradeço o apoio. Recentemente, as minhas primas Elizabete e Ana Paula, também Juízas.

Senhor Presidente, sou Juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo há 32 anos com muito orgulho e começaria tudo de novo, sem a menor dúvida. Eu encerro essas palavras, agradecendo a presença de todos e o meu muito obrigado de coração.

ALEXANDRE DE MORAES (Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Marcelo Lopes Theodsosio, Laerte Marrone de Castro Sampaio e Heitor Luiz Ferreira do Amparo (Cerimônia realizada em 14.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Quero cumprimentar os Desembargadores empossados, Heitor Luiz Ferreira do Amparo e Marcelo Lopes Theodosio e também o seu pai, Desembargador Walter Theodósio, que, assim como eu, também iniciou a carreira no Ministério Público do Estado de São Paulo. E cumprimentar aqui, me permitam, especialmente, o Desembargador Laerte Marrone de Castro Sampaio, amigo há aproximadamente 42 anos, desde os tempos do Colégio Bandeirantes, depois da Universidade de São Paulo, na São Francisco, assim, cumprimento toda a sua família.

Acesso ao Sumário

Presidente, uma rápida palavra da alegria de poder retornar aqui ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nesse momento, que é um momento de renovação. Toda posse, toda alternância de cargos, é importante porque renova o maior Tribunal do Brasil, o maior Tribunal, na verdade, das Américas. É o maior e, ouso dizer, o mais importante Tribunal de Justiça do Brasil. Nós todos, que somos paulistas, temos enorme orgulho da competência do Tribunal de Justiça de São Paulo, da dedicação de seus Desembargadores e da excelência da jurisprudência produzida por esse Tribunal.

E eu tenho, Presidente, absoluta certeza de que o ingresso desses novos três Desembargadores poderá manter a qualidade, a excelência e, mais do que tudo, a independência do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. A força de

um país, a força de um Estado, se mede pela fortaleza de suas instituições. E o Estado de São Paulo tem o Poder Judiciário mais forte, mais independente e mais competente do Brasil.

Parabéns aos empossados.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Marcelo Lopes Theodsosio, Laerte Marrone de Castro Sampaio e Heitor Luiz Ferreira do Amparo (Cerimônia realizada em 14.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Quero cumprimentar o Desembargador Marcelo Lopes Theodosio, o Desembargador Laerte Marrone de Castro Sampaio e o Desembargador Heitor Luiz Ferreira do Amparo e fazer alguns breves, brevíssimos comentários.

Em primeiro lugar, que Sua Excelência, o Desembargador Marcelo Lopes Theodosio vem ocupar a cadeira que era do Desembargador Renato Sandreschi Sartorelli, que foi por muito tempo do DP3, do Direito Privado, e foi Presidente do 2º Tribunal de Alçada. Eu tive a satisfação de ter o primeiro contato com o Desembargador Marcelo Lopes Theodosio quando ele foi removido a Juiz Substituto em Segundo Grau e eu era o Presidente da Seção de Direito Público. Sua Excelência é um Magistrado de escol, sem sombra de dúvida – aliás, tem a quem puxar.

O Desembargador Laerte Marrone de Castro Sampaio ocupa a cadeira que era do Desembargador Jeferson Moreira de Carvalho, que foi um excelente Juiz, foi um Desembargador de ponta da Seção de Direito Público, colega de concurso. O Senhor faz jus a essa cadeira, sem sombra de dúvida e, aliás, Vossa Excelência também tem muito a quem puxar.

E cumprimento Sua Excelência, o Desembargador Heitor Luiz Ferreira do Amparo, que é meu conterrâneo do Rio de Janeiro (que não era Rio de Janeiro na época, nós nascemos no Distrito Federal, na Guanabara). Ele ocupa a cadeira do Desembargador Luiz Antonio Cerqueira Leite, também uma pessoa fantástica. É uma satisfação muito grande. Luiz Antonio Cerqueira foi um Juiz que marcou época nos seus tempos no João Mendes e os seus acórdãos eram uma referência.

Sem sombra de dúvida, para nós, Juízes de carreira, chegar ao ápice da carreira no cargo de Desembargador é um motivo de imensa satisfação, imensa alegria e imenso orgulho. É um momento de gratidão a todos aqueles que nos

Acesso ao Sumário

acompanharam por tanto tempo e que nos apoiam e que nos apoiaram. E não tenham dúvida, mesmo aqueles que não estão presentes, estão presentes e estão sorrindo. Isso é uma coisa muito importante.

Já declarei os três novos Desembargadores empossados e hei de ser breve – a brevidade é tão importante que Cícero dizia que o bom discurso é aquele que se faz em uma perna só: ele deve durar enquanto a perna assim o aguentar.

Declaro encerrada essa sessão.

Muitíssimo obrigado.

ROBERTO TEIXEIRA PINTO PORTO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Fernando Pastorelo Kfouri (Cerimônia realizada em 29.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Muito me honra a missão de falar, nesta oportunidade, algumas poucas palavras em nome do nosso amado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A oportunidade se deve, com absoluta certeza, não à minha precária oratória, mas a amizade de longa data com o Desembargador Fernando Pastorelo Kfouri, ora empossando.

Sou testemunha de sua retidão e de sua enorme força de trabalho, não só como outrora colega de Ministério Público, mas também durante o tempo em que estivemos juntos no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, indicados pelo querido Ministro Alexandre de Moraes, à época ocupando o cargo de Ministro da Justiça.

Vossa Excelência, Desembargador Kfouri, esteve ao longo de sua vida profissional na luta dos que não se amedrontam diante dos poderes que sufocam os mais frágeis. Como Promotor de Justiça, ressalto sua passagem pelas Comarcas de Cananéia, São Sebastião, Sumaré e na Capital, com especial destaque para o brilhante trabalho desenvolvido na 1ª Zona Eleitoral.

Acesso ao Sumário

Também merece ênfase, nessa oportunidade, o excepcional trabalho desenvolvido por Vossa Excelência na Corregedoria Geral do Ministério Público, onde estivemos juntos a percorrer todo o Estado, e como Assessor Especial do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, cargo ocupado na época pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Os seus 23 anos de serviços prestados como Promotor de Justiça falam por si, e nos dão a certeza de um futuro brilhante nesta Corte. O Promotor,

como todos sabemos, Doutor [Mário Luiz] Sarrubbo, defende os que ninguém defende. A mulher que é espancada, a criança que é vitimizada, os que não têm casa ou remédio, os que padecem de atenção. Os frágeis, os vulneráveis. Esses tempos, tenho certeza, ficarão guardados em um lugar especial em seu coração. Falo por experiência própria, e de muitos colegas que aqui estão.

Senhor Presidente Ricardo Mair Anafe, já terminando, há dois conceitos que gostaria de emprestar para, em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, saudar o novo Desembargador Fernando Pastorelo Kfouri.

O primeiro conceito é o da Justiça. A Justiça, dizia Aristóteles, é mais bela que a estrela vespertina. A Justiça é bela porque corrige, porque pacífica, porque devolve o que foi retirado. Aqui fazemos Justiça todos os dias. Em cada despacho. Em cada sessão. Em cada decisão. Decidimos histórias, respeitamos vidas. Lutar pela Justiça é o nosso ofício, é a razão de nossa existência, no maior Tribunal de Justiça do mundo.

O segundo conceito é o da amizade. Que bom ver um amigo trilhando tão belo caminho. Que bom receber alguém que comunga com os mesmos princípios que nós comungamos, da dignidade da pessoa humana, da opção inegociável pelo correto, pelo bom, pelo verdadeiro. A amizade acalma a vida, alicerça nossos princípios mais verdadeiros e nos leva ao caminho do bem. Saiba que aqui, estimado amigo, temos imperfeições, temos dúvidas, mas temos uma convicção comum – o poder que recebemos é um serviço para melhorar o mundo em que vivemos. Justiça e amizade, que sejam essas as semânticas do seu bem viver neste querido Tribunal. De hoje a todos os dias em que você vai gastar a sua vida, dignificando vidas.

Seja bem-vindo.

FERNANDO PASTORELO KFOURI (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cerimônia realizada em 29.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Winston Churchill, no memorável discurso que ficou conhecido pela frase *"never give in"*, fez o seguinte alerta, em livre tradução: "nunca desista, nunca desista, nunca, nunca, nunca – em nada, grande ou pequeno, importante ou secundário – nunca desista, exceto por motivos de honra ou bom senso".

O sonho de tornar-me Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o maior Tribunal de Justiça do país, exigiu boa dose da resiliência exortada nessa magistral obra da oratória, desde que começou a tomar contornos

concretos ainda em meu íntimo, passando pela oportunidade em que o externei a preciosos amigos em busca de apoio, e até que surgisse o momento de torná-lo realidade.

Não foram poucos os obstáculos antes que finalmente fosse nomeado, e sei que eles serão ainda maiores a partir de agora, com a necessária adaptação às novas funções (tanto a judicatura em si como o trabalho em colegiado, além das novas matérias a tratar, os novos sistemas a utilizar, toda a estrutura administrativa a conhecer, enfim, uma infinidade de fatores).

É com o espírito de enfrentar cada batalha, cada luta e cada desafio, porém, que sempre agi, desde os bancos escolares e ao longo de minha trajetória no Ministério Público do Estado de São Paulo. Com esse mesmo espírito, enfrentarei a nova missão e, com serenidade, além do auxílio de minha valorosa equipe, acredito que nela terei sucesso.

Busquei sempre honrar a confiança depositada em mim e não será diferente agora. Honrarei a história escrita na Instituição à qual pertenci por 23 anos, à qual devo família, amigos, formação profissional, conquistas materiais, e aquela que hoje começo a construir no Poder Judiciário.

E, para o bom exercício das funções, tomo a lição de John Kennedy em seu discurso "A cidade no alto da colina": "devemos sempre considerar que precisamos ser como uma cidade brilhante no alto da colina: os olhos de todo o povo estão voltados para nós. Hoje, os olhos de todos estão verdadeiramente sobre nós – e nossos governos, em cada ramo, em cada nível, nacional, estadual ou local, deve ser como a cidade no alto da colina – construída e habitada por pessoas conscientes de seu dever e suas grandes responsabilidades".

É dever do Judiciário, especialmente em momentos de crises e turbulências como o que vivemos, estar disponível e pronto a receber e resolver as demandas que lhe forem apresentadas e, mais ainda, ser o primeiro a transmitir o exemplo de transparência, dignidade, eficiência e probidade. E este exemplo, o Poder Judiciário paulista dá há muito tempo.

A nós cabe garantir o direito de cada um de ser respeitado por seus governantes e seus concidadãos; seu direito de litigar até mesmo contra o próprio Estado, se necessário, para ver asseguradas as garantias e liberdades constitucionais e legais. Seu direito, enfim, de ser cidadão, com existência digna e segura, em uma sociedade livre, justa e solidária.

Apenas respeitando e fazendo respeitar a lei podemos viver livre e pacificamente. Não se pode admitir que se desafiem as decisões judiciais, porque cada desafio desse teor que seja bem-sucedido contribui para a corrosão da justiça, da ordem e da sociedade civilizada.

Ainda nas palavras de Kennedy, devemos saber que quem "procura sub-

verter a lei, suprimir a liberdade ou sujeitar outro ser humano a atos que são menos que humanos, degrada seu patrimônio, ignora seu aprendizado e trai suas obrigações. Há sociedades que respeitam o império da força. Nós respeitamos o império das leis". E, esse império, prometo solenemente defender.

Para tanto, tomo inspiração nas palavras de Paulo Bomfim, o Príncipe dos Poetas Brasileiros, que tanto significado tem para este Tribunal, ao recusar-se ao conformismo e à acomodação, opção sempre mais fácil, mas igualmente sempre menos honrosa: "Procuro renascer todos os dias. Não concordo em morrer vivo. Sou um rebelde de paletó e gravata, grão que teima em não virar massa, pássaro que persiste no canto dentro da gaiola dos horários".

Gostaria de externar alguns agradecimentos. Em primeiro lugar, agradeço a meus pais, Eliani e Cacalo, pela formação que me proporcionaram, pelos princípios que me transmitiram e pela lição de amor e dedicação incondicionais. Amo vocês. Juca e Chico, meus irmãos, os quais tanto admiro e que, muitas vezes sem nem saber, também contribuíram para que eu seja quem sou, meu agradecimento e meu amor. Agradeço especialmente minha mulher, Carmen, amor da minha vida, companheira, confidente, parceira e incentivadora de toda hora – a primeira a me apoiar no sonho que hoje se realiza, mesmo que à custa de sacrifícios pessoais. Você me faz melhor e maior do que poderia ser sozinho. Aos meus filhos, João e Luis Antonio, que em razão da tenra idade não puderam estar aqui hoje, espero poder transmitir a vocês algo à altura do que recebi de meus pais. Vocês são a razão da minha existência. Aos meus amigos e a todos os que me acompanharam, apoiaram e ajudaram nessa caminhada – são muitos e não posso mencionar cada um porque certamente cometeria alguma injustiça, mas o faço em nome do Desembargador Roberto [Teixeira Pinto] Porto, que me encheu de orgulho e alegria com seu discurso de boas-vindas – meu sincero e profundo agradecimento a cada um.

Dedico um pensamento especial a meu avô, Carlos Alberto Gouvea Kfouri, Procurador de Justiça, morto quando eu tinha apenas 10 anos, mas cuja luz, história e retidão sempre me guiaram desde que, ingressando na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, comecei a seguir seus passos. Quando passei no concurso do Ministério Público, os membros da banca examinadora me alertaram: "você carrega, com seu sobrenome um pesado fardo, pois seu avô foi um grande exemplo para a instituição". Espero ter cumprido, e continuar a cumprir, a responsabilidade.

Finalizo citando Cora Coralina: *"O que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher"*. Hoje começo um novo caminhar, porém o rumo permanece inalterado. Seguirei buscando Justiça.

Muito obrigado.

MÁRIO LUIZ SARRUBBO (Procurador-Geral de Justiça)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Fernando Pastorelo Kfouri (Cerimônia realizada em 29.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Muito honrado com a possibilidade de estar nesta sessão solene, saudando o mais novo integrante deste Egrégio Tribunal, pelo Quinto Constitucional do Ministério Público. Desde já, enfatizamos a relevância dessa tarefa, seja em razão da admiração, que sempre nutrimos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como pelos laços de carinho, respeito e fraterna amizade, que também nutrimos pelo nosso empossando, já Desembargador, Doutor Fernando Pastorelo Kfouri.

No Brasil, a participação de Advogados e membros do Ministério Público na formação dos Tribunais surgiu primeiramente, no plano infraconstitucional, pela Lei João Luiz Alves (Decreto 16.273/23). O status constitucional surgiu em função de proposta nascida de João Mangabeira, Deputado pela Bahia, em 1933. Graças a ele, o artigo 104, § 6º, da Carta Constitucional de 1934, determinou a reserva de um quinto do número total dos tribunais para serem preenchidos por Advogados e membros do Ministério Público. A partir daí, essa participação foi repetida em todas as demais Cartas Constitucionais brasileiras, com pequenas variações. O denominado instituto do Quinto Constitucional carrega consigo a essência do pluralismo político que, por sua vez, constitui fundamento da República Federativa do Brasil nos exatos termos do artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal.

Na visão de Sua Excelência, o sempre Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 4078, o ingresso nas fileiras dos Tribunais de profissionais com experiências distintas da carreira da Magistratura, mas com igual interesse na realização da Justiça, tem como razão subjacente a valorização da composição dos Tribunais Judiciários, a partir da rica experiência profissional haurida no exercício das funções pelo representante do Ministério Público, da Advocacia. E assinala ainda que essa "participação representa, na verdade, a contribuição de experiências diversificadas, que deve ser reconhecida como fator de equilíbrio nas decisões dos tribunais".

Acesso ao Sumário

É sob esse prisma que experimentamos nesse momento um sentimento absolutamente contraditório. Se por um lado temos o sentimento de perda, mais uma vez, de um dos nossos mais firmes, dedicados e competentes membros, por outro, ressaltamos a nossa alegria, escorada na certeza de que o maior Tribunal de Justiça do país ganha um Desembargador de vasto conhecimento jurídico, mas que ostenta qualidades outras, tão importantes quanto aquelas, como senso

de Justiça, a lhaneza no trato para com todos, a sensibilidade social e a lealdade para com a sua instituição, para com os seus pares e para com a Justiça.

As profundas transformações nas áreas econômica, política e sociocultural, tanto no plano científico como tecnológico e operacional, ocorridas em ritmo cada vez mais acelerado nos últimos tempos, vêm requerendo uma mudança de atitude do Judiciário e dos Magistrados, para que possam corresponder aos atuais anseios da sociedade. A elogiável dicção do princípio do acesso à Justiça estampada na Constituição Federal reafirma o compromisso de que o Judiciário, apesar das dificuldades estruturais e conjunturais, deve continuar a ser depositário das expectativas mais alvissareiras dos jurisdicionados, como última instância de composição dos conflitos individuais e coletivos.

Ao Magistrado, de tradição formalista da dogmática jurídica, que valorizava apenas os aspectos lógico-formais do Direito Positivo, exige-se hoje uma nova formação, capaz de levá-lo a preencher, na aplicação de normas abstratas aos casos concretos, o hiato existente entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socioeconômicas. Como dizia o Professor André Franco Montoro, em suas aulas de Pós-Graduação na Pontifícia Universidade Católica, "o Magistrado não é um mero autômato da aplicação da lei". Não bastassem as naturais dificuldades de se exercer a jurisdição em um país que, em pleno século XXI, ainda se depara com fome, analfabetismo, falta de saneamento básico, saúde deficiente e tantas carências que demonstram que estamos ainda muito distantes da sonhada sociedade livre, justa e solidária, idealizada pelo constituinte de 88, é hora de fortalecermos os poderes constituídos, notadamente o Poder Judiciário.

Expresso aqui, Ministro Alexandre de Moraes, expresso aqui, Presidente Desembargador Ricardo Anafe, a mais absoluta confiança do Ministério Público de São Paulo no Poder Judiciário e, em especial, diante dos recentes ataques na Justiça Eleitoral e nas nossas urnas eletrônicas. Não fosse assim não estaríamos felizes por entregarmos parte dos nossos melhores quadros para, repita-se, o maior Tribunal de Justiça do Brasil.

Encerro saudando a nossa querida Promotora de Justiça e colega, Doutora Carmen Kfouri, esposa do empossando, bem como os queridos filhos e sobrinhos de coração, João e Luís Antônio, e augurando ao hoje Desembargador Kfouri uma linda e profícua trajetória na Magistratura, informada sempre pelas melhores inspirações. Não lhes faltam competência, conhecimento jurídico, equilíbrio e a energia daquele jovem Promotor de Justiça substituto, que eu conheci lá atrás.

Muitíssimo obrigado.

Acesso ao Sumário

ALEXANDRE DE MORAES (Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Fernando Pastorelo Kfouri (Cerimônia realizada em 29.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

Quero dizer da minha alegria, Presidente, de poder, em menos de três semanas, retornar aqui ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o meu Tribunal de Justiça, onde pude várias vezes atuar como Promotor de Justiça, depois como Secretário de Justiça, como Conselheiro Nacional de Justiça, depois Ministro da Justiça, sempre conversando com os Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, sempre aprendendo com o maior Tribunal, como já foi dito aqui várias vezes, com o maior Tribunal de Justiça do Brasil e o maior Tribunal de Justiça das Américas. E não só o maior em quantidade, eu diria, presidente, sem bairrismo – o melhor em qualidade. E falo isso como Ministro do Supremo Tribunal Federal, que recebe recursos de todos os tribunais. A excelência das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo realmente nos enche de orgulho de sermos paulistas.

Presidente, uma rápida palavra, dizer da minha grande satisfação, como disse, de poder retornar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em um momento de imensa alegria, em que toma posse um ex-colega de Ministério Público, um amigo de longa data, alguém com quem tive a oportunidade de trabalhar na Secretaria de Segurança Pública, onde trabalhou como meu Assessor. Tive a oportunidade, como lembrou aqui o Desembargador [Roberto Teixeira Pinto] Porto, tive a oportunidade de indicá-los e trabalhamos juntos no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. É alguém que tem a experiência do Ministério Público e tem a experiência do Executivo. Ou seja, tem uma visão diferenciada dos fatos e que pode, eu tenho absoluta certeza, que pode e o fará, acrescentar muito ao Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

É um momento importante, também ressaltado aqui nos discursos anteriores, um momento importante do país, é um momento em que o Poder Judiciário deve, e São Paulo sempre na vanguarda, o Poder Judiciário deve mostrar sua autonomia, sua independência com serenidade, com tranquilidade, mas com responsabilidade, que o legislador constituinte nos deu. O legislador constituinte, na redemocratização, em 1988, conferiu ao Poder Judiciário a missão de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, a efetividade dos direitos políticos, a efetividade do nosso sistema eleitoral, o equilíbrio entre os poderes e, principalmente, garantir a paz social com uma distribuição de Justiça célere e eficiente.

E tenho certeza que o novo Desembargador, o Desembargador Kfouri, vai auxiliar o Tribunal de Justiça de São Paulo a continuar nesse caminho, pacificando as relações sociais, distribuindo e efetivando os direitos fundamentais e garantindo que o Poder Judiciário de São Paulo continue na vanguarda da Justiça brasileira.

Muito obrigado, Presidente.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Fernando Pastorelo Kfouri (Cerimônia realizada em 29.07.2022).

(Cumprimentos aos presentes).

É uma satisfação imensa ao Tribunal de Justiça receber o Doutor Fernando Kfouri como Desembargador. Um Promotor de Justiça, como foi lembrado pelo Doutor Mário Sarrubbo, absolutamente exemplar, ético, sempre com uma boa vontade muito grande, o que também foi frisado por Sua Excelência, o Ministro Alexandre de Moraes.

A mensagem do meu caríssimo Roberto Pinto Porto, de amizade e sentido de Justiça, é exatamente o que nós fazemos aqui, nós cumprimos o dever do Estado, nós manifestamos a vontade do Estado e a vontade do Estado é que se faça Justiça. É isso que o Tribunal de Justiça de São Paulo, que todos os Tribunais fazem, eles prestam essa jurisdição no sentido de manifestação da vontade do Estado. E essa manifestação é fazer Justiça em todas as suas decisões. É a vontade do Estado e assim que se procede.

Vossa Excelência assume a cadeira que era ocupada pelo Desembargador Marcos Antonio de Oliveira Ramos, que foi um excelente Promotor de Justiça e Procurador de Justiça, foi um Desembargador exemplar, integrava o Direito Privado 3, uma pessoa dedicada, leal, que dignificou a toga. Toga essa que foi entregue como recebida: absolutamente impoluta, incólume. Eu tenho a certeza de que Vossa Excelência fará exatamente a mesma coisa, como fez com a beca do Ministério Público. Nós não temos a menor dúvida.

E eu gostaria de cumprimentar seus pais, Luís Carlos Amaral Kfouri, sua mãe Eliani Maria Pastorelo Kfouri, seus irmãos, Juca e Francisco. A senhora sua esposa, a Doutora Carmen, foi mais do que cumprimentada, ela foi declamada. É uma satisfação muito pessoal. E cumprimentar os seus filhos, o João e o Luis Antonio. Eu não os vi hoje, mas fizeram uma festa no dia da posse administrativa, que foi muito gostoso. Pelo menos para o presidente foi muito gostoso.

Acesso ao Sumário

Desejo a você, agora meu colega, que tenha o amor pela Magistratura como o teve pelo Ministério Público, aquele que nós, Juízes, temos. É algo difícil de se expressar, o amor pela Instituição, pelos fundamentos da Instituição e por tudo que essa Instituição representa em termos de estado de direito, decidindo questões que, para muitos, podem parecer simples, mas são muito importantes para as partes, para quem nós decidimos. Não existe amor pela causa, nós não temos amor por nenhuma causa, não existe causa mais difícil ou mais fácil, o que existe sempre na Magistratura é uma satisfação enorme de poder dizer o direito e dizer corretamente. Essa é, e deve ser, a grande vaidade de todo Magistrado.

Seja muitíssimo bem-vindo, muitíssimo obrigado.

Declaro encerrada essa sessão.

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Presidente do Superior Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse na Presidência do Superior Tribunal de Justiça - STJ (Cerimônia realizada em 25.08.2022).

Agradeço inicialmente a gentileza das palavras dirigidas a mim e ao Ministro Og Fernandes pelos oradores que me antecederam.

Reconheço, de pronto, o enorme mérito do Ministro Humberto Martins por manter o tribunal em passo de constante evolução, não obstante os desafios enfrentados nos últimos dois anos. Vossa Excelência, ao lado do Ministro Jorge Mussi na Vice- Presidência, conseguiu enfrentar com equilíbrio os desafios trazidos pela Pandemia da Covid-19 ao país e à Justiça brasileira.

Refiro-me primeiro aos complexos problemas relativos à atividade jurisdicional, dado o caráter novo e inusitado de algumas demandas que puseram em confronto diferentes agentes e interesses. Além disso, lembro a necessidade de garantir o distanciamento social, que impôs verdadeira revolução na forma de trabalho dos servidores e magistrados, além de inovações indispensáveis ao atendimento a advogados, colaboradores e jurisdicionados.

Acesso ao Sumário

Senhoras e senhores, passado esse momento crítico da pior crise sanitária de nossa história, é possível avançar nas políticas sociais imprescindíveis ao País. Reformas estruturais são urgentes, cabendo ao Judiciário a complexa missão de, com independência, imparcialidade e integridade, garantir que os avanços ocorram com segurança e respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

A aprovação da chamada Emenda Constitucional da Relevância, com

inegável impacto no processo de consolidação do STJ como corte nacional responsável pela uniformização da jurisprudência infraconstitucional, sem dúvida possibilitará focar seus esforços em teses de maior interesse social, que serão replicadas em todos os tribunais do País. As decisões terão maior alcance e chegarão a um maior número de pessoas, com redução do gigantesco acervo de processos hoje existente. A expectativa, portanto, é que a Justiça se torne mais célere e efetiva, ao deixar o STJ de atuar como terceira instância de recursos.

Deixo aqui meu testemunho de que essa alteração consagra o trabalho valoroso de muitos colegas e dos brilhantes juristas que fizeram parte da Comissão que, desde 2012, emprestou seus esforços para a elaboração da proposta de emenda constitucional, que, ao cabo, visa o fortalecimento da atividade jurisdicional prestada pelo Tribunal.

Ao lado da melhor gestão do acervo, que se espera possa acontecer com a regulamentação da Emenda Constitucional da Relevância, esta Corte buscará, nos próximos dois anos, além de eficiência administrativa, o incremento da sua participação institucional na comunidade jurídica internacional, por meio de diálogo entre cortes-irmãs.

No ano passado, no âmbito da Cúpula Judicial Ibero- Americana, foi criada a Rede Ibero-americana de Integridade Judicial, exercendo o STJ a primeira secretaria da entidade. No próximo mês de setembro, reuniremos aqui, neste Tribunal, representantes de 23 países integrantes da Cúpula para a elaboração de planos de trabalho que irão fortalecer também o nosso Poder Judiciário. Recebemos aqui, hoje, nesta cerimônia, os juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que nos deram a honra de usar o STJ para realizarem a sua centésima quinquagésima sessão ordinária. Abrindo nossas portas a eles, aprendemos muito. Trocas de experiências internacionais são relevantíssimas em um mundo globalizado.

Todo esse contexto nos faz refletir sobre o quanto é fundamental ter em mente que um Judiciário forte – elemento essencial para a existência do Estado Democrático de Direito – exige que seja ele reconhecido como um poder independente e íntegro pelos cidadãos. Caberá à conduta do próprio Judiciário incrementar a sua credibilidade perante a sociedade.

É essencial que o papel central do juiz seja exercido com ética e humanismo, já que serve de ponte entre o Direito e a sociedade, protegendo a Constituição e a Democracia. Para isso, independência, transparência e diálogo entre as instituições públicas se mostram essenciais.

Também imprescindível e inegociável o respeito aos direitos humanos. Aliás, é papel elementar do Judiciário a proteção aos direitos e garantias postas na Lei Maior, sem exclusão de nenhum cidadão.

É ainda basilar conscientizar a sociedade de que: primeiro, os beneficiários

últimos da independência e da imparcialidade dos juízes não são os próprios juízes, mas os cidadãos e os jurisdicionados; segundo, de que a independência judicial não é uma virtude, mas um dever dos juízes, que só pode ser cumprido se existirem instrumentos que os protejam de influências estranhas ao direito e ao processo judicial; e, terceiro, de que no Estado de Direito, o dever de aplicar a lei, o dever de independência e o dever de imparcialidade são absolutamente indisponíveis, intrínsecos e vitais ao juiz.

Deve-se, assim, cumprir e fazer cumprir a lei, observando o espaço que a Constituição reserva ao Judiciário, dialogando com os demais poderes. Deve-se estar aberto à sociedade em gestos transparentes e aplicar a jurisprudência de maneira consistente, para que a prestação jurisdicional seja segura, íntegra e previsível, e o julgamento dos processos ocorra em prazo razoável.

É justamente isso que a população brasileira pode esperar do Superior Tribunal de Justiça nos próximos dois anos. E para tanto, todos nós Ministros contamos com a imprescindível colaboração dos competentes e dedicados servidores desta casa e do Conselho da Justiça Federal, que diuturnamente dão o suporte indispensável ao exercício da atividade jurisdicional.

Nessa altura, invoco a fundamental participação da Ordem dos Advogados do Brasil para a realização da Justiça. As advogadas e os advogados são a voz de quem teve um direito negado. Imperioso, por conseguinte, que no caminho da ética, da moralidade e da liberdade, a Ordem dos Advogados do Brasil continue a atuar, ao lado do Ministério Público, na defesa dos princípios basilares da nossa República.

A última palavra é dedicada aos meus eminentes Pares, que com seu trabalho e conhecimento tornam este Superior Tribunal tão admirado pelos cidadãos. O compromisso pessoal de cada um com a Justiça constitui um dos pilares da Corte, além do companheirismo que nos aproxima como colegas e amigos.

Continuemos unidos e firmes para que o STJ, pioneiro na implantação do processo eletrônico, continue na dianteira da utilização da inteligência artificial e da automação como ferramentas de auxílio à atividade de julgamento.

Refiro-me, ainda, à inclusão de pessoas com deficiências entre nossos colaboradores, além de outros tantos projetos. E que esta Corte continue a disponibilizar aos cidadãos, aos servidores e aos julgadores uma estrutura de ponta, a fim de que o tribunal cumpra com maestria a sua missão, promovendo a dignidade da pessoa humana e fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

Termino com Guimarães Rosa que certa vez disse que “o real não está no início nem no fim, ele se mostra pra gente é no meio da travessia”.

Muito obrigada.

Acesso ao Sumário